



**Magistrado Ponente:** Dr. LUIS JAVIER AVILA CABALLERO

**REF: No.** [13001-22-05-000-2019-00026-00](#)

**TEMA:** TUTELA CONSULTA PREVIA CON CONSENTIMIENTO Y OPCION PROPIA, DEBIDO PROCESO, DIGNIDAD HUMANA, DIVERSIDAD ETNICA Y DERECHO DE PETICION.

**DECISIÓN:** CONCEDE AMPARO AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA.

**AFECTACIÓN DIRECTA:** Existe afectación directa cuando se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales, ya que se ha mutado la forma tradicional como se desenvolvía la comunidad, se ha variado la manera de interactuar de sus miembros, se han visto obligados a trasladar su asentamiento geográfico, se les han comprado sus tierras o han sido desalojados, así mismo ha existido un impacto sobre las fuentes de sustento.

**CONSULTA PREVIA:** La Consulta previa intenta lograr en forma genuina y por un dialogo intercultural, en el que el estado debe entonces tomar las medidas necesarias, para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos, esta procede cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente.

**CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO:** Se exige ante la afectación directa intensa, que se presenta ante una medida que amenaza o puede amenazar el derecho fundamental a la subsistencia (física o cultural) de la comunidad étnicamente diferenciada (T-63 de 2019).

**Magistrado Ponente:** FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA

**Número de Radicación:** [13001-31-05-003-2016-00140-01](#)

**Tipo de decisión:** Revoca Parcialmente Sentencia Apelada.

**Fecha de la decisión:** Veintidós (22) de Mayo del dos mil diecinueve (2019)

**Clase y/o subclase de proceso:** Ordinario laboral.

**PROBLEMA JURIDICO:** Determinar si existió un contrato de trabajo entre las partes, que dé lugar al pago de las prestaciones sociales condenadas en la demanda de ser así, establecer si hay lugar al pago de las indemnizaciones moratorias contenidas en la ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del CST al no encontrarse probada la buena fe de la entidad demandada, en el pago de las prestaciones sociales y cesantías; de igual forma, si debe condenarse al pago de los aportes a salud que no fueron cancelados por la encartada, como también la devolución de las sumas pagadas al sistema de seguridad social en exceso y que correspondían al empleador y los valores consignados por retención en la fuente.

**TESIS DE LA SALA:** La tesis que sostiene la sala es que si existió relación laboral entre la demandante y la entidad demandada COMFAMILIAR en los extremos indicados por el juez de primera instancia, por ende, se confirmará la decisión adoptada por el juez de primer nivel en este sentido. Se accederá a condenar a la demandada a la devolución de las cotizaciones que se realizaron demás en los aportes a seguridad social, en los periodos que fueron probados su pago.

**EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:** Para que exista contrato de trabajo deben concurrir los elementos esenciales establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo son, la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; la continuada subordinación o dependencia de éste respecto del empleador, que lo faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y un salario como retribución del servicio.

**DECLARATORIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO:** Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST, puesto que, acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral y corresponde entonces al empleador desvirtuarla, demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.

**PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES MORATORIAS:** La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que estas sanciones no son automáticas, que gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y, por ello, su imposición

está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador. (CSJ SL 1321/2019)

**DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES PAGADOS EN EXCESO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y RETENCIÓN DE LA FUENTE :** La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 3009/2017 y más recientemente en sentencia SL 713/2019 ha indicado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron, en todo caso, manifiesta la misma Corporación que debe probarse por parte del demandante que se realizaron dichos pagos y el valor de los mismos. Respecto a la devolución de los pagos realizados por retención en la fuente, la Sala señala, que no es procedente ordenar el reintegro de los valores descontados, puesto que, por tratarse de una cuestión de índole tributaria, es ajena a este litigio y así lo ha venido sosteniendo esta Sala y así ha sido adoctrinado por la SCL de la CSJ en sentencias SL9641 – 2014 y SL4940 de 2018 entre otras.

*“ La Sala considera que en este caso particular no se encontró acreditada la mala fe del empleador, por cuanto tal como lo manifestó el juez de primer nivel, la demandante en el interrogatorio de parte expresó que desde un inicio conocía y sabía que su contratación era bajo un contrato de prestación de servicios, que siendo abogada sabía la diferenciación entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios y aceptó este último sin haber realizado tanto a la celebración del contrato, como durante la ejecución del mismo, ninguna reclamación escrita respecto a ello. Si bien expresó que hizo una reclamación verbal para que le asignaran un contrato laboral ya que cuando la llamaron le dijeron que iba a tener uno, lo cierto es que esa situación no se acreditó, lo probado es que se pactó un contrato de prestación de servicios desde el inicio hasta su culminación, actuando la demandada bajo la creencia de que el vínculo no era laboral, luego no es dable acceder al pago de estas sanciones, por cuanto no quedó acreditada la mala fe como ya se expuso”.*

*“En cuanto a que se ordene la cancelación al empleador del pago de los aportes a salud que no realizó el empleador, la tesis que se ha establecido es que una vez finalizado el vínculo laboral lo que procede es la reparación de los perjuicios que acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, tal como lo tiene adoctrinado la SL de la CSJ, a manera de ejemplo la sentencia reciente con Rad. 47044/2017.”*

**Magistrado Ponente:** FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA

**Número de Radicación:** [13001-31-05-002-2016-00195-01](#)

**Tipo de decisión:** Confirma.

**Fecha de la decisión:** Veintidós (22) de Mayo del año dos mil diecinueve (2019)

**Clase y/o subclase de proceso:** Ordinario Laboral

**PROBLEMA JURIDICO:** Determinar si hay lugar a reconocer la nivelación salarial al demandante, atendiendo a que viene demostrado que desempeñó el cargo de superintendente general.

**TESIS DE LA SALA:** La tesis sostenida por la Sala es que estuvo ajustada la decisión de primera instancia, pues al no existir escala salarial que fijara condiciones de la remuneración del cargo de superintendente general, el actor estaba obligado a demostrar que realizaba funciones de dicho cargo en iguales condiciones de eficiencia de otro trabajador que se desempeñara como superintendente general, sin embargo, el demandante no lo hizo, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

**NIVELACION SALARIAL:** En los casos en que se invoca el principio de trabajo igual salario igual, esta Sala diferencia dos hipótesis, la primera, cuando se pretenda la nivelación de quien teniendo un cargo y que recibe la remuneración asignada al mismo, aspira se le reconozca el salario de otro cargo de superior categoría, pero por la realización de funciones iguales a las fijadas para el último cargo, sin basarse en un escalafón o escala salarial, lo cual requiere de un factor de comparación que conlleve a una discriminación no justificada, en donde deberá demostrarse por el trabajador, el puesto desempeñado y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y condiciones de eficiencia, correspondiéndole al empleador acreditar que la discriminación salarial obedece a factores objetivos y la segunda, cuando se pide la nivelación salarial respecto de quien desempeñaba un mismo cargo y solicitaba la aplicación de la escala salarial contemplada en el escalafón que fijaba los salarios para determinados puestos de trabajo, donde basta probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial, sin que fuera indispensable acreditar condiciones de eficiencia laboral, tal como se desprende a la jurisprudencia enseñada por la SCL de la CSJ, entre otras en las sentencias, radicación no. 40356 de 8 de mayo de 2012 y SL15023-2016.

“ El caso de marras se adecua a la primera hipótesis planteada líneas atrás, por cuanto no existe escala salarial contentiva del cargo al que aspira el demandante ser remunerado (superintendente general), no obstante, esta Sala comparte las consideraciones de la Juez de primera instancia, puesto que al no existir escala salarial al demandante le correspondía demostrar, además del cargo, la existencia de otro trabajador que desempeñaba o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y condiciones de eficiencia y no lo hizo, debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia.

## **NOTA DE RELATORIA**

Con la publicación de las providencias en este boletín, se busca mostrar las decisiones más importantes para la divulgación y consulta del público en general.

De igual manera, si bien la responsabilidad del compendio de la jurisprudencia del Tribunal y resúmenes de las providencias citadas, es de la Relatora, se recomienda consultar la providencia que se anexa y los audios en caso de tratarse de sentencias de oralidad. En este último caso los audios pueden ser solicitados en la Secretaria de la Sala Laboral de esta Corporación.

**SIBILA CRISTINA POLO BURGOS**

Relatora Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena