



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	María Lilia Sotomayor Pulido
DEMANDADA:	Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Moficia y confirma
RADICADO Y LINK:	1100131050002 Tr (016-2020-00203) 01 11001310501620200020301

Bogotá DC, a los veintisiete (27) días de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario seguido por la señora **María Lilia Sotomayor Pulido** en contra de **Colpensiones**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

La señora María Lilia Sotomayor Pulido llamó a juicio a Colpensiones con el propósito que sea condenada a reliquidarle la pensión de vejez a fin de aplicarle el IBL más beneficioso y una tasa de reemplazo del 85 %; junto con el retroactivo que se cause, intereses moratorios e indexación; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 1-2, pdf. 01, C01, C01).

1.2 HECHOS

Fundamentó la demanda, en que, de acuerdo al total de las 1.574 semanas que alcanzó a cotizar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de vejez que le reconoció Colpensiones según Resolución SUB 2874411 del 11 de diciembre de 2017 con un IBL de \$2.100.415 y una tasa de reemplazo del 71.58%, ya que debió aplicarse un porcentaje superior; solicitud que agotó ante la encartada el 11 de octubre de 2019, y que le fue resuelta de forma desfavorable el 27 de noviembre de 2019 (pág. 2-3, ídem).

Una vez subsanada la demanda se admitió, y se recibió contestación de la demandada:

1.3 CONTESTACIÓN

Colpensiones al contestar la demanda negó los hechos referentes a los períodos de cotización señalados por la actora, y explicó que cotizó entre el 7 de abril de 1980 al 30 de junio de 2017, alcanzó en total 1.582.86 semanas, y aseveró que el cálculo se ajustó a la normatividad vigente para esa fecha; los demás hechos los admitió. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 7 de agosto de 2022 el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, reconoció el derecho a la reliquidación de la mesada pensional y la calculó en cuantía de \$1.543.580 a partir del 1 de julio de 2017, condenó al pago del retroactivo pensional por las diferencias causadas en la suma de \$2.842.899, computado hasta el 30 de junio de 2022, con base en 13 mesadas anuales indexadas; autorizó el descuento sobre el retroactivo de los aportes en salud; declaró no probadas las excepciones propuestas; costas y agencias en derecho. Decisión a la que arribó con base en la liquidación de la pensión de vejez que efectuó, teniendo en cuenta todos los períodos cotizados, así como los aportes de los ciclos con días reportados en 0, ciclos dobles, o donde se hubiera reportado menos de 30 días, conforme a la historia laboral actualizada al 17 de agosto de

2021; el cálculo del IBL con toda la vida laboral le arrojó \$1.592.006,31 actualizado al 1 de julio de 2017, fecha de causación del derecho pensional, mientras que con el promedio de los últimos 10 años resultó ser \$2.157.718, ambos valores difieren de los señalados por el demandante.

Consideró más favorable el IBL de los últimos 10 años, que resultó superior al obtenido por Colpensiones, le aplicó una tasa de reemplazo del 71,54% conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 que, a pesar de ser inferior al indicado por Colpensiones, como se computa sobre una base superior, arroja una mesada pensional en cuantía de \$1.543.580 a partir del 1 de julio de 2017, superior a la reconocida por la administradora demandada.

Luego, realizó el reajuste anual, fijó las mesadas para el año 2018 en \$1.606.712, para el 2020 en \$1.720.802, para el 2021 en \$1.748.507, y para el 2022 en \$1.846.773; con las que el retroactivo de las diferencias pensionales hasta el 30 de junio de 2022 ascendió a \$2.842.899, en favor de la demandante; y sobre él autorizó efectuar los descuentos en salud a la EPS donde esté afiliada la demandante.

En cuanto a los intereses moratorios los negó porque, según dijo, el criterio jurisprudencial vigente es que estos no proceden cuando lo que se discute el pago de reliquidaciones o diferencias pensionales, en subsidio determinó que las diferencias debían calcularse indexadas.

Sobre la prescripción, dijo que la resolución de reconocimiento pensional se notificó el 19 de diciembre de 2017, la reclamación administrativa interrumpió la prescripción el 11 de octubre de 2019, y la demanda se presentó el 16 de julio de 2020, sin que se hubiera superado el término de 3 años; y la demanda se notificó dentro del año siguiente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones censuró la decisión de primera instancia al insistir que a la liquidación de la pensión de la demandante se efectuó bajo la normatividad vigente y el IBL aplicado fue el más favorable; por lo que no hay sumas adicionales que conceder a la actora.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Según constancia secretarial, ninguna de las partes recorrió el traslado en segunda instancia para presentar alegatos.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia en favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si acertó o no la decisión de primera instancia, al ordenar la reliquidación de la mesada pensional de la actora, como consecuencia de establecer un IBL y una mesada pensional superior a la reconocida por Colpensiones.

5.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio, son hechos indiscutidos **(i)** que la demandante nació el **7 de enero de 1960** como se demuestra con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pdf. 14, C01), **(ii)** su afiliación al ISS desde el **7 de abril de 1980** hasta el **30 de junio de 2017** (pdf. 40, C027, C01); **(iii)** las 1.582.86 semanas reportadas, cotizadas y reconocidas en la historia laboral expedida por Colpensiones; **(iv)** el agotamiento de la reclamación administrativa el 11 de octubre de 2019, y la decisión contenida en la Resolución SUB-314656 del 27 de noviembre de 2019 negando la solicitud (pág. 18-23, pdf. 02, C01).

5.4. DERECHO A LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En el presente caso no ha controversia respecto a que la demandante causó su derecho a la pensión de vejez, y empezó su disfrute a partir del 1º de julio de 2017, pues para esa fecha ya había obtenido la edad y densidad de semanas requeridas

por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, que exige:

ARTÍCULO 33. Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; “

El debate se contrae *según se dijo en la demanda* a que, al consolidar en su historia laboral un total de 1.574 semanas, la tasa de reemplazo que le correspondía según la fórmula contenida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 es el 85 %, y no del 71.58 % que Colpensiones tuvo en cuenta, por consiguiente, su mesada debía ser reliquidada.

La primera instancia acogió parcialmente el criterio de la accionante respecto a que sí le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión, mas no en cuanto a que la tasa de reemplazo a aplicar sea del 85 %, pues, una vez efectuó los respectivos cálculos aritméticos la estimó en el 71.54 %; no obstante, la mesada se incrementó en \$1.543.580, como consecuencia del aumento del ingreso base de liquidación.

Como la decisión fue recurrida por Colpensiones, se procederá a resolver el punto objeto de reproche, en el sentido que no había lugar a la reliquidación porque la mesada pensional se liquidó conforme a la normatividad aplicable al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, y tal como la efectuó la juez, con base en la historia laboral que allegó Colpensiones con el expediente administrativo y actualizada al 16 de noviembre de 2019, y que totaliza 1.582.86 semanas cotizadas por la señora María Lilia Sotomayor Pulido, que de acuerdo a los cálculos aritméticos se obtuvo que tal como lo preciso la primera instancia, la liquidación más favorable a la actora es la de los últimos 10 años de cotización (equivalente a 3.600 días), como se muestra en la tabla que a continuación se relaciona:

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-may-07	31-may-07	\$ 800.000	1	\$ 1.214.544	\$ 337	2016	93.11	2006	61.33
1-jun-07	30-jun-07	\$ 800.000	30	\$ 1.214.544	\$ 10.121	2016	93.11	2006	61.33

1-jul-07	31-jul-07	\$ 800.000	30	\$ 1.214.544	\$ 10.121	2016	93,11	2006	61,33
1-ago-07	31-ago-07	\$ 800.000	30	\$ 1.214.544	\$ 10.121	2016	93,11	2006	61,33
1-sep-07	30-sep-07	\$ 800.000	30	\$ 1.214.544	\$ 10.121	2016	93,11	2006	61,33
1-oct-07	31-oct-07	\$ 800.000	30	\$ 1.214.544	\$ 10.121	2016	93,11	2006	61,33
1-nov-07	30-nov-07	\$ 800.000	30	\$ 1.214.544	\$ 10.121	2016	93,11	2006	61,33
1-dic-07	31-dic-07	\$ 800.000	29	\$ 1.214.544	\$ 9.784	2016	93,11	2006	61,33
1-ene-08	31-ene-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-feb-08	29-feb-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-mar-08	31-mar-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-abr-08	30-abr-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-may-08	31-may-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-jun-08	30-jun-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-jul-08	31-jul-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	\$ 800.000	30	\$ 1.149.151	\$ 9.576	2016	93,11	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	\$ 800.000	30	\$ 1.067.163	\$ 8.893	2016	93,11	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	\$ 1.000.000	30	\$ 1.333.954	\$ 11.116	2016	93,11	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	\$ 1.000.000	30	\$ 1.307.725	\$ 10.898	2016	93,11	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	\$ 1.000.000	30	\$ 1.267.665	\$ 10.564	2016	93,11	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19

1-abr-12	30-abr-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	\$ 2.000.000	30	\$ 2.444.153	\$ 20.368	2016	93,11	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	\$ 2.000.000	30	\$ 2.385.906	\$ 19.883	2016	93,11	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	\$ 2.000.000	30	\$ 2.340.623	\$ 19.505	2016	93,11	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	\$ 2.500.000	30	\$ 2.925.779	\$ 24.381	2016	93,11	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	\$ 2.500.000	30	\$ 2.822.542	\$ 23.521	2016	93,11	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	\$ 2.500.000	30	\$ 2.822.542	\$ 23.521	2016	93,11	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	\$ 2.500.000	30	\$ 2.822.542	\$ 23.521	2016	93,11	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	\$ 2.500.000	30	\$ 2.822.542	\$ 23.521	2016	93,11	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	\$ 3.000.000	30	\$ 3.387.050	\$ 28.225	2016	93,11	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	\$ 3.000.000	30	\$ 3.387.050	\$ 28.225	2016	93,11	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	\$ 3.000.000	30	\$ 3.387.050	\$ 28.225	2016	93,11	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	\$ 3.000.000	30	\$ 3.387.050	\$ 28.225	2016	93,11	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	\$ 3.000.000	30	\$ 3.387.050	\$ 28.225	2016	93,11	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	\$ 3.000.000	30	\$ 3.387.050	\$ 28.225	2016	93,11	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	\$ 3.000.000	30	\$ 3.387.050	\$ 28.225	2016	93,11	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	\$ 3.000.000	30	\$ 3.387.050	\$ 28.225	2016	93,11	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-may-16	31-may-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-oct-16	31-oct-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	\$ 3.000.000	30	\$ 3.172.402	\$ 26.437	2016	93,11	2015	88,05

1-ene-17	31-ene-17	\$ 3.000.000	30	\$ 3.000.000	\$ 25.000	2016	93,11	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	\$ 3.000.000	30	\$ 3.000.000	\$ 25.000	2016	93,11	2016	93,11
1-mar-17	31-mar-17	\$ 3.000.000	30	\$ 3.000.000	\$ 25.000	2016	93,11	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	\$ 3.000.000	30	\$ 3.000.000	\$ 25.000	2016	93,11	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	\$ 3.000.000	30	\$ 3.000.000	\$ 25.000	2016	93,11	2016	93,11

TASA DE REEMPLAZO ARTÍCULO 10 DE LA LEY 797 DE 2003

$$r = 65.50 - 0.50 s$$

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Salario mínimo	2017	\$ 737.717
Salario mínimo dentro del IBL		2,856529675
Porcentaje IBL (r=)		64,07

Semanas mínimas requeridas	1.300	
semanas adicionales a las mínimas requeridas	287,14	
Grupo de 50 semanas adicionales a las mínimas	5	
1,5 x Grupo de 50 semanas	7,50	
r	64,07	
Tasa de reemplazo	71,57	71,57

Ingreso Base de Liquidación -IBL- Últimos 10 años	\$ 2.107.310,50
Semanas Cotizadas	1.587,14
Tasa de reemplazo	71,57%
Valor pensión	\$ 1.508.239

Liquidación que nos arroja una mesada equivalente a \$1.508.239 pesos al 1 de julio de 2017, fecha de causación, que supera la reconocida y liquidada a la actora por Colpensiones en el acto administrativo que le otorgó el derecho pensional, pero que es inferior a la liquidada por el despacho cognoscente.

5.5. PRESCRIPCIÓN:

En cuanto a la fecha de liquidación del retroactivo pensional, se tiene que el derecho de la pensión se causó desde el 11 de diciembre de 2017 según Resolución SUB-287411, y se notificó personalmente a la actora el **19 de diciembre de 2017**; la demandante agotó la reclamación administrativa solicitando la reliquidación de la pensión el **11 de octubre de 2019**, resuelta de manera favorable mediante Resolución SUB-324656 del **27 de noviembre de 2019**. Y que la demanda de la referencia se incoó en fecha **16 de julio de 2020** (pdf. 03, ídem); ello significa que

el término prescriptivo trienal se interrumpió oportunamente, al tenor de lo normado en los artículos 488 del CPTSS y 151 del CST.

Por ende, fue acertada la decisión de la *a quo* de reconocer el retroactivo a partir del 1 de julio de 2017, y se liquidará hasta el mes anterior en que se profiere esta sentencia -31 de enero de 2024- que arrojó el siguiente resultado:

Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Total, retroactivo
2017	4,09%	\$ 1.508.239	\$ 1.503.477	-\$ 4.762	7	-\$ 33.334
2018	3,18%	\$ 1.569.926	\$ 1.564.969	-\$ 4.957	13	-\$ 64.438
2019	3,80%	\$ 1.619.850	\$ 1.614.735	-\$ 5.114	13	-\$ 66.487
2020	1,61%	\$ 1.681.404	\$ 1.676.095	-\$ 5.309	13	-\$ 69.014
2021	5,62%	\$ 1.708.475	\$ 1.703.080	-\$ 5.394	13	-\$ 70.125
2022	13,12%	\$ 1.804.491	\$ 1.798.793	-\$ 5.697	13	-\$ 74.066
2023	9,28%	\$ 2.041.240	\$ 2.034.795	-\$ 6.445	13	-\$ 83.783
2024		\$ 2.230.667	\$ 2.223.624	-\$ 7.043	1	-\$ 7.043
TOTAL						-\$ 468.289

La diferencia en el monto de la mesada pensional incide directamente en el retroactivo a reconocer, por lo tanto, se modificará el numeral primero de la sentencia para declarar que el valor inicial asciende a la suma de \$1.508.239, y una vez actualizada la mesada, reconocer como retroactivo pensional la suma equivalente a **\$468.289**, sobre el cual se confirmará la orden a Colpensiones efectuar los descuentos para cotizaciones en salud, como lo dispone el inciso 3o del artículo 42 del Decreto 692 de 1994; y que debe seguir pagando la mesada pensional a la actora desde el 1 de febrero de 2024 en \$2.230.667, más la mesada adicional de diciembre, con los reajustes legales anuales.

Por los motivos antes expuestos, se modificará los numerales primero y segundo de la decisión objeto de alzada, actualizará la condena y confirmará en lo demás.

Sin costas de segunda instancia por haber prosperado el recurso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

6. DECIDE:

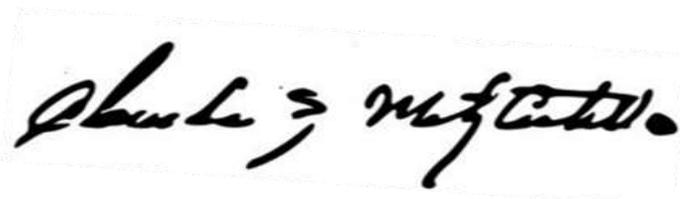
PRIMERO: Modificar los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 7 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora María Lilia Sotomayor Pulido en contra de Colpensiones, para ordenar como mesada pensional a partir del 1 de julio de 2017, la suma de \$1.508.239, y como retroactivo pensional a cancelar a la demandante, liquidado hasta el mes anterior a la fecha de esta providencia -31 de enero de 2024-, en la suma total de **\$468.289**; de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Sin costas en segunda instancia.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

Demandante:	Hania Gisela Huérfano González
Demandado:	Fitness Experts Personal Training SAS
Tipo de Proceso:	Ordinario Laboral
Decisión:	Confirma sentencia.
Radicado	11001310503920210019201 11001310503920210019201

En Bogotá DC, a los veintisiete (27) días de febrero de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Rafael Albeiro Chavarro Poveda**, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el proceso ordinario laboral de Hania Gisela Huérfano González en contra de Fitness Experts Personal Training SAS.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Hania Gisela Huérfano González accionó contra la sociedad Fitness Experts Personal Training SAS, en procura de que se declare que entre ellos existió una relación laboral; en consecuencia, se le cancelen las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas, la indemnización moratoria por falta de pago del artículo 65 del CST e indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías durante todo el tiempo servido. Además, los aportes a la seguridad de todo el tiempo laborado del 2 de noviembre de 2015 al 28 de febrero de 2018.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que laboró al servicio de la demandada desde el 2 de noviembre de 2015 y que la demandada lo terminó a partir del 28 de febrero de 2018. Aseguró que prestó sus servicios en un horario superior a ocho horas, teniendo a su cargo la dirección de la Escuela de Capacitación para Entrenador Ecep, tiempo en el que la demandada no lo afilió a seguridad social, ni le pagó prestaciones sociales y vacaciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada se opuso a las pretensiones, afirmó que no pactó un contrato verbal con el demandante, sino que fue un contrato de prestación de servicios verbal, para dictar algunas clases, guías de trabajo, coordinar cursos y eventos, valoraciones nutricionales, entre otras. Para enervar las súplicas formuló la excepción de inexistencia del contrato de trabajo y (Carpeta 10, Archivo 02Contestación, C01).

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 8 de septiembre de 2022 decidió «declarar que entre la señora HANIA GISELA HUERFANO GONZÁLEZ y FITNESS EXPERTS PERSONAL TRAINING SAS., existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 2 de noviembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2018», y en consecuencia a ello, dispuso el reconocimiento y pago de condenas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido injustificado, intereses moratorios previstos en el artículo 65 del CST, aportes a la seguridad social.

A esa conclusión llegó luego de aplicar la regla contenida en el artículo 24 del CST, cuya procedencia estimó una vez encontró demostrada la prestación personal del servicio, según lo extrajo de los correos electrónicos aportados, interrogatorios y declaraciones recibidas, con estas pruebas dijo, que no se logró desvirtuar la presunción establecida a favor del trabajador, y por el contrario, les concedió pleno valor demostrativo permitiéndole establecer que la labor se prestó en favor de la demandada entre los años 2015 a 2018, y por eso accedió a las condenas, pero respecto de ellas aplicó parcialmente la prescripción.

La juez a quo señaló que:

Independiente que la demandante al desarrollar su función de directora administrativa sea la encargada de coordinar los horarios, no solamente los presenciales, sino los virtuales que se ofrecían por fuera de la ciudad de Bogotá (...)

La falladora también agregó que:

Incluso ya cuando empezó a realizar el trabajo que en su momento hizo Cindy de directora, modernizó todos estos procesos, cambió los procesos, trajeron unas otras personas para ampliar el peso académico, sin desconocer que fue la demandante la que en sus primeros momentos, como cuando lo dice el representante legal de la empresa demandada, se creó en la sala de su casa. Comenzaron a trabajar en torno al desarrollo del pensum académico, a cómo se iban a ofertar esos cursos, cómo se iban a desarrollar esos cursos y que temario iban a desarrollarse. Tan es así que pues efectivamente fue ella la encargada de ser vigilante de que las demás personas o los miembros docentes fueran cumplidores de ese pensum que se desarrolló en la sala de la Casa del representante legal cuando apenas estaban empezando, sin que pudieran después dimensionar que efectivamente este centro educativo fue creciendo a lo que hoy es y se reconoce, tal como lo dijo el representante legal. Entonces, de esa manera, ese grado de autonomía que se le dio autonomía y responsabilidad, que se le dio a la demandante en torno a cómo debía resolver su o cómo debía manejar los aspectos académicos, dado su directriz o su dirección, no significa que tenga autonomía e independencia en la labor. Como ya se dijo, esa labor se hacía era en pro y en el desarrollo del objeto social del representante legal. Amén de lo anterior, nótese efectivamente que la demandante no sólo estaba destinada a organizar los programas académicos y a distribuir las horas y la carga académica que tenía cada uno de los docentes, sino que además debía estar pendiente de las informaciones que cada docente le suministraba frente a los estudiantes. Como lo dijo la señora Cindy Yulieth Castro, era recaudar la sábana de notas, verificar qué estudiante se iba o no se iba a graduar y luego estar pendiente de las ceremonias de grado.

A su vez, la Juez de primer grado agregó:

Organizar la carga académica de los docentes, dictar clases presenciales y virtuales, sino estar pendiente efectivamente de las notas de los estudiantes hasta llegar al grado o a Emitir la certificación una serie de actividades que se debían tener o debía, de las cuales debía dedicar bastante tiempo a la semana.

No es necesario, como bien lo dijo el abogado en la parte demandante, que todas esas actividades se hagan el interior de la empresa, lo que importa es que efectivamente sean su casa, o sea en el sitio de la empresa estaba presta y disponible a realizar las actividades propias de su cargo que tenía como director administrativa más docente.

Así las cosas, pues el despacho también debe recordar que la labor de docente dada su naturaleza está desarrollada bajo la subordinación del Instituto para el cual opera, y así lo ha dicho el despacho, la Corte, incluso para señalar que los docentes deben innecesariamente estar vinculados a través de un contrato de trabajo.

Finalmente, en cuanto a la realización de otras actividades, la Juez argumenta:

tampoco se encuentra el asidero como fundamento para desvirtuar la subordinación, la alegación que formula la demandada respecto de los otros trabajos alternos y emprendimientos con los que contaba la promotora la acción. Como quiera que de esto, simplemente se puede colegir que la actora los ejecutó en un horario diferente a lo establecido en la relación laboral con la demandada, amén de que efectivamente los contratos de trabajo, no riñen con la existencia o coexistencia de otros contratos de trabajo, a menos que se haya pactado la exclusividad, situación que no se haya en el presente caso, pues porque no aparecen ningún escrito, ni siquiera se suscribió a un contrato de prestación de servicios para que de la parte dijera que fue riñera con dichas actividades, por ende, pues desde que no haya una cláusula de exclusividad, los trabajadores pueden tener diferentes contratos de trabajo, siempre y cuando se desarrollen en horarios diferentes a los previstos o los que emanen de la relación laboral con la demandada.

1.6 RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación, aduciendo que:

Como acertadamente lo expuso la señora juez dentro de su dentro de su sentencia, que la demandante tenía labores que tenían que ver con el núcleo esencial del trabajo de la entidad demandada. También es cierto que primero que todo, pues nunca, jamás se demostró dentro del proceso que la demandante en verdad hubiera estado subordinada, eso, ninguno de los testigos pudo evidenciar, efectivamente, que dicha subordinación existiera.

Es que eso es tan cierto, que ni siquiera el testigo Daniel Espitia, que fue tachado como sospechoso, que es una persona que francamente, pues ha causado mucho dolor al demandado por otras situaciones que no se van a mencionar acá. Y que no son de los resorte de este proceso, indicó circunstancias en las que él mismo se contradecía porque él decía que se le sabía que se le terminó el contrato porque se buscaba otro perfil, porque se buscaba que fuera profesora también, pero pensaban que era desmejorar el puesto.

Pero al mismo tiempo él dice que no le consta y no recuerda que Hania hiciera algún reporte más allá del cumplimiento de las labores objeto del contrato, tal cual como se indicó en los alegatos de conclusión y en la sentencia que se citó para los alegatos de conclusión.

(...)

Asimismo, también hay que tener en cuenta que la demandante, pues francamente era quien establecía si quería ser profesora o no, es decir, es que aquí nunca se dijo que la demandante era profesora porque solamente porque ella quería ser profesora. Perdón, no se estableció que la demandante era profesora porque era la única que tenía porque había sido contratada para eso. No es que a ella fue coordinadora y a ella se le permitió que también ella realizara labores de profesora, labor que ella hacía porque pues si ella determinaba quién era los quién era la docente, quiénes eran los docentes, ella se podía incluir dentro de los listados para ser docente, pues se incluía y así podía devengar un poco más de lo que efectivamente devengaba.

(...)

ninguno de los testigos fue capaz de encontrar que los criterios de subordinación que bien indicó la señora juez más allá del horario fueran considerados como un evento subordinante efectivamente por la empresa. Tan es así que, si Hania tenía la potestad, si ella Hania tenía la potestad de si ella quería asignarle la clase a otro profesor y no realizarla. Es que la cuestión es que ella era profesora, era porque así tenía un ingreso superior y ella misma lo indicó en su interrogatorio de parte, y así mismo también lo dijeron los testigos, ella era ella, era coordinadora y profesora, pero no necesariamente porque solamente estuviera contratada para eso, sino porque también así, pues tenía un punto adicional. De igual manera se tiene que si bien, como se indicó anteriormente, el horario era una cuestión meramente pues formal, porque era en el momento en el que los estudiantes podían realizarlas tomar las clases, no era ni siquiera que la empresa hubiera dicho en forma unilateral, ¿Es que yo necesito que sean estas las horas, no?, las horas, las horas de clases se acordaron fue porque los estudiantes podían efectivamente prestar sus pueden tomar las clases, era en esos horarios sin ningún otro horario más, ya cuando los estudiantes fueron los que, como como bien como bien se estableció, los estudiantes eran los que empezaban a llamar para tener clases, no solo los fines de semana, sino también entre semana

(...)

Yo no puedo entrar a considerar que por el simple hecho de que se dé que el demandante demostró la existencia de un contrato de trabajo de inmediato, yo voy a presumir la existencia de una mala fe. Es que, es más, la mala fe debe probarse y aquí no se demostró que exista una mala fe. El demandado, el demandado, es interrogatorio de parte, yo conozco el valor de la confesión del interrogatorio de parte sé que no lo confesó, pero también sé que es muy claro en lo que dijo y lo que dijo es que todos se contrataban. Era por prestación de servicios, porque también todos tenían actividades por fuera, Hania misma también lo dijo inicialmente, era por prestación de servicios porque ella tenía su propio emprendimiento y ella tenía que manejar sus cosas.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada presentó sus alegaciones, y respecto a sus razones para recurrir, puntualizó:

Sin embargo, en el fallo de instancia, no se tuvo en cuenta por parte del a quo que las funciones que desempeñaba básicamente consistían en: realizar la asignación de los docentes para las clases correspondientes; dentro de los cuales se le permitía a ella asignarse las clases que deseara; tomar los tiempos de clase que deseara, ajustar su horario a los ritmos de la empresa; determinar cómo, cuándo y dónde debían dictarse qué contenidos; ella era su propia jefe, tal como lo indicaron los testigos presentados por las partes, y en especial por la testigo Cindy Castro, quien fue enfática en señalar que la demandante era quien coordinaba sus horarios, era quien ajustaba las labores y determinaba quiénes eran los que asistían a las diferentes clases.

Por otra parte, ella había sido contratada inicialmente para poder hacer unas guías sobre temas de los proyectos de una escuela, que en ese momento no tenía estudiantes ni tenía desarrollos, ni siquiera una sede, como la demandante indicó en el interrogatorio de parte.

Adicional a todo lo anterior, se encuentra que no se puede considerar que una persona que no es abogado automáticamente va a actuar de mala fe al contratar a una persona como profesora por prestación de servicios, pues, como indicó la misma testigo Cindy Castro, es una práctica frecuente en las instituciones educativas que se realice la contratación de personal docente por prestación de servicios.

Por esto, al ser una práctica conocida y aceptada, no se puede considerar que el empleador tenía el conocimiento de existir una relación laboral dentro de la empresa, lo que conduce a que no se pueda demostrar la mala fe por parte del demandado tal como lo predicó la jueza de instancia. No se puede considerar que exista una mala fe solo por la declaratoria de existencia del contrato, y se tiene que ver dentro del proceso que en verdad existiera una mala fe por el simple hecho de llevar a la demandante a realizar un trabajo conjunto con la parte demandada, permitiendo que se realizara una labor diferente a la que realizaba la Srta. Huérfano en su establecimiento de comercio, en el cual admitió que desarrollaba labores.

Mientras tanto, la parte demandante pidió la confirmación de la sentencia recurrida, advirtiendo que se demostró la prestación del servicio subordinado en favor de la demandada, además que:

No se puede afirmar livianamente, que porque un trabajador, disponga, ordene y dirija, no pueda estar en constante subordinación, como es lo que se pretende negar por parte de la demandada; pues todos los directores, gerentes, representantes legales, etc., están en continuada y constante subordinación: reciben órdenes, como las recibía y aceptaba permanentemente la demandante.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por la parte demandada, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada estuvo o no conforme a derecho.

3.3. EXISTENCIA DEL CONTRATO

En lo que tiene que ver con la existencia de una relación laboral según lo previsto en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, debe aclararse que esta se produce por la prueba certera de los elementos que le dan origen conforme el primero de los citados artículos, o por la presunción consagrada en el segundo, tras la acreditación concreta del servicio personal de un individuo.

Se discute en esta oportunidad si entre las partes existió o no un vínculo laboral, con el fin de dilucidar este aspecto debemos recordar que, de acuerdo con el artículo 23 del CST, son elementos esenciales de este tipo de acto jurídico:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste 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. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.

En este asunto, la Sala encuentra que la defensa se centró en desconocer la existencia de una relación laboral subordinada, sobre esto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ tiene sentado que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). Lo anterior, en tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «*faculta a éste 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*».

Sin embargo, el legislador trasladó a la empleadora la carga de demostrar que no se está ante un contrato dependiente sino verdaderamente autónomo, eso es lo que se desprende de la presunción que estableció el artículo 24 del CST acerca de que toda

relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza; en orden con esto, para que se configure el contrato de trabajo, si el interesado demuestra la prestación personal del servicio, la presunta empleadora, para liberarse debe acreditar ante el juez que no existió una prestación de un servicio que estuviese regida por las normas laborales (C-665 de 1998).

Por lo tanto, será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, quien examine el conjunto de los hechos, bajo la óptica de los diferentes medios de prueba, y verifique que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en la sentencia del 2 de junio de 2009, rad. 34759, señaló sobre el particular:

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, justamente consagra una presunción a favor de la persona natural que presta servicios personales a otra natural o jurídica, en el sentido de que, bajo ese supuesto fáctico, se entiende que el ligamen que los ata es una relación de trabajo, trasladándose la carga de probar lo contrario al demandado, si desea desvirtuar la presunción.

En fallo de 23 de septiembre de 2008 (Rad. 33526), y de 4 de febrero de 2009 (Rad. 33937), esta Sala de la Corte dejó asentado, en síntesis, que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo contiene una presunción, según la cual, a partir de la acreditación de la prestación personal de un servicio, el pretenso trabajador no corre con la carga de probar el segundo de los elementos del artículo 23 ibidem.

En ese orden, la intelección que el juez de la alzada le imprimió al mencionado artículo 24 fue equivocada, pues, en suma, lo que dicho canon legal quiere significar es que, una vez demostrada la prestación de un servicio personal, la carga de probar que esa vinculación no giró bajo la égida de un contrato de trabajo, gravita sobre el demandado.

La misma corporación en sentencia del 8 de junio de 2016, Radicado 47.385, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró el criterio que de antaño ha adocinado:

... para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica - que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la Litis, su actividad personal, para que se presuma en su favor el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación fue independiente y no subordinada.»

Situados en este punto recordemos que, la existencia y las condiciones del contrato de trabajo bajo las cuales se pacta el nacimiento de dicho acto jurídico, pueden acreditarse por los distintos medios probatorios ordinarios, así como que en materia laboral el juez no

está sujeto a la tarifa de valoración de la prueba, así lo explicó la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL4723 de 2019 señaló:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de instancias, al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.”

En punto a las notas distintivas del contrato de trabajo y los criterios para establecerlas, cobra especial relevancia el contenido de la Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo que la Organización Internacional del Trabajo expidió en 2006. En su artículo 11 enseña que, para determinar la existencia de un vínculo empleaticio deberá «a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo», y, «b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios».

La referida recomendación, considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación, en el artículo 13 introduce una serie de indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

En casos como el que hoy se somete al escrutinio de esta Sala, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dado amplia acogida

a la técnica del haz de indicios como instrumento que permite identificar criterios que reflejan los rasgos más comunes de un vínculo laboral dependiente.

Esta técnica se desarrolló gracias a la doctrina y a la interpretación jurisprudencial. Alain Supiot¹ para referir a la doctrina europea, habló del haz de indicios, entendiendo por ello *«un cúmulo de elementos objetivos que, en el caso concreto, permiten deducir que más allá de la calificación que le hayan dado las partes (principio de la primacía de la realidad), la relación que las liga supone un vínculo laboral dependiente, con lo que será el arbitrio del juez lo que definirá en cada caso la situación, considerando la presencia de estos elementos»*.

En la sentencia CSJ SL1439 -2021, la Sala de Casación Laboral mencionó algunos de los indicios construidos por ella en diferentes providencias, se refirió a su utilidad para descifrar las relaciones de trabajo encubiertas, e indicó que coinciden con los postulados en la recomendación 198 de la OIT:

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585- 2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344- 2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la Radicación n.º 72624 SCLAJPT-10 V.00 19 integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En orden con lo expuesto, es indudable que la actora siempre prestó sus servicios en favor de la empresa demandada, que las órdenes dadas tenía la vocación de mantener una subordinación por parte de los jefes directos con la empleada Huérfano González, tal y como lo concluyó la Juez a quo.

La Juez de primer grado realizó un recuento de las pruebas traídas al plenario, específicamente una serie de correos electrónicos con los cuales se pudo evidenciar la sucesión de órdenes y disposiciones que impartían los jefes directos de la demandante, con el fin de que cumpliera con esas funciones, todas ellas acordes con el rol de directora académica, esto con el fin de mantener un orden y una estructura organizacional, para que estas labores tuviesen el éxito esperado.

Sin embargo, la Sala coincide con el juzgado en la valoración probatoria que realizó, pues

de las pruebas se extrae que la Empresa ejercía una subordinación frente a las funciones realizadas, tal y como lo expuso la Juez, la exigencia de cumplimiento de horarios de clases particulares, así como, el seguimiento de los demás tutores entre sus múltiples funciones, daban cuenta de una subordinación constante a la cual se encontraba sometida la extrabajadora.

Recuérdese que la subordinación propia de un contrato de trabajo ha sido entendida como la «aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente» (CSJ SL, 1 jul. 1994, rad. 6258, reiterada en el CSJ SL, 2 ag. 2004 rad. 22259).

No hay evidencia de que la accionante tuviera una estructura empresarial propia o un negocio propio, medios de producción, especialización y recursos para la prestación de servicios en favor de la demandada, sino que se ensambló en la estructura de la asociación para la que prestó sus servicios, de ahí se establece que carece de autonomía. De hecho, el testigo Daniel Espitia en una de sus respuestas aseguró que todo movimiento en la Empresa debía ser consultado con el representante legal Sebastián Pineda, sin que en ningún momento pudiese realizarse tarea alguna sin la anuencia de este, lo que es coincidente con lo señalado con la propia demandante, cuando refirió que las actividades realizadas eran concertadas con el representante legal. En palabras de la Corte *«No se trata de una persona que desarrolla libremente y entrega un trabajo para un negocio, sino que su fuerza de trabajo hace parte del engranaje de un negocio conformado por otro»*.

En concreto, el mismo representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio, admitió que no se realizó la firma de un contrato de prestación de servicio, dado que la relación fue informal, siempre se habló de prestar un servicio, y por ello, presentaba una cuenta de cobro, y de hecho, admite que siempre se tuvo la claridad que se estaba bajo un contrato de prestación de servicios, admitiendo así la existencia del servicio personal de la actora al servicio de la empresa, tareas que siempre realizó y que se le cancelaron sus honorarios, en proporción a los servicios prestados. Este hecho fue corroborado por el deponente Daniel Espitia, quien refirió que la señora Huérfano González era la directora de programas; que era quien organizaba los horarios de clases y coordinaba el tema de las clases; cuando este entró a la academia, el representante legal señaló que la actora fue quien se encargó de desarrollar el programa académico, era quien firmaba diplomas y se encargaba de todo lo concerniente a los cursos ofrecidos. Así mismo, el declarante Danny Giraldo señaló que tuvo claro quién era la directora académica, en este

caso la señora Hania Huérfano, quien creó los programas, y que cuando este desarrollaba sus actividades como profesor, debía seguir los lineamientos de la actora.

En referencia a los pagos, este afirmó que la señora Huérfano González presentaba sus cuentas de cobro, y ella tuvo una variabilidad en sus cuentas de cobro, aunque algunas actividades se mantuvieron. Que el pago de honorarios se hacía mensualmente, nunca se hizo semanalmente, que estos presentaban cuenta de cobro en los últimos días del mes, y se pagaba al principio del mes.

Mientras tanto, hay que precisar que la demandante dentro de su interrogatorio coincide con lo señalado por el representante legal al indicar que no suscribió alguno; mientras que, en torno a la escogencia de horarios, esta aseguró que no asignaba los horarios; aceptó que realizaba las cuentas de cobro y que presentaba el pago de seguridad social; en torno a la realización de otras actividades, la interrogada respondió que sí tenía esa unidad de negocio y que esa administración le delegaba en otras personas, para trabajar en ambas actividades. Esta señaló que no le fueron impuestas sanciones en Ecep, porque siempre cumplía con los compromisos. Que las reuniones se acordaban con el representante legal, incluyendo las reuniones con profesores.

En torno a los congresos, Sebastián Pineda señaló y enfático en aclarar que la demandante participó, más no tuvo el direccionamiento exclusivo de estos eventos, y que se trató de un trabajo en equipo, y que se remuneró a los participantes.

Según lo explicado por el representante legal, la capacidad de trabajo de la demandante quedaba a disposición de la empresa para realizar labores, que comúnmente eran relacionadas a organización de pensum académicos o guías de la entidad, reunión con profesores, dictar clases durante un día a la semana, quedó claro que había reuniones coordinadas con el representante legal, circunstancias que, sin lugar a duda, constituyen evidentes expresiones de un rol subordinado.

Ahora, la visión adoptada por la demandada al aducir la naturaleza profesional y especializada de la actividad, como raseros para distinguir y reivindicar el carácter independiente del profesional que prestaba los servicios, no tiene la contundencia requerida para desvirtuar la presunción de contrato de trabajo. Aunque la entidad demandada se aferró a la existencia de la autonomía, a partir de las especiales actividades y conocimientos de la actora como profesora y especialista en programas de acondicionamiento físicos, respecto de estos y de quienes ejercen profesiones liberales la jurisprudencia ha indicado que el ejercicio del poder subordinante es inversamente

proporcional al grado de especialidad o de conocimientos que tenga el trabajador, así lo explicó la CSJ:

El grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor que desempeñe el trabajador, así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas el grado de subordinación es casi imperceptible, y lo mismo puede decirse de los trabajadores calificados. En cambio, en los que no lo son, la subordinación es más acentuada, más ostensible y directa; más aún existen algunos trabajadores como los que prestan su servicio en su propio domicilio, en donde la subordinación casi desaparece, y, sin embargo, nuestro estatuto laboral los considera vinculados por Contrato de Trabajo según lo preceptuado por el artículo 89 del C.S.T. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral., 1984).

Cosa bien distinta es que, como también lo ha explicado esta Corporación, goce de una especial independencia técnica, que al tenor de lo expuesto durante el proceso no era absoluta, por cuanto la empresa demandada le sugería y ejercía control sobre sus actividades, esto para que se llevaran a buen puerto las labores de la Institución demandada, de acuerdo con los requerimientos de estos, en estos casos la subordinación se percibe de forma diferente a la de otros trabajadores no cualificados:

Los trabajadores cualificados, como los de las profesiones liberales, gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación». Por consiguiente, la subordinación en las profesiones liberales recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración en un servicio organizado, que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las condiciones de su ejecución *intuitu personae*, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministradas por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo). (CSJ SL1439-2021, reiterada en la CSJ 5L3345-2021)

La situación fue analizada recientemente en la sentencia CSJ SL 3070 de 2023, y por su similitud con el asunto que se discute en esta oportunidad se trae a colación, en ella, la alta corporación destacó:

Téngase presente que la subordinación en los profesionales liberales no se restringe simplemente a la impartición de órdenes o instrucciones, que es a lo que se limita la atención de la censura, sino a otros indicios como la disponibilidad de la trabajadora, su integración a la organización -en este caso como coordinadora-, la continuidad del trabajo, el cumplimiento del horario, etc., hechos acreditados que, a juicio del *ad quem*, evidenciaron que esa aparente supervisión del servicio desbordó esta facultad contractual de la entidad demandada y se vislumbrara así, razonablemente, como subordinación.

Cabe destacar que la parte demandada no aportó prueba documental, sino que de su dicho consistió en un contrato de prestación de servicios verbal, con la cual se pretendía derruir la presunción en favor del demandante, además, de los testimonios y declaraciones recibidos durante el proceso; sin embargo, es necesario precisar que para distinguir entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es insuficiente que

se diga que por el grado de confianza como la prestadora se hizo de forma verbal, debiendo precisarse que corresponde analizar las particularidades fácticas de cada caso a fin de establecer si están acreditados los elementos configurativos de la subordinación, y para ello es esencial el análisis de la naturaleza de la labor y el conjunto de circunstancias en que esta se desarrolla (CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 35201 y CSJ SL2885-2019).

Acerca de la formación específica en el área de labores y sus implicaciones al momento de definir si se estaba o no ante una relación laboral encubierta, son importantes las manifestaciones del mismo representante legal, cuando este señaló que desde el inicio encomendó a la demandante la elaboración de guías, que esta fue quien organizó el pensum de educativo de la entidad, y por su experiencia fue la encargada de direccionar toda actividad educativa, incluyendo la programación de las distintas actividades programadas; que la señora Huérfano González programaba clases para Bogotá, y para otras ciudades donde se prestaban servicios. Inclusive el señor Danny Giraldo refirió que sus actividades eran direccionadas en la parte por la hoy demandante, este afirmó específicamente *«todo material que yo recibí estaba firmado por ella»*. Hecho que también lo expuso Espitia, quien manifestó que era la extrabajadora quien organizaba los horarios de clases y coordinaba la temática de cursos ofrecidos por la entidad.

Lo anterior se sustenta aún más con el testimonio de Cindy Yulieth Castro, dice que conoció a Hania como compañera de trabajo en Ecep, señaló que esta fue jefe de ella, y que ella estaba encargada de envío de correo de forma operativa, que ella fungía como coordinadora o directora, y que luego cuando ella se vinculó como docente era Hania quien asignaba el programa de clases, que inclusive fueron compañeras de viajes para viajes en otras ciudades diferentes a Bogotá. Refirió que ella también dictaba algunos cursos, y que en Bogotá compartían en diferentes cursos.

Con los documentos y declaraciones recibidas es posible ratificar que la señora Huérfano González prestó su fuerza laboral a la entidad demandada, tal y como lo acreditó la a quo en los extremos temporales. Dicho servicio era claramente remunerado por la empresa, y que para ello debían presentar cuentas de cobro. La labor acorde con las declaraciones se hacía en la sede de la empresa, sino que varias veces se debía viajar o coordinar eventos en otras ciudades para cumplir con fines comerciales de la entidad.

Ahora, vale la pena recordar, tal y como lo indicaron los testigos, el agendamiento de clases, era una labor exclusivamente realizada por la misma demandante, para los

cumplimientos de los fines de la organización, de suerte que a pesar de que la misma demandante los programaba, esta no tenía injerencia alguna para modificación estructurales de los programas educativos. De hecho, la actividad realizada como coordinadora no dependía únicamente del arbitrio de esta, sino que debía cumplir con los derroteros impuestos por la entidad. El hecho que los profesores dictaran clases de un modo, no quiere decir que no estuviesen subordinados como lo pretende hacer ver la demandada, la subordinación radica en el cumplimiento del cronograma de clases o actividades programadas, y seguir el esquema propuesto en el pensum de estudios. En ese sentido, resulta intrascendente si la programación la hacía la misma demandante, si esta daba o no clase de forma consecutiva, contante, diariamente, o con intervalos, pues se sabe que el empleador cuenta con plena discrecionalidad para disponer de la fuerza laboral del trabajador que tiene a su cargo.

También, se constata con las pruebas arrojadas que la sociedad demandada sí ejercía subordinación y que, la señora Huérfano González estuvo vinculada a la estructura organizacional de la entidad, que sus funciones influían en el normal desarrollo de las actividades, y que, por ende, su labor no podía darse de forma autónoma o desuniforme a las funciones asignadas a otros empleados.

La incorporación al equipo de trabajo es notoria si se mira el correo del 28 de enero de 2016, donde el señor Andrés Burbano Rojas presenta un presupuesto para un congreso al señor Sebastián y la demandante Hania (Pág. 3, pdf. 04, Carpeta 01, C01); otro correo dirigido por esta misma persona a la señora Hania, donde presentaba al señor Sebastián Giraldo, quien haría parte de un curso denominado “Comida Fitness” (Pág. 4, ídem), en este correo señala *«Sebastián, en este correo estoy copiando a nuestra Rectora del Curso Hania y a nuestra Directora Académica Jenifer»*; en otro correo aportado, la misma demandante comunica al señor Andrés una propuesta de horarios de clases supeditadas a la aprobación de Sebastián y que era comunicada a Andrés (Pág. 5, ídem); otro correo importante a destacar, es el de fecha 22 de abril de 2016, dirigido por Sebastián Pineda, en su condición de Gerente General de FEPT (Pág. 13, ídem) a varios integrantes de la empresa incluyendo a la señora Hania, y en el asunto se incluía el asunto “Memorando”, donde específicamente este señaló *«Sabido de antemano la prioridad del congreso que tuvo su programación hace más de 3 meses, no comparto la ausencia (injustificada) de la directora y la coordinadora Hania»*, y en otro aparte del correo indicó *«Reconsideren su asistencia necesaria del día sábado para que no deleguen y recarguen sus responsabilidades en otras personas del equipo»*.

En otro correo electrónico dirigido por el mismo señor Pineda, se ve reflejada una orden

especifica dada a la hoy demandante, en este se dispone lo siguiente: «Hania, la idea es que tu trabajes en el ajuste de los cursos empezando por fundamentos 1 y Cindy deberá organizarlo en el aula virtual» (Pág. 18, ídem)

De lo anterior, el Gerente General de la entidad, si imponía reglas de obligatorio acatamiento para la supuesta prestadora de servicios, como evidencia de los correos antes referenciados; así, la señora Huérfano González mantenía contacto permanente con otras personas vinculadas a la organización, desvirtuada la posibilidad de que el prestador realizara la labor independiente y emitiendo sus conceptos personales. Inclusive en distintas comunicaciones se le exigió y sugirió la forma en cómo debía presentar y organizar su trabajo.

En ese orden, el estudio adelantado en esta sede lleva a confirmar las conclusiones del juzgado, en la medida en que quedaron en evidencia factores claramente indicativos de subordinación laboral, en los términos de la jurisprudencia del trabajo, como el cumplimiento de un rol fundamental para la ejecución de los fines institucionales (CSJ SL5042-2020); en este caso, de cara al ejercicio de la libertad de empresa y el desarrollo de su objeto social; la disponibilidad del trabajador según las necesidades y requerimientos de la compañía demandada y sus clientes en las diferentes ciudades (CSJ SL2585-2019); y, la integración en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020) pues, no obstante su labor podría ser altamente especializada, lo que se desprende es que la promotora del proceso era un eslabón más dentro de la cadena de prestación de los servicios ofrecidos por la demandada, que no un verdadero proveedor de esta última, autónomo e independiente.

Del mismo modo, la labor tuvo vocación de permanencia, no fue una actividad esporádica u ocasional, ya que la exempleada estuvo vinculada por un período superior a dos años.

La Sala no observa prueba que permita derruir la presunción constituida en favor de la trabajadora, y que, por el contrario, todas las pruebas llevan a declarar probada la existencia de un vínculo laboral del que se favorecía la demandada. Así las cosas, del análisis que se efectúa del acervo probatorio, concluye esta Corporación que estuvo demostrada la existencia del contrato de trabajo.

3.4 DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El Art. 65 del CST para lo que interesa establece:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique...”

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente”.

Si bien, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, el juzgador debe establecer con base en el material probatorio obrante en el proceso, si la conducta del empleador estuvo acompañada o no de buena fe, la cual se presume, advierte la Sala que, en el caso de autos, el empleador demandado incurrió en una conducta omisiva de sus deberes laborales para con la trabajadora demandante, sin demostrar en el proceso razones válidas que justificaran dicha omisión.

No se debe olvidar que, para evitar la imposición de la mentada indemnización es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta, como lo asentara la CSJ en la sentencia SL199-2021, citada en la CSJ SL3977-2022, allí la corporación afirmó:

[...] cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Así mismo, la misma Corte en su sentencia SL1886-2023, reitera lo indicado por el órgano de cierre en diferentes decisiones, argumentando que:

Pues bien, en el caso que se examina, encuentra la Sala que la decisión del Tribunal estuvo precedida del examen pormenorizado de las pruebas recaudadas, que daban cuenta de cómo se ejecutó la relación contractual, mismas que lo llevaron, primero, a establecer la existencia de un contrato de trabajo y a determinar la procedencia de la sanción moratoria reclamada al observar la ausencia de razones atendibles en el comportamiento de la entidad demandada.

De otra parte, reitera la Sala que es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta, como lo precisó esta Sala en las sentencias CSJ SL199-2021, SL4278-2022 y SL4311-2022, SL2886-2022 entre otras.

Es así como que la absolución de estas indemnizaciones, tanto la moratoria prevista en el artículo 65 del CST como la contempla en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no dependen de la simple afirmación de actuar de buena fe, o alegar este amparado por la celebración de un convenio de

prestación de servicios, sino que deviene del examen probatorio, del análisis de los elementos de prueba que permitan establecer que se actuó efectivamente de buena fe.

En el caso que ocupa la atención de la Sala y como resulta del análisis del primer cargo, las documentales denunciadas, no desvirtúan la existencia del contrato de trabajo, como tampoco el hecho de que la demandante ejecutó sus actividades de manera subordinada y que sus funciones correspondían al cumplimiento del objeto misional para la cual fue creada la entidad, situación que descarta cualquier error invencible por parte del *ad quem* en considerar, que el vínculo existente entre las partes fuese de una naturaleza diferente a la de un contrato de trabajo, y que no genere el derecho al pago de las prestaciones sociales propias de un trabajador subordinado (CSJ SL4278-2022).

Se reitera además que este tipo de indemnizaciones sólo es procedente cuando quiera que el juez advierta que el empleador no aporta razones aceptables, serias y atendibles de su conducta, a partir del análisis conjunto de las pruebas y circunstancias que rodearon el marco de la relación de trabajo. Se advierte que la carga de demostrar que no existe intención fraudulenta es del empleador CSJ SL3288-2021 y SL4278-2022.

De lo probado dentro de este proceso, no se establece ninguna razón atendible que permita determinar por qué el empleador recibió los servicios personales de la actora y ejercía sobre ella un control al imponerle horarios, fijaba las tareas y turnos a ejecutar, le citaba a reuniones de trabajo, pero a pesar de ello decidió presentar la relación bajo la figura del contrato de prestación de servicios la cual es extraña la dependencia, evidenciándose que esa conducta no tuvo otra finalidad distinta a disfrazar una relación de trabajo, como una relación índole civil o comercial, por lo que, considera esta Corporación que su actuar estuvo alejado de la buena fe contractual.

La buena fe, entendida como el actuar recto y leal, como un estándar de conducta que debe presidir el ejercicio de los derechos y prácticas en las relaciones de trabajo, se desconoce cuándo se actúa en la forma que lo hizo la empresa demandada.

En consecuencia, deberá confirmar lo decidido por la primera instancia, y, en consecuencia, declarar que, si tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue dispuesto en la sentencia.

3.5 DE LAS COSTAS DEL PROCESO

Con relación a las costas, al no prosperar el recurso interpuesto, se impondrá condena en costas a la demandada en segunda instancia. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 pesos.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

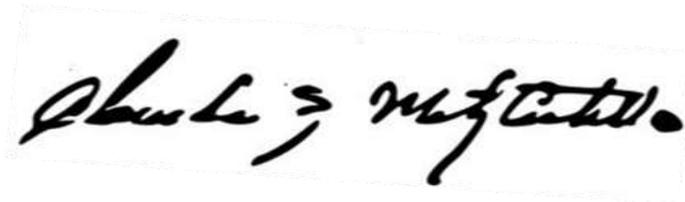
VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Hania Gisela Huérfano González en contra de Fitness Experts Personal Training SAS, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la demandada en segunda instancia. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 pesos.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Christian Daniel Gómez García.
DEMANDADA:	Fondo Nacional del Ahorro Optimizar Servicios Temporales
TERCEROS VINCULADOS:	Liberty Seguros SA Confianza SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Revoca y modifica. Confirma resto de la sentencia.
RADICADO Y LINK:	11001310503320170056201 11001310503320170056201

En la ciudad de Bogotá, a los veintisiete (27) días de febrero de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo** como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante, la demandada **Optimizar Servicios Temporales** y la llamada en garantía **Confianza SA**, contra la decisión proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **Christian Daniel Gómez García** versus el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales, y al cual se vincularon como llamadas en garantía a las sociedades Liberty Seguros SA y Confianza SA.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

El señor Christian Daniel Gómez García presentó demanda ordinaria laboral, con la que persigue que se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor con la compañía Optimizar Servicios Temporales (en adelante solo Optimizar), y

que esa entidad lo remitió como trabajador en misión al Fondo Nacional del Ahorro (en adelante FNA); que se declare que las labores realizadas por el actor, correspondían al giro ordinario de los negocios del FNA, por lo tanto debe responder solidariamente; pide la condena a Optimizar por despido injustificado y el pago de la liquidación del contrato de trabajo, además, del reconocimiento de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, la sanción moratoria del artículo 65 del CST por el no pago oportuno de dichas prestaciones, la indemnización por despido sin justa causa y las costas del proceso.

1.2. HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en que suscribió contrato por obra o labor el 04/05/2015, para desempeñar el cargo de Técnico 1 en misión en el FNA, y lo ejerció hasta el 30/09/2015, realizando labores que pertenecían al giro ordinario de los negocios del FNA, y debía cumplir en condiciones de igualdad con los ingenieros vinculados directamente a ese fondo; afirmó que la finalización del contrato de trabajo coincidió con la terminación del contrato comercial entre Optimizar y el FNA, pero no recibió el pago de sus prestaciones sociales.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, Optimizar Servicios Temporales, aceptó la vinculación laboral con el actor, la modalidad del contrato aludida en la demanda, los extremos temporales allí indicados, pero aseguró que no le constan los hechos en que el demandante describió sus funciones dado que eran asignadas por la empresa usuaria. Desmintió que no hubiera pagado las prestaciones sociales, y aclaró que no podía realizar pagos por encontrarse inmersa en trámite concursal. En consecuencia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones condenatorias en favor del demandante. Formuló las excepciones de existencia de procedimiento concursal especial, preferente y prevalente en el curso para el pago de las prestaciones reclamadas, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales (Págs. 114 a 123, PDF 01, C01).

La codemandada Fondo Nacional del Ahorro respondió que el demandante fue enviado por Optimizar como trabajador en misión, pero sin que mediara vínculo laboral entre ellos; manifestó que no le constan los hechos ajenos a su representada. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, y presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones (Págs. 137

a 156, PDF 01, C01). Solicitó el llamamiento en garantía, de la aseguradora Liberty Seguros SA, que se aceptó por auto del 23 de octubre de 2018.

La aseguradora Liberty Seguros SA, respondió oportunamente al llamamiento oponiéndose a las solicitudes de la demanda. Manifestó que no le constan los hechos e indicó que el beneficiario de la póliza de cumplimiento, en este caso el FNA no fungió como empleador directo del demandante. Propuso la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario con la compañía Confianza SA, y de mérito, las que denominó: prioridad en la afectación de las pólizas DL 006347, DL 007987 y DL 008460 expedidas por Confianza SA, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción, extinción de la acción, compensación (Págs. 172 a 210, PDF 01, C01).

En atención a lo solicitado por la llamada en garantía, en providencia del 25 de noviembre de 2019, el juzgado dispuso la vinculación de la sociedad Confianza SA, la que, contestó a la demanda y se opuso al llamamiento realizado por el FNA y Liberty Seguros, debido a falta de cobertura del riesgo. Propuso como excepciones las de violación al debido proceso, inoportunidad para llamar en garantía a seguros Confianza, falta de legitimación en la causa por pasiva, pago, ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas, limitar la indemnización moratoria a la fecha en que fue admitido el empleador en proceso de reorganización (Págs. 415 a 432, PDF 01, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 17 de junio de 2022, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a CHRISTIAN DANIEL GÓMEZ GRACÍA, las siguientes sumas y conceptos:

Cesantias	\$ 939.167
Int. Cesantias	\$ 46.019
Prima	\$ 939.167
Vacaciones	\$ 469.583

SEGUNDO: CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a CHRISTIAN DANIEL GÓMEZ GRACÍA la Sanción Moratoria consagrada en el Art. 65 del C.S.T. correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las acreencias laborales, del al 1 octubre de 2015 al 30 de septiembre de 2017 lo cual equivale a \$55'200.000, debiéndose pagar a partir del 1 de octubre de 2017

intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta el 5 de abril de 2020.

TERCERO: ABSOLVER a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN respecto de la pretensión de indemnización por despido sin justa causa.

CUARTO: COMPENSAR de las sumas objeto de condena impuestas en el ordinal primero de esta providencia el valor de \$2'214.069, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR la AFECTACIÓN de la Póliza DL008460 expedida por CONFIANZA S.A., a fin de cubrir el pago de las condenas impuestas a Optimizar Servicios Temporales S.A., hasta el límite del valor asegurado en dicha póliza.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas planteada por CONFIANZA S.A.

SÉPTIMO: ABSOLVER al FONDO NACIONAL DEL AHORRO - FNA y a LIBERTY SEGUROS S.A. respecto de todas y cada una de las pretensiones planteadas en su contra por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones reclamadas planteadas por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO - FNA y LIBERTY SEGUROS S.A.

NOVENO: COSTAS de esta instancia a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de CINCO (5) S.M.L.M.V.

En cuanto al punto objeto de debate, esto es, la responsabilidad solidaria del FNA, el juzgado de primera instancia consideró: *«para el caso concreto, la vinculación del demandante NO infringió las normas relativas al trabajo temporal, toda vez que su vinculación laboral duró un poco más de 4 meses, cumpliéndose con el requisito de temporalidad»*.

En cuanto a la indemnización moratoria, el a quo consideró que: *«el estado de iliquidez o los problemas económicos que llegare a presentar el empleador no demuestra la buena fe por parte del empleador»*, agregando que *«se evidencia la mala fe con que ha actuado la demandada pues, si bien se realizó un pago al demandante el 5 de abril de 2020 por valor de \$2'214.069, lo cierto es que Optimizar se sustrajo de pagar por casi 5 años la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones de una relación laboral que no duró más de 4 meses»*.

Por otra parte, sobre la responsabilidad de la aseguradora Confianza SA, el juez de primer grado afirmó que: *«se constituyeron 2 pólizas para los años 2015 y 2016 DL 007987 y DL008460 respectivamente, las cuales cubren a los trabajadores en misión que hayan sido vinculados durante la vigencia de cada una de las pólizas»*. Y añadió *«la póliza DL008460 se advierte que esta es una renovación de la póliza DL 007987, por lo cual debe entenderse que la primera también cubre o se hace extensiva a los trabajadores amparados o asegurados en esta última»*.

Por último, en cuanto a la condena en costas, el cognoscente condenó a la demandada Optimizar al pago de los gastos judiciales y agencias en derecho.

1.5 RECURSO DE APELACIÓN.

El recurso del demandante estuvo destinado a derruir las conclusiones del juzgador que lo llevaron a absolver al FNA de la responsabilidad solidaria en vista que la vinculación del accionante se dio con una contratación fraudulenta, dado que las labores que desempeñó el señor Gómez García correspondían al giro ordinario de los negocios de la entidad, además que la contratación trasgrede los límites del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Ahora, la demandada Optimizar discute dos puntos de la sentencia, el primero, referente a la indemnización moratoria, indicando que no hay lugar al pago de dicha condena, en atención a que las prestaciones fueron canceladas por afectación de la póliza de seguros. Segundo, porque las acreencias adeudadas al demandante quedaban sujetas a las reglas del proceso concursal al que se vio sometida la empresa. Por último, considera que la condena en costas en contra de esta entidad es excesiva.

La llamada en garantía, Confianza SA apeló las condenas en su contra, adujo que su responsabilidad se limita al objeto de la póliza, y que asegura las acreencias de quienes se vincularon en vigencia del seguro expedido el 01/01/2016 y por el monto amparado, mientras que el contrato de trabajo con el actor culminó antes.

II. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Parte demandante: En sus alegaciones, la apoderada del actor pidió se revoque únicamente la sentencia frente a la responsabilidad solidaria del FNA, bajo los mismos argumentos expuestos en su recurso y reiterando que el FNA intencionalmente busca *«encubrir una necesidad permanente en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de la temporalidad»*.

Demandada FNA: En su escrito pide la confirmación de la sentencia, y la consecuencia la absolución de esta demandada, dado que en este caso no se puede concluir que existe una responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, manifestando que *«existe solidaridad entre las Empresas de Servicios Temporales y las usuarias únicamente cuando se acredita la ilegalidad en la contratación y por ende que el verdadero empleador es la empresa usuaria»*.

Liberty Seguros: Dentro de la oportunidad para alegar, pide que se confirme la absolución a esa entidad, argumentando que ese punto no fue objeto de recurso,

por ende, lo decidido adquirió firmeza en cuanto a la responsabilidad de esa garante.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala de los recursos de apelación de la sentencia en favor de la parte demandante, la demandada Optimizar Servicios Temporales y la llamada en garantía, Confianza SA, de conformidad con lo señalado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si hay lugar o no para despachar favorablemente la súplica de los recurrentes, frente a lo decidido en la providencia objeto de revisión.

3.3. DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA USUARIA.

En sus pretensiones la parte activa pidió la condena solidaria al Fondo Nacional del Ahorro, para que responda por el pago de las prestaciones sociales y derechos laborales adeudadas por la demandada Optimizar.

Ninguna discrepancia se presentó durante el proceso en punto a que la vinculación del señor Christian Daniel Gómez García se prolongó entre el 04 de mayo al 30 de septiembre de 2015, estuvo regulada por un contrato de obra o labor, y ejerció funciones en el Fondo Nacional del Ahorro, como trabajador en misión.

Sin embargo, el juzgado no acogió los pedimentos del actor, para ello aseguró que: *«para el caso concreto, la vinculación del demandante NO infringió las normas relativas al trabajo temporal, toda vez que su vinculación laboral duró un poco más de 4 meses, cumpliéndose con el requisito de temporalidad»*, y explicó:

[...]sólo aquellos eventos en los que se infrinja las normas que regulan el servicio temporal, hay lugar a tener como verdadero empleador al beneficiario del trabajo en misión y la empresa de servicios temporales como simple intermediaria que no anunció la calidad en la cual optó y por tanto solidariamente responsable de las obligaciones laborales, en este caso, si bien la demandante señala que el Fondo Nacional del ahorro realizó la vinculación de personal en misión para tercerizar actividades misionales permanentes propias de la entidad, incluso refieren sus alegatos de conclusión que realmente la vinculación de la parte demandante de atarse a ese contrato va con ese objetivo que buscaba la entidad del Fondo Nacional del Ahorro en ampliar su rango de acción para responder a las políticas de Estado. Lo cierto es que, para el caso concreto, la vinculación del demandante pues no infringió esas

normas relativas al trabajo temporal, nótese como su vinculación laboral duro un poco menos de cuatro meses, cumpliéndose con el requisito de temporalidad previsto por el legislador para la contratación de trabajadores en misión, más allá de que cumplieran labores propias del objeto social.

La conclusión del juzgado coincide con la de la empresa Optimizar al manifestar que el contrato con el demandante estuvo vigente entre el 04 de mayo y el 30 de septiembre de 2015, período que coincidió con el contrato de prestación de servicios celebrado con el FNA.

Para resolver la controversia, la Sala deberá examinar la contratación celebrada entre Optimizar y el FNA desde lo factual, siguiendo las reglas del principio cardinal del derecho laboral de la primacía de la realidad sobre las formas, con miras a establecer si en realidad existió o no un ánimo de defraudar o por el contrario, correspondía a una necesidad de la usuaria que podía satisfacerse a trabajadores temporales.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 4330-2020, se refirió a las vinculaciones con ánimo defraudatorio, señalando:

En tratándose de vinculaciones defraudatorias o de intermediación laboral ilegal, a través de EST, ambos principios convergen en privilegiar la realidad sobre las situaciones aparentes y, lejos de ser antagónicos, funcionan de manera armónica y complementaria. En efecto, el principio de la primacía de la realidad, según se explicó, no se limita a una especie de conflicto y mucho menos se puede pregonar su impertinencia en el sub judice, donde se hace necesario revelar el carácter transitorio o permanente de los servicios prestados a una empresa usuaria. Desde luego que en supuestos de interposición ilegal de EST no es técnicamente correcto aludir al «contrato realidad», debido a que no se discute como tal la naturaleza laboral de la vinculación, como bien lo pone de relieve el recurrente. Sin embargo, ello no impide aplicar, desde otra vertiente, este principio para descifrar si las actividades misionales desarrolladas por el trabajador son temporales, según el listado taxativo del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o, por el contrario, permanentes, en cuyo caso la empresa usuaria debe vincular de manera directa a su propio personal. Fue por ello que el Tribunal, en aras de dilucidar esta cuestión, se apoyó válidamente en el principio de primacía de la realidad sobre las formas para develar la naturaleza del servicio prestado al FNA, especialmente en lo que hace al carácter de la necesidad contratada y su duración. Con ello, su estudio no se limitó a las estipulaciones contractuales, sino que las confrontó con la realidad de su ejecución, lo que le permitió colegir que el actor desempeñó actividades permanentes en favor de la usuaria y no transitorias. Es decir, se instrumentalizó el servicio a cargo de las empresas de servicios temporales para ocultar relaciones laborales continuas y por esa vía reducir costos laborales. En paralelo, también se comete fraude a la ley en estos casos de intermediación ilegal, cuando formalmente se contratan servicios temporales con EST, pero, en la práctica, se desarrollan actividades misionales permanentes, contrariando la finalidad de esta institución, cual es la de satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero. En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita. En la sentencia CSJ SL467-2019 la Corte se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las EST, así:

Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrino:

[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución.

De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria¹».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Como no se discute que el FNA no demostró un incremento en los servicios que presta en los términos del numeral 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y aún si los hubiese acreditado, de todas formas, superó el término de 6 meses prorrogable por otros 6, el Tribunal no erró al calificar los servicios contratados como continuos de la empresa usuaria. No sobra agregar que el juzgador válidamente podía catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo: (1) Cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente no puede acudir al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria.

Aunque la Sala no contradice las conclusiones de la sentencia de primera instancia con relación a la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, que es el núcleo esencial de la apelación de la parte demandante, ella desde luego parte de la consideración de que la Empresa de Servicios Temporales es el verdadero empleador, pues es contrario a toda lógica reclamar simultáneamente respecto de

un mismo demandado las calidades de obligado solidario y empleador, que son excluyentes.

En ese sentido, la sentencia CSJ SL2444 de 2023, la corte recordó que Cuando se predica la solidaridad, es imprescindible contar con el reconocimiento de la obligación principal -la responsabilidad del deudor solidario no es una deuda autónoma, sino que se predica respecto de la que le corresponde asumir al empleador.

Teniendo esto claro, y partiendo de que por regla general la Empresa de Servicios Temporales es, para todos los efectos la verdadera empleadora y responsable del pago de las acreencias laborales, a menos que se demuestre que ha infringido las reglas del servicio temporal previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, así lo ha explicado la jurisprudencia, verbigracia, en la sentencia SL4538 de 2021, la cual se cita para aclarar a la parte accionante en que eventos procede:

Conviene además recordar que ya la Corte ha dicho que, en los casos de los trabajadores en misión, para todos los efectos, la verdadera empleadora es la Empresa de Servicios Temporales, de suerte que ésta es responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador o sus causahabientes, tal como lo señaló la Sala en sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, radicación 9435, reiterada en la CSJ SL, 18 may. 2009, radicación 32198, en sentencia CSJ SL, 4 sept. 2009, rad. 34806, CSJ SL2797-2020, CSJ SL1906-2021 entre otras.

Solo en determinadas circunstancias es viable considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y a la EST como simple intermediaria, responsable solidaria de las obligaciones laborales contraídas por la primera, cuando la empresa de servicios temporales no está autorizada para prestar ese servicio o cuando en desarrollo del mismo infringe las normas que regulan el servicio temporal, como es el caso en que la contratación para la atención de incrementos en la producción o la prestación de servicios exceda el término de un año.

Y, además el precedente referido en las líneas que antecede ha señalado que:

En el evento de que un trabajador en misión sufra un infortunio profesional por culpa del usuario, bien sea por haber incumplido éste los compromisos adquiridos con la E.S.T. en punto a seguridad industrial o debido una imprevisión injustificada, la culpa se transfiere a la E.S.T., en tanto delegante del poder de subordinación pero exclusiva en la carga patronal, sin perjuicio del derecho de ella a repetir o reclamar a la usuaria los perjuicios por el incumplimiento contractual si este se presenta (rad. 32198).

En este orden de ideas como quiera que la recurrente encausó el primer cargo por vía directa, no puede la Corte entrar a estudiar aspectos fácticos atinentes a demostrar si en efecto, se está en presencia de una contratación fraudulenta enmarcada en los supuestos que el precedente ha señalado permiten establecer que la E.S.T. no tiene el carácter de verdadero empleador. En consecuencia, en el caso que ocupa la atención de la Sala la Sociedad Acción S.A.S. es el verdadero empleador, tal y como concluyó el juez de apelaciones. (Negrilla de la Sala)

Por su parte, si se entendiera que lo que se busca es la solidaridad de la Empresa de Servicios temporales, la pretensión tampoco estaría llamada a prosperar, por cuanto, dada su condición de verdadero empleador, esa figura opera únicamente por excepción. En sentencia CSJ SL4162-2021, se pronunció acerca del mismo aspecto:

Ahora, en el caso de las empresas de servicios temporales, dada su condición de empleadoras, la figura de la solidaridad en relación con el incumplimiento de obligaciones que puede establecerse respecto a las empresas usuarias se aplica únicamente por excepción.

Por ejemplo, el artículo 35 numeral 3.º del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en aquellos casos en que se celebre un contrato de trabajo obrando como simple intermediaria y esta omita «declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas».

Asimismo, la legislación y la jurisprudencia de la Corporación han establecido otras situaciones en las que también se configura la responsabilidad solidaria entre las empresas de servicios temporales y las usuarias, tal como ocurre en los casos de: (i) omisión de la información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral de trabajadores en misión – artículo 13 del Decreto 4369 de 2006-; (ii) cuando se contrata a una empresa de servicios temporales sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución y funcionamiento -artículo 20 numeral 3.º *ibidem*-, y (iii) cuando la empresa usuaria ha desbordado el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales, tal como ocurre cuando incumple las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 –parágrafo artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006- (CSJ SL467-2019), o cuando le ocurre un infortunio laboral por orden de la empresa usuaria en una labor distinta a la que generó el envío de aquel por parte de la E.S.T. (CSJ SL15195-2017).

En ese orden, existen varios escenarios en que se pueda considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y a la EST como simple intermediaria, como cuando **la empresa de servicios temporales no está autorizada para prestar ese servicio o cuando en desarrollo del mismo infringe las normas que regulan el servicio temporal.**

La primera instancia analizó el aspecto relativo a la duración del trabajo temporal y su pronunciamiento se aviene acertado, por cuanto la vinculación con el demandante no quebrantaría el término legal autorizado para este tipo de contratación.

Ahora, con las pruebas arrimadas al plenario, es posible corroborar que la labor realizada por el accionante fue contratada por la demandada Optimizar, con el fin de desempeñarse como trabajador en misión en el FNA, por un término de cuatro (4) meses, en correspondencia con lo pactado en el contrato No. 275 de 2014 (pdf. 01, carpeta 02, C01), y existe coincidencia entre lo que sucedió en la realidad y lo pactado.

Sin perjuicio del enfoque al que el juzgador orientó la decisión, lo cierto es que las pretensiones del demandante, en la forma expuesta en el libelo inicial y reiteradas en el recurso, no estuvieron dirigidas a que se declarará al FNA como verdadero empleador, sino a extenderle la responsabilidad solidaria, fincado en que el actor cumplía labores propias del giro ordinario de esa entidad. Aspecto al que la primera instancia no se refirió.

En ese sentido, debe recordarse que, conforme a lo previsto en el artículo 66A del Estatuto Procesal Laboral, este postulado impone que «la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación», con esta disposición lo que se *«pretendió fue focalizar la actividad jurisdiccional, obligando a los recurrentes a concretar con exactitud cuáles son los motivos de disenso contra la decisión del juez de primer grado»* (CSJ SL2808-2018); además, lo que se exige es que la sentencia esté acorde con los hechos y pretensiones del escrito inaugural, las excepciones propuestas o aquellas que estén probadas según el caso y los hechos que precisó el juez al momento de la fijación del litigio.

De modo que, esa regla procesal en salvaguarda del debido proceso y el derecho de defensa proscribire que el juez en su decisión varíe la causa petendi con la introducción de hechos nuevos o modifique el petitum de la demanda o los medios exceptivos propuestos por la contraparte, salvo cuando la ley habilite su actuación oficiosa, por consiguiente, la Sala no realizará otras argumentaciones y confirmará la decisión en el sentido en que lo dejó planteado y expuesto la primera instancia al momento de resolver dicho problema jurídico, debido a que el accionante no mostró desacuerdo con ella.

3.4. DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA A CARGO DE OPTIMIZAR.

La demandada propuso recurso contra la decisión del juez de primer grado, en torno a la condena por concepto de indemnización moratoria, indicando que no hay lugar a imponer dicha condena por cuanto las prestaciones fueron canceladas por afectación de la póliza de seguros, y además quedaron sujetas a las reglas del proceso concursal al que se vio sometida la empresa.

Para resolver el punto en controversia, recordemos que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para lo que interesa en este caso, establece:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique...”

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás

seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente". (Subrayas fuera del texto).

Si bien, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral la imposición de esta sanción no es objetiva, y para aplicarla el juzgador debe realizar un juicio de valor que le permita establecer, a través del material probatorio, si la conducta del empleador estuvo revestida o no de buena fe, siendo claro que ésta última se presume, y que la mala fe debe quedar plenamente probada, advierte la Sala que, en el caso de autos, es ostensible que el empleador Optimizar- incurrió en una conducta omisiva de sus deberes laborales con el trabajador demandante, y aunque adujo como circunstancia exonerante la mala situación económica, esa justificación carece de asidero para no cumplir con sus obligaciones laborales.

No se debe olvidar que, para evitar la imposición de la indemnización moratoria, es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta, como lo asentara la CSJ en la sentencia SL199-2021, citada en la CSJ SL3977-2022, allí la corporación afirmó:

[...] cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Se aduce por esta demandada como exonerante de responsabilidad, la crisis financiera que le llevó al proceso concursal, sin embargo, es pacífico el precedente respecto a que, ella por sí sola no se edifica en una justificante de la ausencia de pago de salarios y prestaciones de los trabajadores, así lo expuso, por ejemplo, en decisión CSJ SL845-2021, en la cual consideró:

Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales

tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

Ahora, si bien el Tribunal se equivocó al señalar que el déficit financiero de la compañía develaba la buena fe de la accionada al omitir el pago de los salarios del actor, ello es inane frente al quiebre de la sentencia controvertida, en tanto su otro pilar estribó en que la sanción moratoria era improcedente porque el demandante en su calidad de socio no solo conocía la crisis de aquella, sino que además tenía capacidad de gestionar su propio salario. Al respecto, conviene recordar que a la luz de lo estatuido en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, es viable que el contrato de y dado que el último salario devengado por el actor fue por la suma de \$828.116 como ya se dijo, es decir el mínimo legal mensual vigente para la época, para el cálculo de la mentada indemnización aplica la regla del párrafo del artículo 65 del CPTSS, por concepto de indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales por cada día de retardo la suma de \$27.603,86 a partir del 1 de septiembre de 2019, y hasta cuando se realice el pago completo de las prestaciones insolutas.

Desde este punto de vista, acertó el Juzgador de primera instancia cuando aseveró que la demandada no puede anteponer su mala situación administrativa y económica como justificante para no cumplir con sus obligaciones, con el fin de retrasar el pago de obligaciones a su cargo, y perjudicar así a la parte débil de la relación, en este caso los trabajadores.

No obstante, cuando el empleador se encuentra en proceso de reorganización o liquidación, como en el caso de marras, resulta válido recordar lo precisado en sentencia CC SL1595-2020, donde precisó que en lo relativo a la indemnización moratoria, *“Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014)”*

Lo anterior, se acompasa a su vez con lo consignado en el artículo 17 de la ley 1116 de 2006, el cual dispone:

“Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

Sumado a ello, si bien en el párrafo 3.º de la norma en cita, se precisa que el empleador podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores, lo cierto, es que tal facultad tan solo se habilitó desde la presentación de la solicitud de reorganización y hasta la aceptación de la misma, esto es, su admisión.

En consideración a lo manifestado, se evidencia que a partir del momento de la iniciación del proceso de reorganización surgen unas prohibiciones expresas a quienes son designados como administradores frente a la disposición de los recursos, pues la gerencia de tales recursos deben responder a las finalidades del trámite iniciado y la prelación que se ha establecido para los créditos, por lo que, para la sociedad inmersa en el mismo es posible entender configurada la existencia de una verdadera imposibilidad para atender de manera inmediata sus obligaciones.

Para el caso bajo análisis se tiene que la sociedad accionada Optimizar Servicios Temporales S.A en Liquidación Judicial, tal y como se extrae del certificado de existencia y representación legal arrimado al proceso, se admitió en proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006 por parte de la Superintendencia de Sociedad a través del auto n.º 400-002370 de 15 de febrero de 2016.

En tales condiciones, atendiendo que la relación laboral finalizó el 30 de septiembre de 2015, y la admisión del proceso de reorganización tuvo lugar el 15 de febrero de 2016, inscrito en Cámara de Comercio el 29 de febrero siguiente, resulta evidente que Optimizar Servicios Temporales S.A.S se abstuvo de manera injustificada de efectuar el pago de las acreencias que le adeudaban a su trabajador, por lo que resulta procedente el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 C.S.T, por lo días transcurrido entre una fecha y la otra, sin que pueda extenderse más allá de dicha fecha – 29 de febrero de 2016- pues a partir de ese momento no es posible colegir ánimo defraudatorio alguno.

Por consiguiente, se deberá modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de que la condena al pago de la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo se cuantifique desde el 1 de octubre de 2015 y el 29 de febrero de 2016, esto es la suma de ONCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$11.500.000).

3.5. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA LLAMADA EN GARANTÍA CONFIANZA SA

El artículo 64 del Código General del Proceso, consagra la figura del llamamiento en garantía, en la cual se regla lo siguiente:

ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

En dicho estatuto procesal, el objeto de esa figura no es otro que «*exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva*».

Ahora, debe recordarse que uno de los presupuestos para la constitución de una empresa de servicios temporales es la exigencia de constituir una garantía, para asegurar las deudas a las que se enfrente ante un posible incumplimiento de obligaciones laborales. Así lo consagra el numeral 5 del artículo 83 de la Ley 50 de 1990:

Artículo 83. *Para efectos de la autorización contemplada en el artículo anterior, a las solicitudes se deben acompañar los siguientes requisitos:*

(...)

5. Constituir una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo mensual vigente, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa. La póliza correspondiente debe depositarse en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual podrá hacerla efectiva por solicitud de los trabajadores beneficiarios de la garantía.

En consonancia con lo anterior, los artículos 11 y 17 del Decreto 4369 de 2006, regulan lo atinente a la constitución de póliza de garantía, así:

Artículo 11. *Constitución de póliza de garantía.* Las Empresas de Servicios Temporales están obligadas a constituir una póliza de garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, a favor de los trabajadores en misión, para asegurar el pago de sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales, la cual deberá depositarse en el Ministerio de la Protección Social.
(...)

Artículo 17. *Póliza de garantía.* La póliza de garantía deberá constituirse en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo legal mensual vigente, para asegurar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión, en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales.
Dicha póliza deberá actualizarse anualmente, tomando como base las modificaciones al salario mínimo legal mensual vigente.

El funcionario competente de la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social, ordenará a la Empresa de Servicios Temporales, mediante acto administrativo debidamente motivado, reajustar el valor de la póliza de garantía, aplicando la tabla de valores que elabora el Ministerio de la Protección Social, a través del Viceministerio de Relaciones Laborales, con base en los siguientes parámetros:

Hasta 150 trabajadores 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 151 a 200 trabajadores 600 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 201 a 250 trabajadores 700 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 251 a 500 trabajadores 1.100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 501 a 750 trabajadores 1.600 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 751 a 1.000 trabajadores 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo 1°. Para efecto de determinar el número de trabajadores en misión, se contabilizarán tanto los del domicilio principal de la Empresa de Servicios Temporales como los de sus sucursales.

Parágrafo 2°. La póliza de garantía deberá constituirse por un año. Se entiende por anualidad, el lapso comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de cada año. En consecuencia, la primera póliza de garantía debe actualizarse durante el mes de enero del año inmediatamente siguiente a la fecha de la resolución que autoriza su funcionamiento.

Finalmente, el mismo decreto consagra que eventos pueden considerarse como eventos de iliquidez, que autorizan la efectividad de la póliza, así lo norma:

Artículo 18. Efectividad de la póliza de garantía. La póliza de garantía se hará efectiva a solicitud de los trabajadores en misión, cuando la Empresa de Servicios Temporales se encuentre en iliquidez la cual se presumirá, sin necesidad de estudios económicos, cuando ocurra uno o más de los siguientes eventos:

1. Que el funcionario competente del Ministerio de la Protección Social compruebe que por razones de iliquidez, la Empresa ha incumplido en el pago de dos o más períodos consecutivos de salario, de acuerdo con lo establecido en el contrato de trabajo.

2. Que exista mora en el pago de los aportes a la seguridad social por más de cuarenta y cinco (45) días, sin perjuicio de la cancelación de la autorización de funcionamiento de que trata el artículo 3° de la Ley 828 del 2003.

3. Que durante más de tres (3) ocasiones en una anualidad, exista mora en el pago de aportes a la seguridad social.

4. Que la Empresa de Servicios Temporales entre en el proceso de acuerdo de reestructuración de obligaciones.

5. Que la Empresa de Servicios Temporales se declare en estado de iliquidez.

Cuando un grupo de trabajadores presente queja formal por presunta iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales, el funcionario competente solicitará a la Coordinación del Grupo de Relaciones Individuales y Colectivas de la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, que realice el correspondiente estudio económico y determine dentro de los treinta (30) días siguientes, si se encuentra o no en estado de iliquidez.

Determinado el estado de iliquidez, sea por la ocurrencia de uno de los hechos descritos en el presente artículo o a través del estudio económico, el funcionario competente procederá por solicitud de los trabajadores en misión, a hacer efectiva la póliza de garantía, mediante acto administrativo que declara el siniestro y ordenará directamente a la compañía de seguros realizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con base en las liquidaciones que para el efecto elabore el Inspector de Trabajo del lugar donde se prestó el servicio.

Por lo que, en principio dicha garantía aseguraría la carga prestacional, sin embargo, debe ajustarse a los límites previstos en la póliza suscrita entre el tomador y la aseguradora, tal y como lo contemplan los artículos 1079 y 1111 del Código de Comercio.

Para el caso bajo examen, el 30 de diciembre de 2014, la aseguradora Confianza y la demandada Optimizar contrataron la constitución de póliza de garantía 24DL007987, cuyo fin era el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de iliquidez, y que sean

vinculados durante la vigencia de esta a la empresa Optimizar. Para este caso, el valor asegurado en pesos era de \$5.154.800.000, y garantizaba la cobertura a trabajadores vinculados entre el 1° de enero de 2015 y el 1° de enero de 2016.

Ahora, dentro del plenario, se observa, que la aseguradora Confianza SA mediante certificación del 8 de enero de 2020, deja constancia que el valor de la suma asegurada en la póliza en mención se encuentra agotada.

Como prueba de ello adjuntó la Resolución número 03863 del 30 de diciembre de 2016, expedida por el coordinador grupo de atención al ciudadano y trámite del Ministerio del Trabajo- Dirección Territorial de Bogotá DC, por la cual se declara el siniestro de las Pólizas de Cumplimiento de Disposiciones Legales Números DL007987 del 05 de enero de 2015 y DL008460 del 04 enero de 2016 expedidas por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA, aportadas por la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA, a favor de los beneficiarios trabajadores en misión para la vigencia de vinculación según sea el caso, 2015 y 2016, hasta el máximo del valor asegurado (Pág. 444 a 449, pdf. 1, C01).

Por consiguiente, aunque se dijo que hubo un pago parcial de la obligación por parte de la aseguradora, la suma restante de la deuda no puede ser asumida por la aseguradora Confianza, en atención que no es posible exigirle tal acreencia habida cuenta que se agotó la suma asegurada que representa el límite de responsabilidad de la compañía de seguros.

Ahora, frente a la póliza DL008460 del 04 enero de 2016, se debe recordar que como se dijo anteriormente declaró el siniestro no solo sobre la póliza antes referenciada, sino esta misma 8460, en favor de los trabajadores con fechas de vinculación entre 2015 y 2016, tal y como se indicó en el citado artículo primero del acto administrativo. Adicional a ello, en el objeto de dicha póliza se advierte que esta fue constituida para garantizar *«el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de iliquidez de la empresa Optimizar Servicios Temporales SA y que hayan sido vinculados durante la vigencia de esta póliza»*, sin embargo, en la misma se asegura que esta nueva póliza es una renovación de la anterior, esto es, la número DL007987, por lo que, es acertado el pronunciamiento del Juez a quo, acerca de la responsabilidad de la llamada en garantía por la póliza de fecha 4 de enero de 2016.

En consecuencia, se confirma la condena dispuesta en primera instancia en contra de Confianza SA.

3.6. DE LA CONDENA EN COSTAS.

Frente a la condena en costas, la demandada Optimizar solicita que modifique lo decidido sobre ese punto, al considerar excesivo el cálculo de las mismas. Al verificar lo decidido, encuentra la Sala que por tratarse de un asunto con cuantía debió aplicar los porcentajes establecidos en el literal a, numeral 1° del artículo 5° del acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, esto es, los porcentajes para asuntos de mayor cuantía «entre el 3% y el 7.5% de lo pedido», por ende, se modificará la decisión de la Juez de primer grado, fijando como agencias en derecho para la primera instancia, por el porcentaje del 6% de las sumas objeto de condena, las cuales, debe asumirlas la demandada Optimizar y en favor de la parte demandante.

Sin costas en esta instancia, por no prosperar en su totalidad el recurso interpuesto por las partes demandante y demandadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

5. DECIDE:

PRIMERO: Modificar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 17 de junio de 2022, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido Christian Daniel Gómez García en contra el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales, y al cual se vinculó como llamadas en garantía Liberty Seguros SA y Confianza SA, para en su lugar disponer que la condena al pago de la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo se cuantifique desde el 1 de octubre de 2015 y el 29 de febrero de 2016, esto es la suma de ONCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$11.500.000), conforme con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Modificar el numeral noveno de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 17 de junio de 2022, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido Christian Daniel Gómez García en contra el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales, y al cual se vinculó como llamadas en garantía Liberty Seguros SA y Confianza SA, para en su lugar

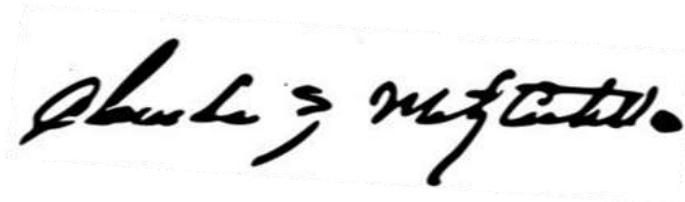
condenar en costas en primera instancia a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN. Se fijan como Agencias en Derecho las sumas equivalentes al porcentaje del 6% de las sumas objeto de condena, tal y como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, conforme lo indicado en este proveído.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Blanca Sofía Barrera Pedraza
DEMANDADO:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISION:	Confirma sentencia.
Radicado	11001-31-05-031-2019-00793-01 11001310503120190079301

En Bogotá DC, a los veintisiete (27) días de febrero de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 31 Laboral del Circuito en el proceso ordinario laboral de Blanca Sofia Barrera Pedraza en contra de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Blanca Sofia Barrera Pedraza accionó contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, en procura de que se declare que entre ellos existió una relación laboral, por lo tanto, reclama el pago de derechos salariales, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social desde que ingresó al programa estatal Hogares Comunitarios del Bienestar del ICBF, hasta el 31 de enero de 2014. Pide que se condene al pago de intereses bancarios sobre los valores reconocidos.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que, la demandante prestó sus servicios como madre comunitaria desde el 1 de diciembre de 1990, a través del programa de Madres Comunitarias. Afirma que el verdadero empleador lo era el ICBF, y que este Instituto nunca pagó a la actora las acreencias laborales causadas hasta la fecha de su desvinculación el 31 de enero de 2014. Que la entidad nunca pagó a esta los gastos de adecuación locativas de los hogares comunitarios. El 31 de enero de 2017, presentó reclamación administrativa, que el ente público respondió negativamente, según la accionante esta respuesta no se notificó debidamente.

Posterior a ello, presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría Judicial de Bogotá DC, la cual, resultó fallida.

Y finalmente, refiere que la hoy demandante conjunto con otras madres comunitarias, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa en contra de la entidad, la cual, fue inadmitida y se ordenó el desglose de documentos.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada ICBF se opuso a las pretensiones, afirmó que la entidad no ejerce ninguna intermediación con las asociaciones y que con las madres comunitarias nunca existió una relación de trabajo. Para enervar las súplicas formuló las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo entre las partes, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación e innominada o genérica.

Por otra parte, la entidad llamó en garantía a la aseguradora Seguros del Estado SA (Págs. 274 y siguientes, PDF. 000, C01), por lo que, el Juzgado mediante auto del 19 de mayo de 2021, admite el llamamiento en garantía realizado.

La aseguradora Seguros del Estado se opuso a las pretensiones de la demanda y el llamamiento, afirma que no le constan los hechos de la demanda, mientras que, en torno a los hechos del llamado en garantía indica que se expidieron las pólizas números 00190626, 031900709, 073300430, 17-44-101011541, 33-44-101059444, 21-40-101042125, 21-44-101129016, 21-40-101056273 y 21-44-101157606, para amparar los contratos de aporte suscritos entre la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar Los Hombres del Futuro y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Frente

a las pretensiones de la demanda, propone las excepciones de inexistencia de relación laboral con el ICBF, Inexistencia de solidaridad a cargo del ICBF, buena fe del ICBF e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de mala fe, prescripción, procedencia de las excepciones, propuestas o no, en concordancia con lo probado y lo no probado. Y frente al llamado en garantía, propuso las siguientes inexistencia de obligación a cargo de Seguros del Estado frente a las pólizas de seguro de cumplimiento ante entidades estatales nos. 00190626, 031900709, 073300430, 17-44-101011541, 33-44-101059444 y 21-44-101129016, y frente a las pólizas de responsabilidad civil extracontractual derivadas de cumplimiento RCE contratos nos. 21-40-101042125 y 21-40-101056273, inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado frente a la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal 21-44-101157606 si se declara relación laboral directa entre la demandante y el ICBF, ausencia de cobertura por ocurrencia del siniestro por fuera de la vigencia de las pólizas objeto del llamamiento en garantía, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, procedencia de las excepciones, propuestas o no, en concordancia con lo probado y lo no probado, subsidiaria: cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal no. 21-44-101157606, límite de la responsabilidad de las pólizas de seguros ante entidades estatales.

Frente a la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar Los Hombres del Futuro, el Juzgado por actuación del 19 de enero de 2022, tuvo por no contestada la demanda, frente a esa entidad.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de agosto de 2022, y absolvió a la demandada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF y Seguros del Estado SA, de todas las pretensiones de la demanda. Para arribar a tal conclusión, argumentó lo siguiente:

Ahora bien, frente a la calidad de trabajadora oficial, en principio de la naturaleza de las labores que desempeña, jamás podría concluirse tal calidad.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que eventualmente podría detentarse la calidad de trabajador oficial que no lo es, porque estaría en contra de lo explicado por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional cuando analiza el artículo 36 de la Ley 1607 del año 2012 en la sentencia C-185 del año 2019, es claro que en el caso que nos ocupa no se acredita por parte de la demandante como bien lo resalta la señora Procuradora la subordinación y dependencia y el pago de un salario como tal, a cargo del Instituto colombiano de bienestar familiar. Ahora, alega la demandante que se viole el artículo 48 de la constitución política, es importante

resaltar que de manera alguna se está violando con la figura de madres comunitarias el artículo 48 constitucional. Como quiera que el artículo 48 constitucional establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social, que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determina la ley.

.(...)

Así las cosas, es claro, contrario a lo que manifiesta la señora Apoderada de la parte demandante, que a la demandante claro que se le garantizó el ejercicio a el artículo 48 constitucional, como se evidencia con las pruebas aportadas al plenario cuando se revisa con detenimiento el resumen de semanas cotizadas por empleador se advierte que la demandante, a partir del año de 1996 está en el régimen subsidiado y precisamente dentro de este régimen subsidiado el Estado realizó el pago del porcentaje como régimen subsidiado pero también se advierte que hay valores devueltos al Estado, valores devueltos al Estado dentro de este régimen subsidiado por que la demandante no canceló la suma que debía pagar, esto dentro de la obligación que le correspondía frente al sistema de seguridad social integral, por lo que es claro que de manera alguna puede predicarse que se violó su derecho fundamental.

Ahora bien, en la sentencia que estoy citando, esto es, en la sentencia SU 079 del año 2018, concluye la Corte Constitucional, lo siguiente frente a este artículo 48 constitucional punto 37 : para la sala, no cabe duda que las madres comunitarias y sustitutas son titulares del derecho fundamental a la seguridad social en materia pensional. Sin embargo, para que se consolide el mismo, deben cumplir con los deberes correlativos que le son propios previstos en la ley y el reglamento. Por ello, no es posible amparar derechos fundamentales cuando éstos no han sido vulnerados por las autoridades accionadas vinculadas, ni cuando se les pueda atribuir conducta alguna que atenten contra los mismos, como se ha venido señalando, es obligación del afiliado al programa de subsidio al aporte en pensión, realizar el pago del porcentaje que le corresponde, para que luego el Fondo de Solidaridad pensional transfiera la parte subsidiada a la administradora de fondo de pensiones. Las normas especiales del programa, como el artículo 19 de la Ley 100 del 93 establece que cuando se trate de personas que el Gobierno nacional haya determinado que deban ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido. Igualmente, debe recordarse que a partir de la vigencia del Acto legislativo número 01 del año 2005, las pensiones solamente pueden ser reconocidas por tiempos cotizados.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada demandante en su recurso de apelación refutó la decisión del juzgador, enfatizó que *«dejó de aplicar los principios mínimos fundamentales de derecho a esta trabajadora y de la aplicación más favorable»*, además, añadió que *«el juzgado inaplicó el principio protector, el desconocido que, conforme al artículo 25 de la Constitución es deber del Estado y a través suyo, proteger a los trabajadores en el ejercicio de su trabajo en condiciones dignas y justas, en este caso a una humilde madre comunitaria»*.

La recurrente advirtió *«el juzgado que la demandante madre comunitaria, ejecuta un trabajo para un programa estatal adoptado como política pública denominado hogares comunitarios de bienestar, dirigido, organizado, estructurado, administrado, programado, vigilado y financiado por el ICBF»*, concluyendo que *«como trabajo humano que es merecen toda la protección del Estado»*.

Recalcó la recurrente que todo trabajador debe tener la protección del artículo 25 de la Carta Magna, señalando que para el juzgado «*las madres comunitarias son las únicas trabajadoras en Colombia, que, están por fuera del nivel de protección especial que sugiere la norma*».

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La demandante presentó sus alegaciones, reiterando lo expuesto en su recurso, y respecto a sus razones puntualizó:

En conclusión, incurrió en un grave error el Juzgado al considerar de manera contraria a los principios constitucionales tratados, al no observar los elementos propios de una relación laboral subordinada que hacen aplicable el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y no presumir de manera general, que las madres comunitarias que atienden a la niñez colombiana lo hacen para una Asociación y no para el ICBF, cuando como lo dije, este principio no trae excepciones.

En tercer lugar, se equivocó el Juzgado al no analizar que la demandante ha acusado de ilegal e inconstitucional un acto administrativo expedido por el ICBF, teniendo la jurisdicción para conocerlo en virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y por tanto hacer el control respectivo para anularlo o no, lo cual no puede hacerlo la jurisdicción ordinaria laboral, siendo la causa petendi el trabajo subordinado para beneficio de aquella entidad.

El Juzgado se equivocó al creer que por el hecho de haber sido la demandante vinculada por contrato de trabajo a una asociación de padres de familia, debe ser la jurisdicción ordinaria laboral la llamada a conocer de este proceso.

Se le olvidó al Juzgado que la demandante no fundó su causa petendi en la formalidad de ese contrato, sino en la realidad de su ejecución bajo subordinación y dependencia del ICBF, que es lo que la ha llevado a pedir la aplicación del citado principio, frente a la expedición de un acto administrativo que le negó su reconocimiento.

Mientras tanto, la demandada ICBF en sus alegaciones asegura que:

Sumado a lo anterior y no menos importante es que con las pruebas documentales allegadas por la apoderada de la actora al proceso, se prueba que la relación laboral que existe es entre la Asociación Los Hombres Del Futuro y la demandante, pues la primera certificó el 2 de mayo de la presente anualidad que la señora Blanca Sofía Barrera laboró para ellos, además se encuentran las planillas de pago a seguridad social que dan cuenta que la mencionada Asociación realizó los pagos por aportes a seguridad social desde el 7 de febrero de 2014 hasta 28 de febrero de 2022, lo que prueba que es el directo y único empleador de la aquí demandante, para estos periodos, pues como ya se manifestó antes del año 2014 el servicio prestado por las madres comunitarias era voluntario y solidario para el beneficio de los menores de edad de su comunidad.

La demandante no logró probar una relación laboral entre ella y el ICBF pues nunca existieron los requisitos exigidos para ello, y el Aquo en consonancia con lo que se acreditó fue certero en su decisión negando las pretensiones de la actora.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por la parte demandante, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 HECHOS PACÍFICOS

En esta instancia no hay discusión respecto a que la señora Barrera Pedraza estuvo vinculada al programa estatal de Hogares Comunitarios de Bienestar del Instituto demandado.

3.3 PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta la expuesto en el recurso de apelación, en esta oportunidad la Sala se ocupará de establecer, si es dable o no declarar que la relación existente entre Blanca Sofia Barrera Pedraza y el ICBF, estuvo o no mediada por un contrato de trabajo.

3.4. EXISTENCIA DEL CONTRATO

En casos como el que hoy se somete al escrutinio de esta Sala, ante reivindicaciones atinentes a un contrato de trabajo, en realidad, con una entidad del Estado como el ICBF, el juez del trabajo se ve en la obligación de determinar si el vínculo jurídico corresponde al de un trabajador oficial, pues, si no, carecerá de la competencia necesaria para emitir cualquier determinación, por justa que se presente, salvo la que se refiere exclusivamente al examen del contrato de trabajo.

El Acuerdo 005 de 1991, expedido por el ICBF señaló que las madres comunitarias debían cotizar a seguridad social; no obstante, allí también se preceptuó que serían responsables directas de su vinculación y permanencia en dicho sistema.

En el art. 5 literal c) del Acuerdo 21 de 1996, se indicó que:

Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria quienes deben tener el siguiente perfil. hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición

para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños (subrayas de la Sala).

El art. 4 del Decreto 1340 de 1995, dispuso en su momento:

La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "Hogares de Bienestar", mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen.

En el año 2012, por medio del art. 36 de la Ley 1607 de esa anualidad, se ordenó la formalización laboral entre las madres comunitarias y asociaciones de padres, así: *i)* en el 2013 mediante la entrega del equivalente a una beca, permitiendo su contratación bajo distintos tipos de modalidades, sin que ello implicara ostentar la calidad de servidoras públicas y, *ii)* a partir del 2014 se restringió su vinculación al contrato laboral, es decir, se dispuso formalizar la relación a través de un contrato de carácter privado, lo que se concretó con la expedición del Decreto 289 de 2014, que estableció a su favor todos los beneficios, derechos y garantías previstos en el Código Sustantivo del Trabajo.

Con este canon normativo, se reglamentó de manera definitiva el mecanismo de vinculación de las madres comunitarias con las entidades operadoras del programa de hogares comunitarios de bienestar.

El Decreto 1072 de 2015, Sector Trabajo, Sección 5 que trata la «*VINCULACIÓN LABORAL DE LAS MADRES COMUNITARIAS CON LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DEL PROGRAMA DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR*», reiteró su vinculación laboral mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del programa. Puntualizó que no son funcionarias públicas; que las entidades administradoras del programa serán únicas empleadoras y que no se puede establecer la solidaridad patronal con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; que las entidades administradoras del programa cumplirán y venerar sus acreencias laborales, según el Decreto 2923 de 1994.

Esta postura corresponde con el precedente jurisprudencial acogido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en descongestión, expuesto en la sentencia CSJ SL1940 de 2023, en la cual, al analizar un asunto de contornos similares, decidió decidiendo no declarar la existencia de un vínculo empleaticio, teniendo como argumento central, que:

De acuerdo con el compendio normativo precedente, como ya se advirtió, no emerge equivocación del *ad quem* al no estudiar la existencia de una relación laboral entre la accionante y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, toda vez que conforme tales disposiciones, en la ejecución de las labores no se dio una relación de continua subordinación y dependencia, al tratarse de una *contribución voluntaria y solidaria* con los menores de su comunidad y, tampoco el pago de la beca constituye remuneración, al estar destinada a la alimentación de los niños y niñas a su cuidado, compra de útiles y elementos de aseo, entre otros.

Igualmente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dado amplia acogida a la tesis de que la relación existente entre las madres comunitarias y el ICBF no tiene visos de ser una de índole laboral. Al respecto, nuestro órgano de cierre en sentencia CSJ SL5090-2020, en un caso similar a este, argumentó que:

Recuérdese que el Tribunal, contrario a lo aducido por la censura, sí admitió que en este caso la demandante había logrado acreditar que prestaba sus servicios al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF –, como madre comunitaria, cumpliendo un horario determinado y percibiendo una remuneración, y que, para tales efectos, dicha corporación hizo mención de la prueba documental y testimonial recaudada en el trámite de la primera instancia, además de que reconoció explícitamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades como uno de los fundamentos esenciales del derecho del trabajo aplicable a este tipo de situaciones.

Pese a ello, el Tribunal estimó que las actividades de la demandante encajaban dentro de una dinámica de trabajo solidario que, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de establecimiento público del ICBF y el hecho de que no se trataba de tareas propias de la construcción y sostenimiento de obra pública, no podían ser reconocidas ante la jurisdicción ordinaria laboral, al no haberse acreditado la existencia del contrato de trabajo propio de los trabajadores oficiales.

[...] la Sala considera preciso recordar que nuestro ordenamiento jurídico está cimentado en el reconocimiento y la protección del trabajo realizado por las personas subordinadas en beneficio de otras, independientemente de la fórmula o modalidad contractual que se utilice por las partes o de las maniobras tendientes a desconocer sus especiales garantías, como lo afirma la censura y no lo desconoció el Tribunal, en cumplimiento de normas como el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 3 del Decreto 2127 de 1945, entre otras.

Sin embargo, en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los trabajadores particulares, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los trabajadores oficiales, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los empleados públicos, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.

En todos los casos se trata de relaciones de trabajo subordinado, pero que tienen diferencias sustanciales de regulación y de juzgamiento, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, pues, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la jurisdicción ordinaria laboral, solo le es posible conocer de los conflictos derivados de un contrato de trabajo, es decir, de las relaciones propias de los trabajadores particulares y de los trabajadores oficiales, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le es atribuido el conocimiento de los conflictos correspondientes a los empleados públicos.

De allí que, como lo resaltó el Tribunal, ante reivindicaciones atinentes a la existencia de un contrato de trabajo, en la realidad, con una entidad del Estado como el ICBF, el juez del trabajo se vea en la obligación, fundamental e ineludible, de determinar si el vínculo jurídico corresponde al propio de un trabajador oficial, pues, de lo contrario, carecerá de la competencia necesaria para

emitir cualquier determinación, por justa que se presente, salvo la que se refiere exclusivamente al examen de la existencia del contrato de trabajo.

En ese sentido, no es cierto que cualquier relación de trabajo deba ser conocida y protegida por el juez del trabajo, como lo aduce de manera genérica y anodina la censura, pues siempre es preciso determinar qué tipo de vínculo jurídico puede atribuirse al respectivo servidor, dependiendo de la naturaleza de la entidad obligada – factor orgánico - y de la cualidad de las labores prestadas – factor funcional -.

Ahora bien, como en este caso la demandante pretendió el reconocimiento de una relación laboral con un establecimiento público, además de que sus labores no estaban ligadas a la construcción y sostenimiento de una obra pública, cuestiones que no son rebatidas en ninguno de los cargos, no se daban las condiciones necesarias para reconocer la existencia del contrato de trabajo, propio de los trabajadores oficiales, que activaba el conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Ello no implicaba, en manera alguna, asumir que este tipo de relaciones públicas de trabajo estuviera desconocido o se viera sumido en una total desprotección, como lo reclama con ahínco la censura, sino simplemente que debía ser reivindicado ante la autoridad competente, en ejercicio de la normatividad especial que resultaba aplicable.

Y en sentencia CSJ SL2038-2023, señaló:

Muy a pesar de que el Tribunal incurrió en un dislate al exigir a la demandante, que acreditara haber ejecutado actividades en la construcción y sostenimiento de obras públicas de la demandada, «*siendo esta la única posibilidad para vincular a la demandante*» mediante un contrato de trabajo, pues la actividad de madre comunitaria no encuadra en las labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, tampoco habría lugar a casar la decisión impugnada, dado que conforme al compendio normativo descrito en precedencia no es posible declarar la existencia de una relación laboral entre la accionante y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en la medida que en la ejecución de las labores no se dio una relación de continua subordinación y dependencia, al tratarse de una *contribución voluntaria y solidaria* con los menores de su comunidad y, el pago de la beca constituye remuneración, al estar destinada a la alimentación de los niños y niñas a su cuidado, compra de útiles y elementos de aseo, entre otros.

Ahora, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad parcial del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, el Alto Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que el aparte normativo «sin que lo anterior implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas» es exequible, basándose en lo siguiente:

Precisamente, tal decisión del legislador se concretó con la expedición del Decreto 289 de 2014 «*Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones*»^[169], en donde de forma expresa se señala que la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar se debe efectuar a través de un **contrato de trabajo**, con todos los derechos y garantías consagradas en el **Código Sustantivo de Trabajo**^[170]. Por lo demás, como ya se ha dicho varias veces, en el decreto se reitera que las madres comunitarias no tendrán la calidad de funcionarias públicas^[171], ya que sus servicios los prestarán directamente a las entidades administradoras del programa, «*las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF*»^[172].

Esto implica que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, ordenó al ejecutivo formalizar **laboralmente** a las madres comunitarias, descartando al efecto una vinculación directa, legal y reglamentaria de estas con el Estado, pero habilitándolo para regularizar su situación a través de un contrato laboral de carácter privado, siguiendo para el efecto lo previsto en el Código Sustantivo de Trabajo, dentro del marco y parámetros fijados por el Texto Superior.

Así las cosas, a diferencia de lo señalado por la accionante y la Vista Fiscal, para quienes las madres comunitarias no cuentan con una modalidad de protección de su empleo avalada por la Constitución, este Tribunal considera que la celebración de un contrato de trabajo, en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, es una medida de amparo válida, idónea y suficiente frente a los derechos laborales que se invocan como desconocidos, la cual se estableció, justamente, como ya se expuso, a raíz de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012.

Por lo tanto, en la actualidad, las madres comunitarias son destinatarias de todos los derechos, beneficios y garantías consagradas en la Constitución y los convenios internacionales de trabajo para cualquier empleado del sector privado, sin ninguna distinción. Todos estos derechos, beneficios y garantías implican que a ellas se les reconozca el pago de un salario mínimo, el auxilio de transporte, las prestaciones sociales (cesantías, prima de servicios, etc.), la existencia de jornadas laborales no superiores al término establecido por la ley, los descansos remunerados (vacaciones y dominicales) y su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión, auxilio funerario, riesgos laborales, etc.)

Pretender que la única forma de acceso a un trabajo digno, justo y en las condiciones mínimas que exige la Constitución, debe ser a través de una vinculación directa con el Estado, mediante una relación de naturaleza legal y reglamentaria, descartaría la existencia de cualquier otro empleador diferente y de una modalidad de empleo distinta, limitando con ello el principio básico de autonomía legislativa que autoriza al Congreso para evaluar las diversas alternativas, sistemas y formas que permiten canalizar el derecho al trabajo, para escoger dentro de ellas la que responde en mejor medida al asunto objeto de regulación.

Desde esta perspectiva, la Corte entiende que la norma demandada se ajusta a la Carta, porque precisamente es un desarrollo de la libertad de configuración del legislador en la definición de las modalidades de protección del derecho al trabajo, en donde cabe tanto la opción del régimen laboral del sector público como del sector privado, pues ambas respetan las garantías mínimas y los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores.

El debate que nos convoca básicamente nos lleva a la discusión si existe o no un verdadero vínculo laboral, asunto que ha sido ampliamente debatido, sin embargo, la parte recurrente ampara sus reparos en los artículos 4°, 25° y 53° de la Carta Magna, los cuales, según la apoderada judicial de la actora deben imperar sobre las diferentes decisiones emitidas por los Altos Tribunales.

La decisión de este Tribunal no se aparta de los precedentes jurisprudenciales antes referenciados, ello no quiere decir que se desconozca la figura del derecho al trabajo, no es esa la interpretación que se debe dar a este proveído, sino que en este asunto bajo la normativa que gobiernan las relaciones laborales, no está en presencia de una relación patrono- empleado, como lo pretende hacer ver la requirente.

Para las madres comunitarias, el Acuerdo 005 de 1991 del Instituto enjuiciado consagró la obligación de cotizar a seguridad social, siendo estas obligadas a vincularse y mantenerse en el sistema, como lo expuso el precedente citado, sin que existiese obligación de afiliación y pago de aportes de la demandada.

Así mismo, el artículo 5, literal c del acuerdo 21 de 1996, también citado en el precedente, establece que los «Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de

una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia», además que, la madre comunitaria para enrolarse al programa debe aceptar «su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario», desconociéndose que su vinculación tuviese visos de ser de laboral.

Por otra parte, también el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995, regló que la participación en dichos hogares comunitarios se daba bajo la figura del «trabajo solidario», por ende, esta no implicaría que se trate de una «relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen».

Y, aunque con la Ley 1607 de 2012, Decreto 289 de 2014 y el Decreto 1072 de 2015, se pretendió regularizar la situación laboral de las madres comunitarias, de ello no se desprende que estas adquiriesen la condición de servidoras públicas, sino que las entidades operadoras del programa de hogares comunitarios de bienestar serían empleadoras, sin que pueda alegarse una solidaridad con el instituto llamado a juicio.

Partiendo de la base, que la demandante reconoció en su interrogatorio que estaba vinculada a la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar Los Hombres del Futuro, que un grupo de madres comunitarias recibía una beca del Instituto demandado, sumas que usaban para lo que fuese necesario, para el cuidado y manutención de los niños vinculados a la entidad asociaría, sin que se alegara que esta retribución fuera salarial, deviene que no se acreditó la relación laboral predicada con la entidad demandada.

Ahora, para este caso, la parte actora no logra demostrar con el caudal probatorio que acompaña con su demanda que efectivamente ejerció y llevo a cabo una labor de las denominadas como servicios generales o de mantenimiento, para que se declare que tuvo una vinculación como trabajadora oficial, y que, a su vez, no está demostrado la efectiva subordinación respecto de la entidad ICBF. Por lo anterior, esta Corporación procederá a confirmar el fallo dictado por el Juez a quo, bajo las consideraciones antes esbozadas.

3.5. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en segunda instancia por no aparecer causadas al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

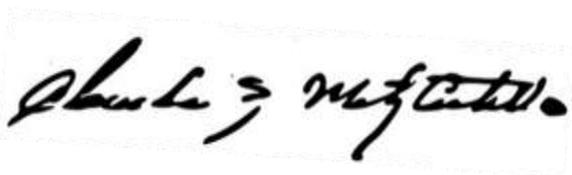
VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Blanca Sofia Barrera Pedraza en contra de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en segunda instancia.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Maritza Campos Sánchez.
DEMANDADO:	Adecco Colombia SA; Supernovae SAS.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma sentencia.
Radicado	11001-31-05-026-2020-00175-01 <u>11001310502620200017501</u>

En Bogotá DC, a los veintisiete (27) días de febrero de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo como ponente**, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y las demandadas Supernovae SAS y Adecco Colombia SA, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 26 Laboral del Circuito en el proceso ordinario laboral de Maritza Campos Sánchez en contra de Adecco Colombia SA y Supernovae SAS.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Maritza Campos Sánchez accionó contra Adecco Colombia SA y Supernovae SAS, en procura de que se declare la existencia de un vínculo laboral que el empleador terminó por decisión unilateral y sin justa causa, sin tener en cuenta que, al haber sufrido un accidente de trabajo, debía solicitar autorización previa del Ministerio del Trabajo.

En consecuencia, pide el reintegro al cargo que venía desempeñando en la empresa, el pago de los salarios y prestaciones sociales desde el 15 de octubre de 2018 hasta su reinstalación, la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Subsidiariamente, persigue el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado.

1.2 HECHOS.

En respaldo de las pretensiones aseveró que Adecco la contrató en tres oportunidades, en la modalidad de obra, la primera del 10 de octubre de 2016 al 9 de enero de 2017, la segunda, del 10 de enero de 2017 al 12 de enero de 2018, y la tercera, del 15 de enero de 2018 al 15 de octubre de 2018, estableciéndose que la labor de *auxiliar de servicios* se ejecutaría en las instalaciones de Supernovae. Relató que, el 14 de junio de 2017, mientras estaba laborando en Supernovae, sufrió un accidente de trabajo al intentar retirar un material de construcción, lo que le generó una discopatía L4- L5 y L5-S1, con dolores en la zona lumbar; sin embargo, la ARL Seguros Bolívar, le informó que no recibió reporte de dicho accidente de trabajo. Asegura que su despido no tuvo en cuenta su estado de salud, por eso promovió acción de tutela, pero se declaró improcedente.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

Adecco Colombia se opuso a las pretensiones, aceptó la vinculación laboral con la actora; sin embargo, cuestionó los extremos temporales señalados en la demanda. Manifestó que no recibió reporte de accidente de trabajo, y que desconocía de la situación médica de la extrabajadora, admitió que la demandante presentó incapacidades, pero estuvieron asociadas a padecimientos de origen común. Para enervar las súplicas formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de la relación de causalidad entre el padecimiento y la terminación del contrato suscrito entre las partes, terminación del contrato en legal forma, cobro de lo no debido, compensación, improcedibilidad para reconocimiento de las pretensiones invocadas, inexistencia de la relación de causalidad entre el padecimiento y la terminación del contrato, inexistencia de estabilidad laboral alegada, prescripción y buena fe.

Supernovae no contestó la demanda y así se declaró en auto del 8 de febrero de 2022.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de agosto de 2022, declaró que entre Maritza Campos Sánchez y Supernovae SAS existió

un contrato de trabajo, en cuanto a los extremos dijo que iban del 10 de octubre de 2016 al 15 de octubre de 2018, en esa relación concluyó que Adecco Colombia SA actuó como simple intermediaria; en consecuencia, condenó a Supernovae y solidariamente a Adecco a pagar a la demandante la suma de un millón trescientos siete mil doscientos setenta y ocho pesos (\$1.307.278) por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Para arribar a tal conclusión, la Juez de primera instancia señaló *«que se probó con suficiencia es que se transgredieron los límites temporales previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, que la vinculación se excedió por más de un año conforme los publicitados contratos de obra»*, mientras que, sobre este mismo tópico advirtió *«que Adecco actuó como simple intermediario en la contratación laboral adelantada con la gestora de la litis»*, además que, *«no demostró que efectivamente Supernovae en el mes de enero de cada anualidad solicitaba mediante órdenes de servicio la vinculación de un personal que ejecutara ciertas funciones»*, concluyendo que, contrario a lo señalado, la señora Campos Sánchez pasaba a gozar de su periodo vacacional, una vez vencido, continuaba ejecutando la misma función para la cual fue contratada.

En cuanto a la solicitud de reintegro, concluyó que la actora no acreditó que fuera una persona de especial protección, para concederle estabilidad laboral reforzada, y que dentro del plenario no existía prueba que permitiera extraer que la demandante *«se encuentra cobijada con el beneficio que hace referencia al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que no demostró por ningún medio probatorio que al momento de la finalización del vínculo contractual tuviese una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%»*, o por lo menos estuviera en trámite de su obtención.

Frente a la pretensión de despido injusto, advirtió que en este caso Supernovae *«no demostró que efectivamente la finalización obedeció a una justa causa y que la misma haya sido invocada a la demandante al momento de la terminación de la relación laboral»*.

1.5 RECURSO DE APELACIÓN.

Las partes controvirtieron la decisión con fundamento en los siguientes argumentos:

Para la señora Campos Sánchez, la juez debió acceder al reintegro por despido

discriminatorio, así como a la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1998, pues en el proceso se demostró, no solo la causa discriminatoria para el despido, sino que las empresas contratantes conocían su estado de salud, y optaron por utilizar el contrato por obra o labor para trasgredir sus derechos.

Supernovae refutó que se le declarara como empleadora de la señora Campos Sánchez, y señaló que la contratación con ella no infringió los límites temporales para el trabajo en misión.

La apoderada de Adecco también se opuso al fallo, argumentó que el contrato terminó en debida forma, la empresa pagó la liquidación, y estimó incorrecta la valoración en cuanto a que se confundió que la trabajadora tomó un período de vacaciones con la continuidad del vínculo, porque el reintegrarse al siguiente año no es equiparable a que se trató de un solo contrato de trabajo.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Adecco lo descorrió indicando que la terminación del contrato se dio en legal forma y debido la terminación de la obra contratada, y que lo concluido por el juzgado desdice de lo probado en el plenario.

La parte demandante dirigió sus alegatos a sustentar la revocatoria de la absolución y en su lugar proclamó por la prosperidad del reintegro solicitado, sin solución de continuidad, y demás condenas, advirtiendo que ha tenido que soportar la carga tanto en su salud como situación económica, ya que no ha podido obtener un nuevo empleo.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos por las partes, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

3.3. DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR RAZONES DISCRIMINATORIAS

El estado colombiano en aras de establecer mecanismos de integración social de las personas con limitación profirió la Ley 361 de 1997, fundamentada en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la constitución política, el artículo 26 de la mencionada norma establece:

Artículo 26: En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

El apartado subrayado de la disposición en cita fue declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-531-2000, la corporación dijo:

bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

Desde aquella sentencia hasta esta parte la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia en relación con la estabilidad laboral reforzada como medida para lograr la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta, la cual fue reiterada recientemente en la sentencia T-094 de 2023, en ella recordó:

4. Reiteración de jurisprudencia sobre la protección de las personas en estado de debilidad manifiesta y la estabilidad laboral reforzada

12. La protección de las personas en estado de debilidad manifiesta se traduce en la obligación del Estado de adoptar y promover medidas para favorecer a grupos de personas que se encuentran en situación de debilidad generada por desigualdades históricas, sociales, culturales, físicas o económicas, para que puedan gozar plenamente y de forma efectiva de sus derechos [1]. Esta prerrogativa encuentra su fundamento en el artículo 1º de la Constitución, el cual consagra el principio de solidaridad social, así como en el artículo 13 superior, que contempla la igualdad material. De esta última norma se deriva, además, la obligación estatal de propiciar las condiciones para que las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta tengan una protección diferencial.

13. Una de las medidas que ha tomado el Estado para amparar a las personas en situación de debilidad

manifiesta es la estabilidad laboral reforzada, cuyo objetivo es proteger a las personas susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral [2]. Esta protección tiene carácter de derecho fundamental y encuentra su fundamento, además de en los artículos 1º y 13 superiores, en el artículo 53 constitucional y en los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [3].

Si bien la estabilidad en el empleo es un derecho en cabeza de todas las personas, esta puede ser clasificada en tres categorías a partir de su intensidad: (i) precaria [4], (ii) relativa [5] o (iii) reforzada, lo cual dependerá del sujeto en relación con el que se predique la estabilidad correspondiente. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, algunos de los titulares de la estabilidad laboral reforzada son las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, los aforados sindicales y las madres cabeza de familia [6]. Para estos sujetos, la ley y la Constitución: “prevén requisitos cualificados que condicionan la legalidad y eficacia de la desvinculación laboral y otorgan garantías constitucionales de protección diferenciadas a sus derechos fundamentales una vez el contrato laboral termina por cualquier causa” [7].

En la misma providencia la corporación insistió en que la condición de debilidad manifiesta no está determinada porque exista una calificación previa de pérdida de la capacidad laboral, sino porque *«su situación de salud le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad»* (CC Sentencia SU-040 de 2018), y la estabilidad laboral reforzada se concreta en una prohibición de despido discriminatorio hacia quienes se encuentran amparados por dicha prerrogativa.

La Sala comparte lo así expuesto por cuanto, dada la subordinación de la Ley 361 de 1997 a los instrumentos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (artículos 53 y 93 CP), ella debe interpretarse de manera actualizada y conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, y a la Ley Estatutaria 1618 de 2013 *«por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad»*.

Recientemente, en las sentencias CSJ SL1184 de 2023 MP Omar A Mejía Amador, CSJ SL1259-2023 MP Marjorie Zúñiga Romero y CSJ SL1491-2023, por citar algunas, la Sala de Casación Laboral, reconoció el carácter vinculante de la Convención, no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades con las demás personas.

En la definición de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

aprobada por la Ley 1346 de 2009, aplicable al presente asunto en razón a que la terminación del contrato se produjo en octubre de 2018, se acoge expresamente un modelo social de discapacidad concebida como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad, «*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*» (artículo 1º inc 2).

A su vez, la Ley Estatutaria 1618 de 2013, al incorporar en su artículo 2º una definición de personas con y/o en situación de discapacidad, amplía su alcance al incluir dentro de los titulares de la discapacidad a aquellos con deficiencias a mediano plazo:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

De esta forma, es claro que la definición contenida tanto en la Convención como en la ley estatutaria, no cuantifica el grado de la deficiencia o magnitud de las pérdidas anatómica o limitaciones funcionales. Solo alude a deficiencia, la que bien puede darse en cualquier escala, siempre que -esto es lo relevante- en un contexto determinado impida al trabajador su integración profesional o el desarrollo de roles ocupacionales. La discapacidad según el modelo social o de derechos humanos no puede evaluarse con un dato numérico, porque las barreras sociales (factores contextuales) y las restricciones o desventajas que suponen para una persona, no pueden cuantificarse.

Siguiendo este entendimiento es que, en la sentencia CC SU-087 de 2022 se dijo que para determinar si una persona es titular de la garantía de estabilidad laboral reforzada se deben cumplir los siguientes tres presupuestos:

- Primero, que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades.
- Segundo, que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido.
- Tercero, que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de tal forma que sea claro que el despido fue discriminatorio.

Como la juzgadora de primer grado desestimó las pretensiones, argumentando que no

estuvo demostrado que la demandante tuviese una deficiencia superior al 15%, sin examinar el resto de los presupuestos antes mencionados, es necesario abordar las consideraciones de la recurrente en cuanto a que se demostró la existencia de una causa discriminatoria para su despido, que las empresas conocían su estado de salud, y que el tipo de contrato no favorecía las condiciones de estabilidad en favor de la empleada.

Para determinar si en este caso se configuró la discapacidad, nos remitiremos al alcance que la Sala de Casación Laboral fijó, en las sentencias atrás aludidas, al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indicando que se deben excluir de esta protección aquellas patologías de salud transitorias y que la aplicación de la disposición debe corresponder a especiales casos en que el trabajador padezca una deficiencia física, psíquica o sensorial que analizada en función del tiempo y de las actividades que debe desarrollar en el cargo asignado, le impida razonablemente su ejecución, el precedente vigente señala:

1. Alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1. La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.
2. La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «*cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad*». La Sala destaca que el término *discapacidad* empleado en este precepto debe entenderse como «*algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo*».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en «*las*

modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que *«adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo»*.

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, **«los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»**. Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) la existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decreta y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

En este punto la Corte destaca que en el 2001 la Asamblea Mundial de la Salud aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la OMS, que tiene por objetivo ser una herramienta descriptiva en la medición de la salud y la discapacidad en el contexto de la atención e investigación médica y en políticas públicas sanitarias compatible con el modelo social de la discapacidad.

Con todo, este último documento no puede utilizarse por sí solo para determinar la estabilidad laboral reforzada para las personas con discapacidad, sino que debe leerse en armonía con otros instrumentos normativos de aplicación obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico que han abordado el concepto de la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) el análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) la contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud *per se* no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.

En este punto, debe decirse que, en cuanto al momento y la forma de acreditar los supuestos la garantía de la estabilidad laboral reforzada por salud, la jurisprudencia especializada ha precisado, que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condición de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, u otro documento para que opere la garantía (sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845).

Por su parte, el dictamen de las juntas de calificación de invalidez, no se instituye como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, por lo que existe libertad probatoria (SL10538-2016). De esa manera la parte podrá demostrar por medio de cualquiera de los modos admisibles en nuestra legislación que el estado de discapacidad se encuentra acreditado y que constituyó el

sostén para la terminación del vínculo laboral, convirtiendo la conducta en discriminatoria.

Con referencia a la prueba de la condición de discapacidad, en las sentencias CSJ SL711-2021 y CSJ SL572-2021, se dijo que ella podía inferirse razonablemente de lo siguiente:

[...] del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación.

La demandante aportó como prueba un certificado de incapacidad concedida desde el 25/09/2017 hasta el 6/10/2017, por el diagnóstico I839, el cual, se refiere a «venas varicosas de los miembros inferiores sin úlcera ni inflamación»; sin embargo, de ese solo documento no es posible derivar que este padecimiento le impidiera realizar sus labores de forma constante, o le obstaculizara sus actividades diarias.

Esta falencia probatoria es la misma que se observa a la hora de comunicar o de enterar al empleador Adecco Colombia acerca de su estado de salud, decimos esto porque aunque en el proceso se relacionan documentos tales como la recomendación de educación de pacientes realizadas por EPS Compensar (p. 23 y 24, ídem); exámenes de médicos del 28 de noviembre de 2017, realizados por Idime (p. 31, ídem); autorización de infiltraciones del 14 de julio de 2017 (p. 36, ídem); órdenes de terapias físicas del 25 de enero de 2018 y 28 de agosto de 2019 (p. 38 a 46, ídem); terapias físicas del 18 de enero de 2018 (p. 48, ídem) e historia clínica del 9 de agosto de 2017, 25 de septiembre de 2017 y 4 de enero de 2018 (p. 55 a 67, ídem), no existe constancia de haberse enterado de ellos al empleador .

Aunque la actora dijo en su interrogatorio que el empleador conoció que sufrió un accidente de trabajo al intentar levantar un escombros en una jornada matutina, porque ella lo comunicó telefónicamente a los empleados de Adecco, quienes a su vez, le informaron que debía notificarlo a su jefe directo, así lo hizo pero no le prestaron la atención suficiente; además señaló que el señor Lenin Pérez estaba enterado de sus padecimientos y le concedía los permisos para asistir a citas médicas y terapias programadas, estas aseveraciones no encontraron respaldo en el resto de los medios de prueba.

En efecto, en su declaración, el señor Lenin Pérez, empleado directo de Supernovae,

desmintió lo expresado por la actora, al señalar que «no tenía la condición de jefe directo de la señora Campos Sánchez», y que no se enteró de los hechos relacionados con que la demandante haya sufrido un accidente de trabajo; precisó que él otorgaba los permisos y los ponía en conocimiento de sus superiores.

Al igual que el testigo anterior, las representantes legales de Supernovae y Adecco, al rendir interrogatorio, manifestaron que la compañía no tuvo conocimiento de accidente de trabajo, de recomendaciones laborales para la trabajadora Campos Sánchez, o que ella estuviese en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es decir no aceptaron los hechos invocados por la demandante.

Por lo tanto, no hay prueba que sustente las afirmaciones de la propia demandante, pues las declaraciones vertidas en su interrogatorio no pueden considerarse confesión, en la medida que es principio universal, *«nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de ella»*, pues deviene indiscutible no solo la presunción sino la plena convicción de la existencia de circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad.

Desde el acervo probatorio tampoco se pudo establecer que la actora se encontrara en *«una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades»*, por el contrario, lo que quedó demostrado es que la señora Campos Sánchez estuvo desarrollando sus labores durante el tiempo en que estuvo contratada, sin presentar períodos prolongados de incapacidad distintos a la otorgada por «venas varicosas de los miembros inferiores sin úlcera ni inflamación», diagnóstico alejado del padecimiento de columna, que según adujo le provocaba impedimento para sus labores.

Por lo antes expuesto, no es posible inferir que esas dolencias tuvieran la entidad suficiente para conformar una barrera para el ejercicio de su actividad laboral, que permitiera incluirla en la categoría de persona en condición de discapacidad, o que la decisión del empleador estuviera sustentada en motivos discriminatorios asociados a su estado de salud.

La actora recaba la protección especial derivada de la condición de discapacidad que afirma tener, sin embargo, en lo hasta aquí analizado se extrae que las garantías contenidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 están concebidas para prevenir y castigar los actos discriminatorios y propiciar la inclusión y estabilidad laboral de las

personas con discapacidad y no de cualquier trabajador afectado por contingencias momentáneas de salud, pues si bien acreditó que tenía una deficiencia física, producto del diagnóstico trastorno somatomorfo, que podía extenderse cierto tiempo, no acreditó que dicha dolencia se prolongara más allá de sus incapacidades, que tuviera una duración significativa o que no existiera una perspectiva clara de recuperación en el corto plazo.

A efectos de establecer la deficiencia a mediano o largo plazo, a lo largo del proceso, la parte demandante se limitó a demostrar la existencia de unas incapacidades laborales transitorias, otorgadas en momentos anteriores y posteriores al aviso de terminación del vínculo, sin tener en cuenta que no bastan para demostrar la condición de discapacidad. Adicionalmente, no existe constancia, en ese sentido, de algún reporte de accidente de trabajo, de que se hubiera activado algún medio de prevención o tratamiento de riesgos laborales, a través de la respectiva ARL, o que se hubieran trasladado al empleador diagnósticos con recomendaciones de reubicación o de cambios en el puesto de trabajo, que permitieran determinar no solo la discapacidad, sino la necesidad de hacer ajustes razonables y la posible discriminación en el momento de la desvinculación.

Lo que si se evidencia al revisar el contrato de trabajo celebrado entre la demandante y la empleadora demandada, es que la trabajadora debía desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales, prestando su fuerza laboral para el apoyo de aseo y diferentes actividades asistenciales de estos servicios, de tal manera que al no existir medios de prueba que acrediten la imposibilidad de la señora Campos Sánchez para ejercer su actividad laboral en razón de las deficiencias que presentaba, no es posible deducir de la conducta del empleador indicios de discriminación.

Adicionalmente, conviene precisar que el contrato de trabajo estaba atado a la realización de una labor u obra para la cual se le contrató, por consiguiente la parte actora tenía la carga de demostrar que ese evento no acaeció o que las labores subsistieron, pero al no haberlo hecho así, y no estar acreditada la condición de discapacidad alegada, no es posible presumir que se trató de un despido discriminatorio, por lo tanto, la sala confirmará la decisión de primer grado, pero por las razones hasta aquí expuestas.

3.4. NATURALEZA DEL CONTRATO Y VERDADERO EMPLEADOR

Las demandadas recurrieron lo expuesto por la Juez de primera instancia respecto a que la vinculación de la demandante con Adecco Colombia fue violatoria de las regulaciones del servicio temporal *«se probó con suficiencia que se transgredieron los límites temporales previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, que la vinculación se excedió por más*

de un año conforme los publicitados contratos de obra», además, de señalar que «Adecco actuó como simple intermediario en la contratación laboral adelantada con la gestora de la litis», y que, «no demostró que efectivamente Supernovae en el mes de enero de cada anualidad solicitaba mediante órdenes de servicio la vinculación de un personal que ejecutara ciertas funciones», concluyendo así en este caso, que la señora Campos Sánchez en verdad estuvo vinculada con la empresa Supernovae.

Para resolver el punto en controversia, recordemos que, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 77. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

La primera instancia concluyó que se infringió dicha normativa, en razón a que Adecco contrató a la señora Campos Sánchez para prestar un servicio en la empresa Supernovae, donde desempeñaría algunas labores que corresponden al giro de las actividades permanentes de la empresa usuaria, por lo tanto, esta actuó como verdadera empleadora y la contratante como una intermediaria.

El argumento de las recurrentes es que ello no fue así, que en verdad se trató de labores contratadas por Supernovae para un periodo determinado, y prueba de ello, es que a la finalización de la obra se realizaba la respectiva liquidación de cada contrato, documento con el cual pretendió demostrar que no hubo tal infracción.

Una revisión de las pruebas arrojadas en el proceso deja ver que, por ejemplo, en el contrato del 10 de octubre de 2016 (págs. 4 y 5, pdf. 01, 01), que finalizó el 30 de diciembre de 2016 (pdf. 01 pág. 1) suscrito entre la demandante y Adecco Colombia, se estableció que la usuaria sería la empresa Supernovae, donde desempeñaría el cargo de auxiliar de servicios generales y la labor objeto del contrato corresponde al incremento de la producción o ventas y en la cláusula primera se convino como objeto del acuerdo lo siguiente:

El EMPLEADOR contrata los servicios personales de EL (LA) TRABAJADOR EN MISIÓN (A) para desempeñar las funciones inherentes al cargo ya mencionado, así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al mismo, de conformidad con las leyes, los reglamentos, las órdenes, las instrucciones generales o particulares que le impartan el EMPLEADOR o sus representantes (...)

En el mismo documento en torno a la duración del contrato se convino:

La duración del presente contrato será el tiempo requerido para la realización de la obra o labor para la cual fue contratado el TRABAJADOR EN MISIÓN.

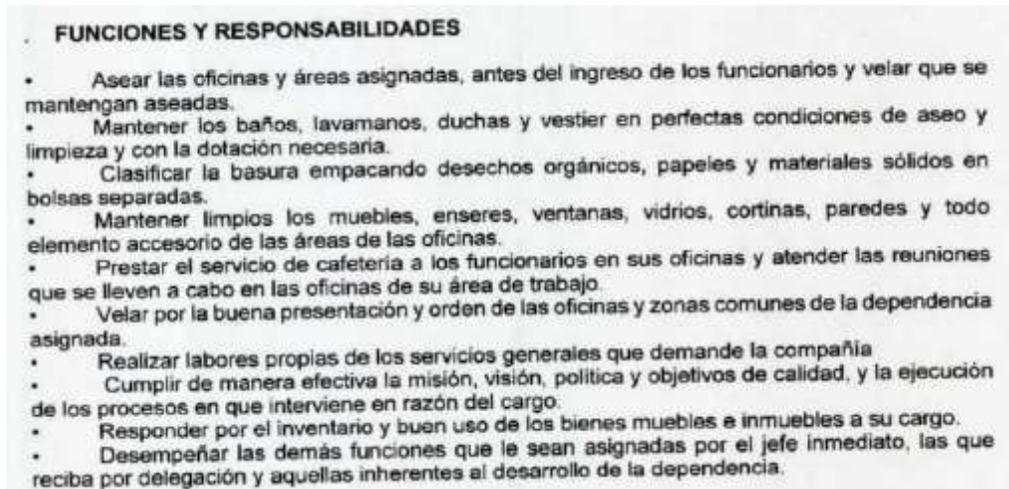
El contenido transcrito referente al objeto y la duración del contrato se replicó en los contratos del 10 de enero de 2017 (Págs. 7 y 8, ídem), que finalizó el 31 de diciembre de 2017 (pdf. 01, pág. 19), y del 15 de enero de 2018 (Págs. 10 y 11, ídem), finalizado el 18 de octubre de 2018, en los que es posible advertir que la actividad fue continua, por cuanto entre la terminación de un contrato y suscripción del siguiente transcurrieron menos de 30 días, circunstancia que no refleja la intención de las partes de detener genuinamente la continuidad de los servicios prestados.

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, es pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como las inferiores a un mes, estas deben considerarse aparentes o formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención de las partes de continuar el vínculo laboral, como acontece en este caso. Así lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL981-2019 en la que reitera lo expuesto en la sentencia CSJ SL4816-2015:

(...) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.

Y en relación con el presupuesto establecido en el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se puede realizar este tipo de contratación, para atender «*incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios*», mientras que, en el contrato se refiere que se trata de atender un incremento de producción o ventas sin más especificaciones. Sin embargo, la representante legal de Supernovae en su interrogatorio expresó que la empleada no desarrollaba labores de producción o ventas, y se le contrató para prestar servicios generales, lo que contradice el pacto expresado en el contrato de trabajo.

De acuerdo con las certificaciones expedidas por Adecco, la demandante cumplía en la empresa usuaria Supernovae las siguientes labores:



En este caso es posible acudir al principio de primacía de la realidad sobre las formas para descifrar si las actividades misionales desarrolladas por el trabajador son temporales, según el listado taxativo del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o, por el contrario, permanentes, en cuyo caso la empresa usuaria debe vincular de manera directa a su propio personal.

Realizado este ejercicio, al confrontar el objeto social de la usuaria contenido del certificado de existencia y representación legal (pdf 1 pág. 151), la Sala no pudo determinar la correlación entre las distintas actividades allí descritas y las desarrolladas por la actora, las cuales principalmente estaban asociadas al aseo, limpieza, cafetería y las propias de servicios generales que demandaba la empresa usuaria, correspondientes a su giro ordinario y no a situaciones excepcionales o temporales.

Esta Corporación comparte por ello el argumento de la a quo, cuando señala que las partes no demostraron que se trate de una necesidad de incremento de producción, y tampoco que la empresa Supernovae necesitara, por determinado periodo, un incremento de personal para atender los requerimientos empresariales. Sin duda, existe una desconexión entre lo pactado y la forma en que realmente se desarrolló la relación laboral.

También se comete fraude a la ley en estos casos de intermediación ilegal, cuando formalmente se contratan servicios temporales con EST pero, en la práctica, se desarrollan actividades misionales permanentes, contrariando la finalidad de esta institución, cual es la de satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero.

Las empresas de servicios temporales no pueden usarse para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios (CSJ SL467-2019). Sobre este tópico, ya la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de referirse, verbigracia, en la sentencia con *Radicación n.º 86846, sobre las vinculaciones con vocación permanencia cobijadas bajo un contrato suscrito con una EST, argumenta que:*

Para resolver, es importante recordar que, en los casos de intermediación laboral, se comete fraude cuando formalmente se contratan servicios temporales con empresas de esta naturaleza, cuando, en la práctica se desarrollan actividades misionales permanentes, contrariando la finalidad de esta institución, cual es la de satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero. En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal, existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo, porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y ocasionales, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y taxativo, porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita (CSJ SL4330-2020).

En ese sentido, las empresas de servicios temporales no pueden ser usadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino, para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios (CSJ SL467-2019).

Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018, se adoctrinó:

[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador». Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria. Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual. Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios. En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o

cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria». Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

En ese contexto, aunque la censura plantea que con las pruebas adosadas pudo establecer que, para el momento de su suscripción de los contratos, se encontraba ejecutando una política de cumplimiento de metas establecidas en el plan estratégico 2011-2014, y por esa razón acudió a la EST, ese crecimiento de operaciones, tal como lo dijo el Tribunal, no se demostró en juicio, y de haberse acreditado, de todas formas superó el término de 6 meses prorrogable por otros 6 más.

Desde luego, ese criterio coincide con el de juzgadora de primera instancia, nos lleva a concluir que acierta la a quo al señalar que la contratación infringió la normativa de la Ley 50 de 1990, y aunque que el periodo contractual no excedió el límite legal, no deja de ser cierto, que las labores realizadas por la señora Campos Sánchez no se contrataron para atender picos de producción, sino por el contrario tenían una vocación de permanencia y de allí que este incumplimiento de las disposiciones trae como consecuencia que Supernovae es en realidad un usuario ficticio y por tanto, adquiera la calidad de verdadero empleador, y Adecco pase a ser un simple intermediario, en los términos del artículo 32 – 5 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.5. DEL DESPIDO INJUSTIFICADO

La regla del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo enseña, que puede darse por terminado el contrato cuando finalice la obra o labor contratada.

El Juez de primer grado, al decidir lo atinente al hecho del despido, refirió que Supernovae: *«no se demostró que efectivamente la finalización obedeció a una justa causa y que la misma haya sido invocada a la demandante al momento de la terminación de la relación laboral».*

Revisados los tres contratos celebrados entre la demandante y la empresa Adecco, en todos ellos se señaló: *«La duración del presente contrato será el tiempo requerido para la realización de la obra o labor para la cual fue contratado el TRABAJADOR EN MISIÓN».*

Acerca de la posibilidad de celebrar varios contratos de trabajo, no es posible validar el uso indebido que de ellos se haga con el fin de eludir los derechos sociales del trabajador. Sobre el tópico en sentencia CSJ SL1614-2023, establece que:

Por ello, en principio, resulta plenamente legítimo que el empleador ofrezca a un trabajador la

modalidad de vinculación que más convenga a sus necesidades, como el contrato determinado por un plazo fijo, o que los dos en cierto punto de su relación laboral decidan, libre y voluntariamente, terminarla para empezar otra *diferente* o modificar algunos de sus puntos trascendentales, en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, tal como la opositora lo refirió en la réplica.

Con todo, la Corte no ha desconocido que, frente a supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, como sucede en el asunto, **las formas jurídicas previstas por el legislador no pueden ser indebidamente utilizadas por el empleador para propósitos, como el de eludir las garantías mínimas legales establecidas a favor de los trabajadores.** (Negrilla de la Sala)

Sobre la duración de la obra, la Corte en sentencia SL1052-2022, puntualizó:

1. En efecto, de acuerdo con el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo las partes están habilitadas para suscribir un contrato de trabajo por «*el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*». De ahí que su duración queda sujeta a la consecución de un resultado determinado, «*impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido*» (CSJ SL2176-2017); sin embargo, en ningún caso, el término de este tipo de acuerdos puede depender llanamente de la voluntad o capricho del empleador, sino que deberá tenerse en cuenta la esencia misma del servicio prestado, porque de lo contrario, su finalización se tornaría sin justa causa.

En la misiva entregada por Adecco que finiquitó el vínculo con la demandante, se indicaron las siguientes razones: «*se permite notificarle la terminación de su contrato de trabajo por obra o labor contratada suscrito con nosotros el día 15 de enero del año 2018. Lo anterior con fundamento en la condición contemplada en su contrato de trabajo, que por la naturaleza del servicio prestado y frente al cese de la necesidad del mismo*».

De esa comunicación no se extrae que la terminación obedeciera a la finalización de la obra, lo cual sería imposible determinar, ya que en el contrato no se detalló la obra para la cual fue contratada, circunstancia que impide fijar el límite temporal, quedando supeditado al arbitrio del empleador, por ende, tal y como lo consideró el juez de primer grado, el contrato pasa a tener connotación de indefinido, y el finiquito se concluye que fue sin justa causa. Por lo anterior, el recurso no sale avante.

Colorario de lo expuesto, la Sala confirmará la decisión proferida el 29 de agosto de 2020 por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

No hay lugar a condena en costas en esta instancia, por no haber prosperado los recursos interpuestos por ambas partes contra la decisión proferida por la a quo.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

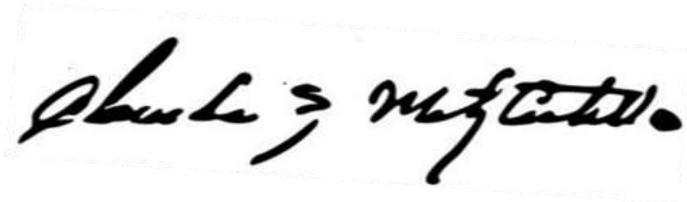
VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC el día 29 de agosto de 2020, dentro del proceso promovido por Maritza Campos Sánchez contra las empresas Supernovae SAS y Adecco Colombia SA, conforme lo considerado en esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en segunda instancia, conforme a lo dicho en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

Demandante:	Carlos Alberto Calderón Florián
Demandada:	Salud Total EPS-S SA
Proceso:	Sumario
Decisión:	Confirma sentencia.
Radicado:	11-001-22-05-000-2024-00001-01 11001220500020240000101

En Bogotá DC, a los veintisiete (27) días de febrero de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Rafael Albeiro Chavarro Poveda** y la ponente **Claudia Angélica Martínez Castillo**, se reunió para resolver el recurso de apelación presentado por la Salud Total EPS-S SA, contra la decisión proferida el 15 de noviembre de 2023 por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud al interior del proceso que le sigue el señor Carlos Alberto Calderón Florián.

De conformidad con lo prescrito en el parágrafo 1° del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, la Sala acoge el proyecto de la ponente que se traduce en la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Alberto Calderón Florián accionó contra la Salud Total EPS-S, buscando que se ordene a la entidad que, disponga la cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones que fueron negadas por la EPS, como lo son la entrega oportuna de medicamentos, exoneración de cuotas moderadoras para plan crónicos atención integral para discapacitados.

En los hechos informó que, se radicó en el municipio de Sevilla (Valle), y que un funcionario de la EPS vía telefónica le comentó que no existiría inconveniente alguno para su atención. Que, a raíz de su traslado, ha tenido múltiples inconvenientes para la entrega de medicamentos. Y señala que ha presentado múltiples quejas por los canales habilitados por la entidad, sin que a la fecha de presentación de su solicitud

hubiesen sido atendidas.

Por auto del 4 de octubre de 2023, la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud, admitió la demanda contra Salud Total EPS SAS, surtió el traslado, para que informe las gestiones administrativas adelantadas y aportara las documentales requeridas, para garantizar la prestación del servicio de salud al señor Calderón Florián (Carpeta 02, C01).

A. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

Salud Total EPS, aseguró que se adelantaron las gestiones tendientes a garantizar la entrega de los medicamentos verapamilo, espirolactona, valsartán, además, de autorizar una serie de exámenes de laboratorios. Además, pide que se absuelva de las pretensiones de la demanda.

B. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite procesal, profirió sentencia condenatoria el 15 de noviembre de 2023, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda, y ordenó que en el término de 48 horas garantizara al accionante la entrega de 40 tabletas de la dosis faltante del fármaco Verapamilo de 120 MG, con el fin de garantizar la continuidad en el tratamiento (carpeta 5, C01).

Inconforme con lo decidido, la EPS querellada, presentó recurso de apelación, una vez concedido ante esta corporación procede a resolverlo (Carpeta 6, C01).

C. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

La recurrente refutó la decisión asegurando que se desconoce que la accionada *«ha realizado todas y cada una de las acciones tendientes a garantizar los procedimientos y en general los tratamientos requeridos por el afiliado señor CARLOS ALBERTO CALDRON (sic) FLORIAN»*.

Añadió que *«a la fecha no cuenta con servicios pendientes de autorización, aunado a lo anterior, se tiene registro que en la última cita médica a la cual asistió, el galeno tratante realizó un cambio de medicamentos y suspendió los anteriores»*, y que se entregaron el 21 de noviembre de 2023.

II.

CONSIDERACIONES.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Siguiendo los argumentos del recurso, y considerando que la discusión en la segunda instancia se limita única y exclusivamente al punto de censura enrostrado por la apelante al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la Ley 712 de 2001, la Sala se ocupará de establecer si la primera instancia acertó o no al impartir órdenes a la Salud Total EPS.

2.2. PRESUPUESTOS PARA LA VIABILIDAD DEL RECURSO.

La Sala advierte que hay legitimación del recurrente porque con la decisión atacada hay mengua en sus intereses, el recurso es tempestivo, está cumplida la carga procesal de la sustentación y la providencia es susceptible de apelación.

2.3. PREMISAS NORMATIVAS.

El carácter polivalente del derecho a la salud concedido por nuestra Carta Política Constitución Política, al consagrarlo en los artículos 48 y 49 como un servicio público a cargo del Estado, y como una garantía de los ciudadanos para el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, se condensó en la sentencia C-791-11, que se pronunció sobre la demanda de constitucionalidad incoada contra la Ley 1438 de 2011 que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, con la intención de generar condiciones más proteccionistas de este derecho, y que se centró brindar un mayor bienestar del usuario, y que la prestación del servicio se diera bajo los principios de oportunidad, calidad y eficiencia.

La Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 6 señaló los elementos y principios que lo rigen. Y, sobre todo, el principio de eficiencia, según el cual: *«El sistema de salud debe procurar por el mejor uso social y económico de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población»*.

En lo referente a la prestación de servicios de salud con obligación de la EPS la Resolución 4343 de 2012, en su artículo 4, numeral 4.2 estableció que todo afiliado sin restricción alguna tiene el derecho a recibir sin limitaciones, todas las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos estén o no incluidos en el plan de beneficios, siempre sean requeridos con necesidad.

2.4. DEL CASO CONCRETO.

Definidas las premisas normativas a aplicar, entra la Sala a dilucidar los aspectos relevantes, conforme al recurso presentado.

La censura sostuvo que, han adelantado las gestiones necesarias para garantizarle todos los servicios del plan de salud al cual tiene derecho la paciente, que se le autorizaron distintos exámenes de laboratorio. Para el caso específico de los medicamentos, señaló que *«se accionó el andamiaje administrativo a fin de garantizar la entrega de los medicamentos»*.

Esta corporación estima que, no es desatinada la decisión de ordenarle a Salud Total EPS que garantice la entrega del medicamento verapamilo de 120 MG, en la dosis requerida, pues esta actuación se deriva de la obligación contenida en la Resolución 2366 de 2023, que incorpora la necesidad de garantizar que la provisión de los servicios y tecnologías de la salud a los afiliados se realice cumpliendo estándares de calidad relativa al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud y demás normas relacionadas.

En el caso del señor Calderón Florián, según el caudal probatorio incorporado al proceso, el usuario es afiliado a Salud Total EPS, quedando claro entonces, que la obligada al cumplimiento de la orden de la Superintendencia es precisamente esa entidad.

Con su recurso, la accionada aporta constancia de orden de medicamentos del día 15 de noviembre de 2023, donde le ordenan los fármacos Indapamida de 2.5 mg y Telmisartán de 90 mg, a pesar de que indican que fueron entregados el pasado 21 de noviembre, no aporta constancia de ello.

Frente a lo solicitado en el recurso, debe advertir esta Sala que el hecho de que los medicamentos se entregaran después de la decisión no quiere decidir que la determinación revisada no estuvo acertada. A lo sumo, lo que sería procedente es declarar un posible cumplimiento de la orden judicial, más no revocar lo decidido en la primera instancia.

Conforme con las razones hasta aquí expuestas, esta Sala confirma la decisión de la Superintendencia de Salud en sus funciones jurisdiccionales.

No se imponen costas, por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE:

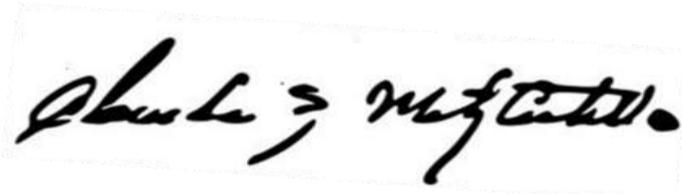
PRIMERO: Confirmar la decisión del 15 de noviembre de 2023, proferida por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso promovido por el señor Carlos Alberto Calderón Florián contra Salud Total EPS-S SA, según las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por lo indicado en este proveído.

TERCERO: Comunicar a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al párrafo 1° del artículo 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

CUARTO: Devolver el expediente a la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, y ejecutoriada esta providencia.

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado