

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA

SALA LABORAL

SALA CUARTA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MONIKA CABRERA GIRADO

DEMANDADO: CAPRECOM

RADICACION: 13001-31-05-008-2015-00019-01

Cartagena De Indias D.T. y C, diecisiete (17) de junio del año dos mil veintiuno (2021)

CUESTIÓN PREVIA

Conforme al Decreto 806 de 2020, y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, para cerrar la instancia, la Sala Cuarta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena conformada por los magistrados FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA, como ponente, MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO y LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO ante el impedimento de la Dra. JOHNNESY LARA MANJARRES, se integraron a fin de debatir y proferir la siguiente **SENTENCIA** de manera escrita:

1. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

MONIKA CABRERA GIRADO presentó demanda ordinaria laboral en contra de CAPRECOM con la finalidad de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con la demandada, entre el 26 de octubre de 2009 y el 31 de marzo de 2013; en consecuencia, se condenara al reconocimiento de la nivelación salarial entre lo devengado como Técnico Administrativo en calidad de contratista y el empleo de planta denominado Secretaria I, a la cancelación de las prestaciones sociales legales y las convencionales tales como: cesantías, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de junio, auxilio de transporte, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de navidad, subsidio de alimentación, prima técnica, prima de retiro, bonificación por recreación y demás a que haya lugar, en especial para el periodo del 1 de abril de 2011 al 30 de marzo de 2013; se condenara al reintegro de los valores correspondientes a retención en la fuente, al reconocimiento y pago de los aportes en cotizaciones en salud y pensión, y/o al cálculo actuarial, pago de la indemnización convencional y/o la legal por terminación unilateral del contrato de trabajo, de la indemnización moratoria consagrada en el Decreto 797 de 1949

y la contenida en el art. 99 de la ley 50 de 1990, en costas y agencias en derecho.
(Fol.1-2)

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

Como soporte de sus pretensiones, la demandante señaló que ingresó a laborar con la demandada el día 26 de octubre de 2009 como técnico administrativo hasta el 31 de marzo de 2013 en las oficinas del empleador en la ciudad de Cartagena, pero que desempeñó realmente las funciones de secretaria I. Detalló que inicialmente fue vinculada con la bolsa de empleo UNILABORAL LTDA, a partir del 26 de octubre de 2009 hasta el 8 diciembre de 2009; después con CONTUPERSONAL S.A. desde el 9 de diciembre de 2009 al 6 de octubre de 2010; luego con SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A. del 7 de octubre de 2010 hasta el 30 de marzo de 2011; continuó con la cooperativa COLSERVICIOS del 1 de abril de 2011 al 30 de mayo de 2012; y directamente con CAPRECOM desde el 1º de junio de 2012 hasta el 30 de marzo de 2013.

Señaló que en la realidad era una trabajadora subordinada y dependiente de CAPRECOM, que cumplía un horario de trabajo, ejecutaba funciones del personal que se encontraba debidamente especificado en el manual de funciones, competencias y organigrama de la empresa, tal como la secretaria I, cargo que es inherente al funcionamiento de la demandada. Indicó que el 3 de julio de 2012 solicitó su vinculación a planta en el cargo de secretaria que estaba desempeñando, que presentó reclamación administrativa el 2 de mayo de 2014; sostuvo que el último salario devengado fue de \$1.792.549, que CAPRECOM no consignó al fondo las cesantías, se le descontaron conceptos por retención en la fuente, asumió el 100% del pago de la seguridad social en salud y pensión, y el 31 de marzo de 2013 fue desvinculada sin justa causa. (fol. 2-5)

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CAPRECOM: Por auto del 10 de octubre de 2017, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EPS S. (folio 421)

S & A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S: La entidad vinculada en calidad de litisconsorcio necesario y por conducto de apoderado judicial, presentó contestación de la demanda admitida por auto del 30 de julio de 2018 (fol. 519), en donde se opuso a las pretensiones de la demanda. Con relación a los hechos adujo que no le constaban, precisando que existió un contrato de trabajo con la demandante desde el 07 de octubre de 2010 al 30 de marzo de 2011, extremos respecto a los cuales no adeudaba suma alguna; Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la causa a pedir, enriquecimiento sin causa, compensación, y buena fe. (fol. 475-484)

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPSERVICIOS CTA, CONTUPERSONAL S.A. y UNILABORAL LTDA: La COOPERATIVA D ETRABAJO ASOCIADO COOPSERVICIOS CTA, CONTUPERSONAL S.A. y la empresa UNILABORAL LTDA, fueron vinculadas al proceso en calidad de litisconsortes necesarios, pero como no asistieron a diligencia de notificación personal, por lo

que les fue nombrado curador ad litem, quien presentó escrito de contestación de la demanda admitido mediante auto del 30 de julio de 2018, en el que señaló que no le constan los hechos de la demanda, no admitía las pretensiones de la demanda, por cuanto correspondía al juez valorar y decidir la procedencia de las mismas.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena con sentencia del 19 de febrero de 2019, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido propuestas por la parte demandada, parcialmente la de prescripción y; declaró la existencia de un contrato de trabajo indefinido entre la demandante y CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN, desde el 26 de octubre de 2009 hasta 31 marzo 2013; condenó a CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN al reconocimiento y pago de cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales a la finalización del vínculo contractual, cálculo actuarial de los aportes a seguridad social en pensiones; absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

Fundó su decisión, en que encontró demostrado que el verdadero empleador de la accionante, desde el 26 de octubre 2009 hasta el 31 de marzo de 2013, fue CAPRECOM, a pesar de las vinculaciones a través de la Cooperativas de Trabajo Asociado o contratos de prestación de servicios, o por medio de las empresas de servicios temporales. En relación a la nivelación salarial, el *A-quo* consideró que con las pruebas allegadas al proceso no se advirtió que las tareas asignadas a la actora correspondieran a las determinadas por la entidad, para el cargo de secretaria I, pues no era posible establecer ningún parámetro de comparación.

En lo concerniente a las prestaciones sociales reclamadas, sostiene que la demandante recibió cierto pago de prestaciones durante el tiempo en que se encontró vinculada en la empresa de servicios temporales, además encontró probada parcialmente la excepción de prescripción presentada por SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A., teniendo derecho al reconocimiento de las acreencias laborales a partir del dos de mayo de 2011, al ser interrumpida con la reclamación presentada el dos de mayo de 2014, con excepción de las cesantías. Precisó que no había lugar a la reafuente, por tratarse de cuestión de índole tributaria ajena a lo que constituye el litigio.

Sostuvo que CAPRECOM debía pagar los aportes a seguridad social en pensión al fondo de pensiones al que se encuentre afiliada desde el 26 de octubre de 2009 hasta el 31 de marzo de 2013. En cuanto a los beneficios extralegales aseveró que en el plenario no existe certificado que acredite que la actora hacía parte del sindicato y eventualmente beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, que no se visualizó certificado que acredite que el número de afiliados al sindicato es superior a la tercera parte del total de trabajadores. Hizo referencia a que no se observó documentación o prueba alguna que acredite el despido realizado por la demandada. Encontró acreditada la mala fe de la accionada al realizar sucesivos contratos de prestación de servicios, pero desplegando de manera notoria su poder subordinante sobre la demandante, por lo que condenó a la indemnización moratoria. Finalmente consideró impertinente la pretensión de indemnización por no pago de cesantías por tratarse de trabajadores oficiales.

3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, fincando su inconformismo sobre cinco puntos, a saber: **(i)** por haberse declarado probada parcialmente **la excepción de prescripción** por cuanto fue alegada por el vinculado solidario, y esta solo procedía respecto a sus intereses y no a los de la condenada principal, más aún cuando CAPRECOM no contestó la demanda. **(ii)** sobre la negativa de los **beneficios convencionales**, en tanto, aportó el contenido de la convención colectiva y a folio 315 milita certificación sindical que establece claramente que SINTRACAPRECOM era sindicato mayoritario, siendo imposible allegar una certificación que contenga cada día el número de trabajadores que tiene CAPRECOM y de cuántos estaban vinculados sindicalmente, mencionó principios constitucionales y los convenios de la OIT, con los cuales basta la sola declaración y más cuando no ha sido controvertido, discutido, ni tachado de falso el documento. **(iii)** en relación con el **despido injusto** señaló que la convención establecía que los contratos de trabajo eran a término indefinido y que sólo podría ser despedido con justa causa, por lo que era el empleador quien tenía la carga de acreditar la misma, y que los testigos señalaron como la razón del despido, criterios políticos, producto de la arbitrariedad de CAPRECOM, donde la demandante fue reemplazada inmediatamente por otra persona designada por el político de turno. **(iv)** insistió sobre la procedencia de la **sanción moratoria** por no consignación de las cesantías, pues esta era aplicable a los funcionarios públicos de conformidad con la ley 344 de 1996; **(v)** por último, señaló en cuanto a la pretendida **nivelación salarial**, que a folios 225 a 314 militaba el manual de funciones de los cargos y empleos que funcionaban en CAPRECOM, el cual debía confrontar la realidad del trabajador con las contenidas en el manual de funciones, y como la entidad se negó a remitir la documental exigida de los salarios, debía ordenarse la reliquidación con base en el empleo de secretaria siempre y cuando fuera mayor.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

A juicio de la Sala el proceso surte además el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada principal, pues el actual sucesor procesal este es el PAR CAPRECOM LIQUIDADO que fue creado conforme al Decreto 2519 de 2015, *“Por el cual se suprime la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”, EICE, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”* proceso de liquidación que a su vez se rige por el régimen previsto en el Decreto Ley 254 de 2000, la Ley 1105 de 2006, y las normas especiales que se consagren en el decreto de liquidación. El artículo 20 de la ley 1105 de 2006 reza. *Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. **Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.*** y que además quedó así consignado en el contrato de fiducia mercantil en el numeral 4° de sus consideraciones.

Así las cosas, se está frente a una condena en donde la Nación puede ser llamada a asumir el pago de ésta, lo que hace procedente la consulta en los términos del artículo 69 del CPTYSS.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la parte demandada hizo uso de sus alegaciones señalando que las indemnizaciones por mora en el pago de prestaciones a la terminación del contrato de trabajo y por no consignación de las cesantías un fondo especializado, no proceden porque la demandada actuó bajo el convencimiento de que no existe ningún tipo de relación ni siquiera de prestación de servicios, existiendo buena fe. Sostuvo que, ante la declaratoria de la existencia de una relación laboral, la indemnización por mora en el pago de las prestaciones inicia a partir de la declaratoria de dicha obligación impuesta en la sentencia judicial.

Frente a una eventual pretensión de pago, indicó que la apertura del proceso liquidatorio dio lugar a la disolución de la entidad, que desde el 28 de diciembre de 2015, para hacer efectivo cualquier tipo de acreencia y/o garantía debían hacerlo dentro del proceso liquidatorio, donde la radicación de las reclamaciones oportunas se llevó a cabo únicamente en el periodo comprendido entre el 19 de febrero al 18 de marzo de 2016, por lo que las presentadas con posterioridad a esta fecha se calificaron como extemporáneas y en relación a las pretensiones plasmadas dentro del presente caso, no se tiene registrada reclamación alguna. Manifestó que la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM” y el PAR CAPRECOM LIQUIDADO, administrado por FIDUPREVISORA S.A., no existió disposición legal, figura jurídica aplicable, ni convenio alguno, para aceptar que en efecto una persona jurídica lo sucedió, lo subrogó o lo sustituyó en cualquiera de las labores u obligaciones que desempeñaba y mucho menos en su rol de empleador. Arguyó que tampoco puede pensarse en la figura de sustitución patronal, en la medida en que ninguno de los elementos que requiere para su verificación, hacen presencia en este asunto.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente asunto no se observan deficiencias en los presupuestos procesales ya que la demanda fue presentada en forma legal, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal para resolver el asunto objeto central del presente litigio.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos por resolver en el presente asunto, consiste en determinar (i) si se encuentra demostrado que entre el demandante y CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”, existió un contrato de trabajo desde 26 de octubre de 2009 hasta 31 marzo 2013, que dé lugar al reconocimiento y pago de acreencias laborales de carácter legal; (ii) si la sanción moratoria por no consignación de cesantías en un fondo consagrada en la Ley 50 de 1990, le es aplicable a los trabajadores oficiales; (iii) si se encuentra demostrado que SINTRACAPRECOM era un sindicato mayoritario que imponga la aplicación del

texto convencional a la demandante y por ende el reconocimiento de prestaciones extralegales e indemnización por despido injusto; (iv) si se encuentra acreditada la buena fe de la demandada que permita exculparse de la sanción moratoria del Decreto 797 de 1949; (v) si están reunidos los presupuestos para ordenar la nivelación salario respecto al cargo de secretaria I que hacía parte de la planta de personal de la demandada; (vi) si es viable aplicar la excepción de prescripción presentada por un litisconsorcio necesario.

8. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA

- Artículo 469, 471 del CST
- Decreto 2127 de 1945
- Decreto 1083 de 2015
- Decreto 1252 de 2000
- Decreto 747 de 1949
- sentencias SL2521-2019, CSJ SL4626-2019, sentencia SL1170 de 2017, SL1725 de 2018 y SL4069 de 2019.
- SL 4310 de 2020 y SL 2085 DE 2020

9. CONSIDERACIONES

9.1. De la existencia del contrato de trabajo

Como primer punto relevante conviene resaltar que mediante la Ley 314 de 1996 la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE EN LIQUIDACION transformó su naturaleza jurídica a Empresa Industrial y Comercial del Estado de Orden Nacional y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal pasó a ser el de las Entidades Públicas de esta clase; que mediante el artículo 12 de la ley en mención se estableció que quienes desempeñaban los cargos de Director General, Secretario General, Directores Regionales, y Jefes de División eran empleados públicos y los demás servidores públicos vinculados a la planta de personal pasaron a ser trabajadores oficiales. Como el cargo alegado por la demandante no hace parte de los cargos atrás referenciados, y este afirma ser un trabajador oficial, por lo tanto, el asunto aquí presente se regirá con el Decreto 1083 de 2015

Pues bien, el Decreto 1083 de 2015 en sus artículos 2.2.30.2.1, 2.2.30.2.2, y 2.2.30.2.3, consagración normativa vigente y aplicable a los trabajadores oficiales, dispone que se configura una relación laboral y por ende un contrato de trabajo ante la concurrencia de los siguientes elementos: *i)* la prestación personal del servicio; *ii)* la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador; y, *iii)* un salario como retribución; el cual no dejará de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera. Así mismo, que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y corresponderá a este último destruir la presunción.

En el presente caso está demostrado la prestación de los servicios de manera personal por parte de la demandante a CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN, de forma ininterrumpida, entre el 26 de octubre de 2009 hasta 31 de marzo de 2013, por así desprenderse de la documentación incorporada al expediente y de las testimoniales de Karen Zapata García y Javier Francisco Corpas, quienes exponen las circunstancias, de tiempo, modo y lugar de sus manifestaciones; tienen conocimiento sobre los hechos objeto de debate de la presente demanda, por haber sido compañeros de trabajo de la accionante, expresando de manera uniforme que durante el tiempo que ellos estuvieron vinculados a CAPRECOM la actora prestó sus servicios a esta entidad de forma continua y en el mismo cargo.

Igualmente, resulta oportuno precisar que la actora estuvo vinculada a CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN bajo tres modalidades contractuales diferentes, discriminadas así: **(i)** mediante contrato de trabajo suscrito con varias empresas de servicios temporales; **(ii)** del 1 de abril de 2011 hasta el 30 de mayo de 2012 por medio de contrato de asociación con la Cooperativa de trabajo Asociado COOPSERVICIOS y, **(iii)** a través de contrato de prestación de servicios desde 1 de junio de 2013 hasta el 30 de marzo de 2013; modalidades que serán analizadas de manera individualizada, a fin de poder determinar si durante todo ese interregno la demandada CAPRECOM actuó como verdadero empleador, de la siguiente manera:

A. Tiempo durante el cual la accionante realizó la prestación personal del servicio en favor de CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN a través de la empresa de servicios temporales.

Está probado dentro del plenario que la demandante suscribió tres contratos de trabajo con diversas empresas de servicios temporales, con UNILABORAL LTDA a partir del 26 de octubre de 2009 (Fol. 80), CONTUPERSONAL S.A, a partir del 9 de diciembre de 2009 (Fol. 84) y SERVICIOS Y ASESORIAS S.A, a partir del 7 de octubre de 2010 (folio 91-92), para desempeñar el mismo cargo de técnico administrativo, extrayéndose de dichos documentos que la accionante fue enviada como trabajador en misión por las empresas de servicios temporales a CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN desde el 26 de octubre de 2009 hasta el 30 de marzo de 2011, y la calidad de empresa usuaria de CAPRECOM EPS, sin embargo, contrario a lo considerado por el A quo, los extremos atrás referenciados superan el máximo límite temporal establecido en el numeral tercero del artículo 77 de la ley 50 de 1990, esto es, de seis meses prorrogable por seis más, revelándose con ello la necesidad permanente de la labor desempeñada por la accionante y la trasgresión de la naturaleza jurídica de este tipo de contrataciones por parte de la demandada.

Ya lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en las sentencias SL1170 de 2017, SL1725 de 2018 y SL4069 de 2019, en asuntos de contornos similares al que hoy nos ocupa, donde puntualizó que, no le era dable a las empresas usuarias superar el término de 12 meses de contratación, celebrando un nuevo contrato de trabajo ya sea con la misma o con diferente empresa de servicios temporales, pues a todas luces desvirtuaba la temporalidad, legalidad y legitimidad de este tipo de vinculación laboral.

En conclusión, al estar acreditado que la demandante desde el 26 de octubre de 2009 hasta el 30 de marzo de 2011, estuvo vinculada a CAPRECOM a través de empresas de servicios temporales, superando con creces el límite establecido por el legislador, sin hesitación alguna, conduce a concluir que la empresa usuaria, es decir, CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN, era el verdadero empleador.

B. Prestación de servicios mediante Cooperativa de Trabajo Asociado

Seguidamente, se tiene que MONIKA CABRERA GIRADO estuvo vinculada a COOPSERVICIOS desde el 1 de abril de 2011 hasta el 25 de mayo de 2012, tal y como consta en el contrato de asociación (Fol. 50-52) y la Carta de terminación (Fol. 55), incluso CAPRECOM en la certificación de 8 de abril de 2017 acepta que la actora prestó los servicios por intermedio de la Cooperativa (Fol. 49).

Pues bien, los testigos Karen Zapata García y Javier Francisco Corpas, que como ya mencionó resultan responsivos y creíbles para esta Sala, fueron claros en manifestar que independientemente de la empresa por la cual estuvieran vinculados o la modalidad contractual, la actora tenía como jefe inmediato al Director de CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN, quien le daba las órdenes e instrucciones, la entidad demandada le proporcionaba los elementos de trabajo, y específicamente Karen Zapata expresa que las instrucciones eran recibidas por parte de personal de CAPRECOM y no recibían órdenes de la Cooperativa.

Además, se revela que una vez finalizado el contrato de trabajo con la última empresa de servicios temporales, 30 de marzo de 2011, de forma inmediata la demandante el 1° de abril de 2011, celebró contrato de asociación con la Cooperativa de trabajo de asociado, lo cual es indicativo que la vinculación de la actora no fue de forma voluntaria y libre, sino que la intención de asociarse plasmada en el convenio de cooperación, era para seguir prestando sus servicios a CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN, trasgrediendo una de las características esenciales de esta figura jurídica contemplada en el artículo 11 del Decreto 4588 de 2011, y utilizando de manera fraudulenta el contrato cooperado.

Con todo lo esbozado, frente a esta forma de vinculación (contrato de asociación) se concluye que CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN actuó como verdadero empleador y COOPSERVICIOS como una simple intermediaria, al no cumplir con los parámetros establecidas en artículo 6 del Decreto 4588 de 2006 y el artículo 13 de la ley 1233 de 2008, vigentes al momento de la contratación, ello como consecuencia de encontrarse demostrado que la primera de las entidades (CAPRECOM) era quien ejercía el poder subordinante, al darle a la demandante instrucciones para ejecución de la labor, realizar llamados de atención y era la propietaria de los medios de producción, pues suministraba computador, escritorio y enseres para el desarrollo de la labor, por lo que incurrió en las prohibiciones señaladas en el artículo 8 y 17 del Decreto 4588 de 2006.

C. El tiempo en que la accionante estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios

Al revisar el expediente se pudo constatar que la demandante celebró 4 contratos de prestación de servicios de manera directa con CAPRECOM EN

LIQUIDACIÓN, desde el 1° de junio de 2012 hasta el 31 de marzo de 2013, tal como se observa de las documentales a folios del 57 al 70 del plenario.

Frente a esta forma de vinculación, esta Sala encuentra demostrado con las declaraciones recibidas durante la práctica de pruebas que, la actora no actuaba de forma independiente y autónoma aspectos propios del contrato de servicios, sino bajo la subordinación de CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN. Los testigos indicaron que la actora ejercía sus labores en las instalaciones de la entidad en un horario de 8 a 5 de la tarde, y que éstas no podían desarrollarse por fuera de ellas, al tratarse la labor desempeñada como secretaria de dirección y era precisamente el director de la entidad quien le impartía las órdenes.

En suma, frente a la vinculación a través de empresas de servicios temporales, al exceder el plazo máximo de contratación, se tiene que CAPRECOM es el verdadero empleador; con relación a las vinculaciones a través de cooperativas y por contratos de prestación de servicios, también hay lugar a tener a CAPRECOM como verdadero empleador, en tanto, dicha forma de vinculación es demostrativa de la prestación personal de los servicios de la demandante, que da lugar a activar la presunción de subordinación enseñada por el Decreto 1083 de 2015, la cual no fue desvirtuada con los demás medios de prueba, por el contrario, al analizar las pruebas en su conjunto, surge inequívoco la presencia de la subordinación a la cual estaba sometida MONIKA CABRERA GIRADO a la hora de cumplir sus funciones, y que la demandada utilizó de manera fraudulenta diversas formas de contratación distintas a la laboral para esconder una genuina relación de trabajo que se dio de manera continua desde el 26 de octubre de 2009 hasta 31 de marzo de 2013, luego entonces, no se equivocó el Juez de primer grado, al concluir que entre la demandante y CAPRECOM existió una verdadera relación subordinada, imponiéndose confirmar la decisión en este sentido.

9.2. Nivelación salarial

Se avizora que el demandante solicitó la nivelación salarial entre lo devengado como técnico administrativo y el empleo de planta denominado secretaria I, durante el lapso que duró la relación laboral. El juez absolvió de esta pretensión por no contarse en el proceso con un factor de comparación, no obstante, el recurrente insiste en que la jurisprudencia ha permitido el reclamo de nivelación salarial cuando se cuenta con manual de cargos y funciones, las cuales debían contrastarse con la labor realmente desempeñada, que en la realidad del proceso conducían a declarar que la demandante realizó las funciones del cargo secretaria I.

Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha explicado de antaño, posición que sigue manteniendo tal como consta en la sentencias SL 4310 de 2020 y SL 2085 DE 2020, que cuando se invoca la nivelación salarial, es imperioso distinguir dos situaciones: (i) si la diferencia tiene como eje principal las funciones, al considerar el trabajador que a pesar de tener un cargo de inferior remuneración desempeñó las funciones de otro puesto de trabajo, en este caso, le atañe al accionante demostrar la existencia del respectivo cargo con el cual pretende la nivelación salarial y que desarrolló las funciones asignadas en igualdad de condiciones, de eficiencia, responsabilidad, calidad, cantidad y

jornada siendo imprescindible el factor comparación con otro empleado y; (ii) cuando la solicitud de trabajo igual salario igual se fundamenta en la existencia de un escalafón en donde se fijan los salarios para cada cargo en particular; en estas circunstancias lo indispensable es acreditar la realización de las labores en la forma exigida en la tabla salarial, sin que se deba probar la condiciones de eficiencia.

Atendiendo lo precedente, el caso de marras se adecua a la segunda de las hipótesis. No obstante, el "*Manual de Competencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones de Caprecom*", (fol. 225 al 314), fue aportado de manera incompleta, pues de dicho documento no es posible establecer si efectivamente existía una tabla salarial y cuáles eran las funciones asignadas para el cargo de Secretaría I, a fin de poder determinar si las funciones de dicho cargo, correspondían a las funciones descritas por los testigos Karen Zapata García y Javier Francisco Corpas, en tanto, de esas documentales sólo se desprende que el cargo de Secretaria I pertenece al nivel Auxiliar Técnico (Fol. 239), las competencias para poder desempeñarse en ese nivel de manera general (Fol. 243-246), las equivalencia de estudio y experiencia Fol. 263-264), y las funciones para otros cargos (gestor de vida sana, auxiliar de red y referencia y contrareferencia, conductor y mensajero pertenecientes al Auxiliar Técnico) que distan de la labor alegada por CABRERA GIRADO, tópicos que resultan insuficientes para la aplicación del principio de trabajo igual salario igual de que trata el artículo 143 del CST, lo que fuerza a confirmar la absolución dada frente a este tópico por el juez de primera instancia.

9.3. De la aplicación de los beneficios convencionales

En lo relacionado con la aplicación de la convención colectiva de trabajo suscrito entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, el A-quo estableció que no era viable su aplicación al no encontrar acreditado que la accionante estaba afiliada al sindicato o que el número de afiliados a la organización sindical era superior a la tercera parte. A su vez el apoderado de la parte demandante, indicó en su apelación, que a folio 315 estaba certificación en donde se establece que SINTRACAPRECOM era sindicato mayoritario, documento aportado oportunamente al proceso y que no fue tachado por las partes.

Al revisar el expediente, avizora esta judicatura que en efecto a folio 315 se encuentra certificación de 29 de septiembre de 2014, en la cual se establece que SINTRACAPRECOM es un sindicato mayoritario dentro de CAPRECOM y además tiene afiliado a más de las tercera parte de los trabajadores, que conforme a lo establecido en el artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo, permite hacer extensiva la convención colectiva a las personas que no estuviesen vinculados a la organización sindical.

No obstante, se pudo verificar que la Convención Colectiva vigente del 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 militante a folio 142 al 167, no fue allegada conforme a lo estipulado en el artículo 469 del C.S.T, en vista que no se encuentra firmada por los representantes de CAPRECOM y no se acompañó la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo. Si bien a folio 141 milita comunicación de fecha 20 de diciembre de 2011 dirigida al Ministerio de la

Protección Social, en donde hacen llegar la normatividad convencional, y que tanto en la primera como en la última hoja de la convención reposa sello de ser una copia de su original con fecha 8 de abril de 2014, a juicio de esta Sala el sello de radicación documental o de ser copia del original, no tienen la entidad de equipararse a la nota de depósito que para la validez del texto convencional exige la normatividad.

No puede pasar desapercibido, que se aportó la convención colectiva de 1996 a 1998, con su nota de depósito, laudos arbitrales de 1999, pero no hay certeza de su vigencia al inicio de la relación de trabajo de la demandante. Igualmente fueron allegados al plenario adendas extra convencionales, pliegos de peticiones, pero ninguno de ellos reemplaza la convención colectiva con los requisitos exigidos.

Ahora bien, el testigo Javier Francisco Corpas aportó una serie de documentales y un cd, entre los cuales se anuncia que se encontraba una copia de la convención colectiva, éstos fueron desconocidos por el apoderado de la parte demandada, y ante esta situación, el juez de primera instancia ordenó oficiar al Ministerio de Trabajo a efectos de verificar la autenticidad de tales documentos, sin embargo, no se obtuvo respuesta por parte del Ministerio encartado, disponiéndose por parte del operador judicial el cierre del debate probatorio, sin que se interpusiera recurso alguno contra esa decisión, por lo que a pesar de haberse manifestado en la parte motiva de la sentencia por el A-quo, el extravío de dichos documentos, para esta Sala en todo caso, carecen de eficacia probatoria en los términos del artículo 272 del C.GP, del cual se hace uso por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T, pues al no obtenerse respuesta del Ministerio, no fue posible establecer la autenticidad de los documentos aportados.

Así las cosas, ante la falta de validez del texto convencional aportado, por no cumplir con los requerimientos del artículo 469 del CST, no es viable acceder al reconocimiento de los beneficios extra convencionales, lo cual fuerza a confirmar la decisión en este sentido, pero por las razones dadas en esta instancia.

9.4. - De la Indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990

Respecto a este pedimento, a pesar que en el Decreto 1252 de 2000 citado por el demandante en su recurso, consagra que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública que se vinculen al servicio del Estado a partir de su vigencia, tienen derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, considera esta Judicatura que la habilitación que hace el ejecutivo se contrae a la posibilidad de acogerse voluntariamente a la modalidad de pago de cesantías anual prevista, entre otras normas, en la Ley 50 de 1990, pero nada más; en otras, palabras, la disposición en comento no dispone que se les aplique de forma integral dicha normativa, por ende, la sanción por no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 ibídem, cobija a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales y en ese sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2521-2019, por lo que se confirmará la decisión dada por el juez en este sentido.

9.5 De la terminación injusta del contrato

En materia de carga probatoria, esta Sala ha enseñado que corresponde al trabajador demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a este, si es que anhela el éxito de su excepción, le incumbe justificarlo o, de lo contrario, habrá de responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral.

En el caso de marras, tempranamente esta Sala se percató que los testigos Karen Zapata García y Javier Francisco Corpas, manifestaron desconocer los motivos de desvinculación de la demandante, lo que permite concluir que el hecho del despido, carga probatoria de la demandante, no se encuentra acreditado en el plenario, lo que obliga a desestimar la indemnización por despido injusto de carácter legal.

Ahora bien, el recurrente hace énfasis en que la carga de la prueba estaba en cabeza de la demandada, y no en manos de la demandante, pues a la luz de la estabilidad laboral plasmada en el texto convencional, el empleador debía acreditar la justa causa, sin embargo, la fuente del supuesto planteado por el apoderado de la demandante emana de un texto que no cuenta con validez a la luz del artículo 469 del CST, lo que impide verificar el despido injusto bajo esas prerrogativas.

Conforme a las anteriores consideraciones, resulta forzoso confirmar la decisión que absolvió a CAPRECOM del reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto.

9.6. De la consulta de las acreencias laborales legales y la prescripción

No hay discusión que durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada a través de empresas de servicios temporales, esto es, desde el 26 de octubre de 2009, hasta el 30 de marzo de 2011, fueron canceladas prestaciones sociales y vacaciones, por lo que respecto a este interregno no puede proferirse condena alguna.

En cuanto al período comprendido entre el 1° de abril de 2011 hasta el 25 de mayo de 2012, durante el cual estuvo vinculada a CAPRECOM a través de cooperativas de trabajo asociado, esta Sala al estudiar las pruebas concluye que no ha lugar a condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los rubros en estudio, en vista que el testigo Javier Francisco Corpas, durante su declaración precisó que las cooperativas pagaban las prestaciones sociales, y cuando fue preguntado si conocía de que se trataban, con amplio detalle explicó que las prestaciones correspondían a las primas semestrales, vacaciones anuales, cesantías, intereses de las cesantías, lo cual resulta ser demostrativo del pago de prestaciones sociales y vacaciones durante el periodo vinculado por cooperativas. Esta Sala le da credibilidad al testigo, por cuanto fue compañero de trabajo de la accionante en ese lapso y también estuvo vinculado bajo la misma modalidad que la actora, hechos que lo hacen conocedor de los pagos recibidos de manos de las cooperativas. Por lo anterior se concluye que el único periodo adeudado concierne

al tiempo que estuvo vinculada la demandante a través de contratos de prestación de servicios, es decir, desde el 1° de junio de 2012, hasta el 31 de marzo de 2013.

Al hacer las correspondientes operaciones aritméticas, teniendo en cuenta un salario de \$1.792.549, arroja por concepto de cesantías la suma de \$1.493.791, por primas de servicios \$1.493.791, la compensación de vacaciones por el valor de \$746.895, y por intereses del auxilio de cesantías la suma de \$179.255, para un total de \$3.913.732, monto que se observa muy inferior al valor liquidado por el juez de primera instancia, lo que impone modificar las condenas impuestas.

Halla justificación la diferencia en las liquidaciones en primera y segunda instancia, en que a pesar de haberse manifestado por el juez en sus consideraciones el pago de prestaciones sociales y vacaciones por parte de las empresas de servicios temporales, al calcular las condenas por concepto de auxilio de cesantías tuvo en cuenta los extremos desde el 2009 al 2013. Adicionalmente en que en esta instancia se advierte el pago por estos conceptos a cargo de las cooperativas.

En cuanto a la excepción de prescripción declarada probada parcialmente por el juez de primera instancia, lo primero que precisa esta Sala es que resulta inane pronunciarse al respecto, en la medida que el juez declaró prescritas las acreencias causadas con anterioridad al 2 de mayo de 2011 a excepción de las cesantías, pero en esta instancia judicial se ha comprobado que la demandante recibió pago de prestaciones y vacaciones durante el tiempo que estuvo vinculada a través de empresas de servicios temporales y por cooperativas, quedando solo pendiente las acreencias causadas a partir del 1° de junio de 2012, es decir, con posterioridad a la data de prescripción.

No obstante, a título académico esta Sala responde el cuestionamiento del recurrente referido a que la excepción de prescripción formulada por una de las entidades vinculadas, no podía hacerse extensiva a CAPRECOM entidad que no contestó la demanda, pues los medios exceptivos sólo cobijaban a la parte que las invocaba. Al respecto debe recordar esta Corporación que conforme a auto adiado seis (6) de diciembre de 2017, visible a folio 426 del expediente, la entidad S&A SERVICIOS & ASORIAS S.A.S fue vinculada al proceso en calidad de Litisconsorcio necesario y de conformidad con el artículo 61 del CGP del cual se hace uso por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás, llamado por la doctrina "*comunidad de suerte*"¹, luego al haberse formulado por la vinculada la excepción de prescripción resultaba ineludible el estudio del mencionado fenómeno jurídico con relación a las condenas impuestas a CAPRECOM, que en el presente no hace mella por cuanto los valores adeudados fueron causados con posterioridad a la data fijada por el juez como extintiva del derecho.

9.4.- De la consulta de la sanción moratoria Decreto 747 de 1949

Vale recordar que la sanción no opera de manera automática, sino que es menester que en cada caso el Juez laboral examine la conducta del empleador

¹ LOPEZ BLANCO, HERNAN FABIO; Código General del Proceso, parte general; edición 2019; pag.365.

público para establecer si su condición de deudor moroso respecto de quien trabajó a su servicio tiene una explicación atendible.

Del material probatorio arrimado al proceso, se observa que entre las partes se suscribieron diversas modalidades contractuales desde el año 2009, en los que la demandada desconoció la normatividad legal al superar el tiempo establecido en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, las prohibiciones del trabajo cooperado y el ropaje de contrato de prestación de servicios con el que disfrazó la genuina relación de trabajo, en tanto, como quedó anotado, CAPRECOM siempre ejerció subordinación sobre la demandante, situación que desnaturalizó las diversas vinculaciones, para dar paso al contrato de trabajo en aplicación al principio de la primacía de la realidad.

De lo anterior, considera la Sala que no se puede predicar la buena fe de la demandada, toda vez que se valió de diferentes forma de vinculación para obtener los servicios de la demandante, desconociendo las reglas para la contratación de las empresas de servicios temporales, con las cooperativas de trabajo asociado y posteriormente de prestación de servicios, lo cual denota cómo la entidad demandada desde el inicio de la contratación de la actora, lo hizo para el ejercicio de una actividad permanente de la Entidad, pues sus funciones no se vieron variadas ni modificadas con el transcurrir del tiempo. Lo anterior deja ver que la intención de CAPRECOM era burlar las obligaciones prestacionales propias del contrato de trabajo, ya que la prestación de servicio por parte del demandante se hizo con presencia de los elementos del contrato de trabajo de manera reiterada, lo que impone confirmar el reconocimiento de la sanción moratoria.

Ahora bien en grado de consulta esta Sala modificará la condena por sanción moratoria, en la medida que la misma fue reconocida en razón de un día de salario desde el 1 de julio de 2013 hasta el pago de las prestaciones sociales adeudadas, cuando lo procedente es reconocer la sanción hasta la liquidación de la entidad demandada, puesto que a partir de la declaración de liquidación y cierre de ésta, no es posible imputar una conducta provista o desprovista de buena fe, por no existir en el plano jurídico, tal como fue señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL981-2019, Radicación No 74084, de fecha 20 de febrero de 2019, Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. Luego entonces la sanción moratoria correrá desde el 1 de julio de 2013, hasta el 27 de enero de 2017, fecha del acta final del proceso liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM EICE en liquidación hoy PAR CAPRECOM Liquidado.

9.7 De los aportes a seguridad social en pensiones

Sobre este tópico, no entiende esta judicatura como se ordenó el pago del cálculo actuarial desde el 26 de octubre de 2009 hasta el 31 de marzo de 2013, cuando la demandante desde su escrito inaugural solicitó dicho reconocimiento a partir de 1° de abril de 2011, por reconocer que desde el 26 de octubre de 2009 hasta el 30 de marzo de 2011 estuvo vinculada a través de las empresas de servicios temporales, quienes asumieron el pago de los aportes correspondientes.

En cuanto al periodo en que la actora estuvo ligada a través de contrato cooperado y por prestación de servicios, es decir, desde el 1° de abril de 2011 hasta el 31 de marzo de 2013, no hay evidencia del pago de aportes, haciendo procedente su reconocimiento.

Todo lo anterior impone modificar la decisión tomada por el juez de primera instancia en relación con el reconocimiento del cálculo actuarial, por cuanto el acervo probatorio demuestra el pago de aportes desde el 26 de octubre de 2009 hasta el 30 de marzo de 2011, a cargo de las empresas de servicios temporales, por lo que se señalará que el pago del cálculo actuarial por concepto de aportes a cargo de CAPRECOM, lo será del periodo comprendido entre el 1° de abril de 2011 hasta el 31 de marzo de 2013.

9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Costas a cargo de la parte demandante ante la no prosperidad de su recurso de apelación, se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a un (1) SMMLV, en favor de la demandada CAPRECOM.

10. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR LOS ordinales tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena de fecha 19 de febrero de 2019, en el proceso ordinario laboral seguido por MONIKA JUDITH CABRERA GIRADO en contra de PAR CAPRECOM LIQUIDADO, en su lugar se dispone:

- a) **CONDENAR** a la demandada PAR CAPRECOM LIQUIDADO a pagarle a la demandante MONIKA JUDITH CABRERA GIRADO las siguientes sumas: \$1.493.791, por concepto de cesantías; \$1.493.791 por concepto de primas de servicios; \$746.895 por concepto de compensación de vacaciones; y \$179.255 por concepto de intereses sobre auxilio de cesantías.
- B) CONDENAR** a la demandada PAR CAPRECOM LIQUIDADO a pagarle a la demandante MONIKA JUDITH CABRERA GIRADO, a título de indemnización moratoria, un día de salario por cada día de retardo, en razón de \$59.751, desde el 1° de julio de 2013, hasta el 27 de enero de 2017.
- C) CONDENAR** a la demandada PAR CAPRECOM LIQUIDADO a cancelar el cálculo actuarial por aportes a pensión a partir del 1° de abril de 2011 hasta el 31 de marzo de 2013, teniendo en cuenta un salario de \$1.792.549, de conformidad con las anotaciones dadas en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en costa a la parte demandante, se fijan como agencias en derecho una suma equivalente a un (1) SMMLV en favor de la demandada PAR CAPRECOM LIQUIDADO.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devolver en su oportunidad el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado Ponente

MARGARITA ISABEL MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada

LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado

Firmado Por:

FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ MEDINA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 LABORAL DE CARTAGENA

LUIS JAVIER AVILA CABALLERO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE
CARTAGENA-BOLIVAR

MARGARITA ISABEL MARQUEZ DE VIVERO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 LABORAL DE CARTAGENA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ae501a25884ff69ef8719d7dbf8956d7c8caf0b1a620ddce558766f4a2a03259

Documento generado en 17/06/2021 12:01:18 PM