

TEMA: AUXILIO ESPECIAL DE TRANSPORTE - Al trabajador le corresponde probar que recibió efectivamente beneficios extralegales de manera habitual y constante, mientras que el empleador deberá demostrar que ellos no retribuyeron directamente el servicio, so pena de que se declare su naturaleza salarial. / **DESPIDO INDIRECTO** - Se debió probar sin duda alguna la imposibilidad de reubicación de la trabajadora en un cargo que, implicara mayor flexibilidad horaria, para cumplir con sus obligaciones como mujer y madre. / **SOLIDARIDAD** - La solidaridad del beneficiario de la obra realizada por el trabajador, no se presenta automáticamente, o en todos los eventos, sino exclusivamente cuando las labores desempeñadas por el empleado no sean ajenas al giro ordinario de sus negocios. /

HECHOS: Pretendió la demandante, mediante la presente acción judicial se estableciera que existió un despido indirecto con el pago de la indemnización correspondiente, para lo cual, los señores Paternina y Acosta son deudores de las obligaciones de la accionada, conforme el artículo 36 del CST. Que Comfama fue beneficiario de la labor realizada por la codemandada y por tanto, es deudora solidaria. Igualmente pretendía la declaratoria que el “auxilio especial de transporte” pagado en la relación laboral constituía factor salarial, y el reajuste en el pago de: Cesantías, Intereses a las cesantías, Indemnización por el no pago integral de los intereses a las cesantías, prima de servicio, vacaciones, aportes en pensión, la sanción del artículo 65 del CST, la indexación. En sentencia el Juzgado Veintitrés Laboral del Medellín, resolvió declarar probadas las excepciones propuestas de: buena fe, inexistencia de la solidaridad, absolviendo a los demandados de las pretensiones interpuestas en su contra. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si los valores pagados como “auxilio especial de transporte”, constituía o no, factor salarial; si hubo o no despido indirecto; y si hubo solidaridad existente entre Comfama y Sumimedical.

TESIS: De manera general y reiterada, los deponentes resaltaron la excelencia de la demandante en el momento en el desempeño de sus labores, sus capacidades tanto administrativas como en calidad de revisora que la hicieron sobresalir sobre sus pares para desempeñar otras funciones diferentes a las de medicina general, pese a ser ése su título profesional(...) Jefes y compañeros de trabajo conocieron la situación de salud de la hija de la demandante y la imposibilidad de cumplir horarios fijos. De lo anterior, e independientemente a las funciones que se le hubieren asignado a la demandante en el desempeño de su labor, hay dos puntos importantes para resaltar por este juez plural y que, se encuentran enunciados por todos los declarantes: 1. La demandante informó de la situación de salud de su hija, lo que llevó a la empresa a otorgar la posibilidad de trabajo en vía remoto, bien desde su casa o desde la clínica cuando la menor se encontraba hospitalizada. 2. El trabajo de la demandante siempre fue sobresaliente. 3. La empleadora conocía que la trabajadora era madre soltera. (...) Es cierto, que uno de los elementos, sin duda de la relación laboral es la subordinación. Empero, sus límites son el honor, la honra, la dignidad y por supuesto, los derechos mínimos del trabajador, a quien como extremo débil de la relación laboral se protege, precisamente para evitar, que, en atención a esa facultad organicista y rectora del empleador, se desdibujen los derechos inherentes al ser humano. Se insiste, que la potestad no es ilimitada ni arbitraria, pues se restringe al respeto a los derechos fundamentales del trabajador, a su honor y dignidad, de la manera como lo describe el artículo 23 del CST literal b), y se precisó en la sentencia C 397 de 2006 (...) la demandante, se encontraba además en una situación especial frente a sus demás compañeros de trabajo, pues conocido por todos era, que su hija, contaba con una situación particularmente difícil, con una patología compleja, que requerían que la demandante, madre soltera, estuviese en su compañía, y ante las constantes recaídas en la salud de la infante, presta para dar su apoyo físico y emocional(...) La condición de madre de la demandante, soltera, la patología de su hija y la

imposibilidad de cumplimiento de horarios fijos, catalogaban a la trabajadora en una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual, la empresa accionada debía, aportar al plenario una prueba contundente de la imposibilidad que esta continuara en las condiciones en que estaban prestando el servicio (...) pese a la resaltarse en su trabajo por sus habilidades, la demandante se encontraba en una notoria desigualdad ante los demás médicos generales, dicha desigualdad, no era otra que su calidad de madre soltera, acompañante de su infante enferma con la imposibilidad de surtir sus actividades laborales en horario rígido, situación conocida por su empleador, por lo cual esta Sala de discusión se aparta de las conclusiones arribadas por el juzgador de primera instancia, pues más allá de entenderse que la empleadora tuvo un acto de solidaridad, debe tenerse en cuenta que el trabajador, como ser humano autónomo e independiente deber ser tratado con la dignidad y el respeto que su integridad merece y las particularidades de su núcleo familiar, con lo cual, al no tener la posibilidad de asistir a su hija enferma, el ius variandi del empleador violentó la dignidad de la trabajadora configurándose con ello, un despido indirecto, pues en atención a la perspectiva diferencial de género desde el ámbito probatorio, al pertenecer a una categoría sospechosa, se debió probar sin duda alguna la imposibilidad de reubicación de la trabajadora en un cargo que, implicara mayor flexibilidad horaria, para cumplir con sus obligaciones como mujer y madre. (...) se revocará la absolucón impuesta para en su lugar declarar que la señora María del Pilar López terminó la relación laboral que la unía con Sumimedical por causa imputable al empleador (...) al trabajador le corresponde probar que recibió efectivamente beneficios extralegales de manera habitual y constante, mientras que el empleador deberá demostrar que ellos no retribuyeron directamente el servicio, so pena de que se declare su naturaleza salarial, así en la sentencia SL4313-2021 (...) Considera la Sala que la pasiva fue inferior a la carga probatoria que sobre este tema la obligaba, más aún cuando en los interrogatorios de parte los accionados expusieron que el pago fue constante para todos los que realizaban la actividad de revisores, y pese a que la demandante trabajaba desde casa se le continuó reconociendo, por lo cual, es menester realizar la reliquidación de los conceptos salariales adeudados de la demandante y la revocatoria de la sentencia de primera instancia frente a su absolucón. (...) la solidaridad del beneficiario de la obra realizada por el trabajador, no se presenta automáticamente, o en todos los eventos, sino exclusivamente cuando las labores desempeñadas por el empleado no sean ajenas al giro ordinario de sus negocios. (...) dentro del objeto social de Comfama, determinado en la ley 21 de 1982, se encuentra el cumplimiento de las funciones de seguridad social, y, para el desarrollo de dicho objeto social se hace imperioso la contratación de personal médico, por lo cual, la labor desempeñada por la demandante si era parte del desarrollo del objeto social de Comfama, haciéndose con ello, solidariamente responsable de cara a lo establecido en el artículo 34 del CST Y SS. (...)

M.P: JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

FECHA: 13/06/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, trece (13) de junio del año dos mil veinticuatro (2024)

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05001310502320160093201, promovido por la señora **MARÍA DEL PILAR LÓPEZ MUÑOZ**, en contra de **SUMIMEDICAL SAS, CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFAMA, JORGE LUIS ROCHA PATERNINA, EDUARDO JAVIER ACOSTA DÍAZ** y en donde se llamó en garantía a **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA, LA PREVISORA SA**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, frente a la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...” se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **140**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, mediante la presente acción judicial se estableciera que existió un despido indirecto con el pago de la indemnización correspondiente, para lo cual, los señores Paternina y Acosta son deudores de las obligaciones de la accionada, conforme el artículo 36 del CST. Que Comfama fue beneficiario de la labor realizada por la codemandada y por tanto, es deudora solidaria. Igualmente pretendía la declaratoria que el “auxilio especial de transporte” pagado en la relación laboral constituía factor salarial, y el reajuste en el pago de: Cesantías, Intereses a las cesantías, Indemnización por el no pago integral de los intereses a las cesantías, prima de servicio, vacaciones, aportes en pensión, la sanción del artículo 65 del CST, la indexación y las costas del proceso.

Expuso como fundamento fáctico de lo pretendido, que sostuvo una relación laboral con SUMIMEDICAL desde el 19 de octubre del año 2011 hasta el 31 de mayo del año 2015, así: desde 18 de octubre del año 2011 (contrato COMFAMA 13638), desde 15 de febrero del año 2012 (contrato 14800), contrato a término fijo por un año entre el 16 de febrero de 2013 y el 16 de febrero del año 2014, contrato a término fijo entre el 16 de febrero del año 2014 y 15 de febrero del año 2015 extendido hasta el 15 de abril del año 2015, contrato a término fijo con duración a un año, entre el 15 de abril del año 2015 y el 16 de abril del año 2015 que se extendió hasta el 15 de febrero del año 2016. Argumentó que, en el transcurso de la relación laboral, desempeñó el cargo de: médica general, auditora médica, gestión humana y el 30 de mayo del año 2015 se cambió nuevamente a médica general, pasando de tener un horario variable a uno fijo. Expuso, que el salario recibido fue de \$2.175.000 para el primer contrato, y el 1 de diciembre del año 2012 se aumentó el salario en \$3.100.000 cuando fue nombrada como auditora, y pese a que desempeñaba sus funciones desde casa, se asignó un auxilio de transporte en suma de \$240.00. En el año 2014 el salario básico ascendió a \$3.262.970 permaneciendo incólume el auxilio de transporte y 11 de febrero del año 2015 se incrementó el básico en \$3382400 y el auxilio de transporte en \$250.000 mensuales.

Narró que durante la relación laboral recibió órdenes tanto de Comfama como de los accionados. Adujo que el empleador en el transcurso de la relación laboral, hizo uso del *ius variandi* de manera abrupta, en contra de su estabilidad emocional, sus ingresos y su núcleo familiar, pues los nuevos horarios le imposibilitaban estar pendiente de su hija que estaba delicada de salud. Ante esa situación, presentó renuncia motivada el 31 de mayo del año 2015, pues ante el conocimiento de ser degradada nuevamente al cargo de médica general no podría estar atenta a las necesidades de su hija.

Admitida la demanda, las pasivas dieron respuesta al libelo genitor, todas oponiéndose a las pretensiones de la demanda y proponiendo las siguientes excepciones de mérito:

Sumimedical ahora SAS. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa, buena fe, inexistencia de la solidaridad con los antiguos socios de la limitada, inexistencia de la solidaridad del artículo 34 del CST, falta de despido, inexistencia de acoso laboral.

Comfama. Alego Inexistencia de la solidaridad, buena fe, el auxilio especial de transporte no constituyó factor salarial, inexistencia de despido indirecto. Llamó a su vez en garantía a Compañía de Seguros Generales Suramericana SA y La Previsora SA.

Jhon Jairo Ospina Vargas y Jorge Luis Rocha. Propuso prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de la solidaridad, pago, falta de despido, inexistencia del acoso laboral.

Las llamadas en garantía ejercieron así mismo su derecho a la contradicción y defensa, sujetándose a las pólizas suscritas.

En sentencia el Juzgado Veintitrés Laboral del Medellín, resolvió declarar probadas las excepciones propuestas de: buena fe, inexistencia de la solidaridad entre COMFAMA Y SUMIMEDICAL SAS y entre éstas y los socios Jorge Luis Rocha

Paternina y Eduardo Javier Acosta Díaz, propuestas por las llamadas en garantía. Absolvió a los mencionados de las pretensiones interpuestas en su contra.

Condenó a la demandante en costas del proceso.

Como fundamento de lo decidido, expuso que, no existió solidaridad entre SUMIMEDICAL Y COMFAMA SA, pues la labor ejercida por la demandante era extraña al objeto social de Comfama quien además tampoco ejerció poder subordinante sobre ella. Sobre Jorge Luis Rocha Paternina y Javier Acosta Díaz, y la solidaridad con SUMIMEDICAL, consideró que, como socios conforme al artículo 36 del CST son solidariamente responsables hasta el monto de sus aportes, pues para el momento de los hechos la sociedad era LTDA. En atención al despido indirecto expresó, el empleador, hizo uso debido al *ius variandi*, por lo cual, no hubo despido alguno, ni tampoco hubo persecución laboral o acoso contra la demandante, pues no se degradó en sus funciones ni se dieron funciones diferentes, y por el contrario, se vio una actitud arrogante de la trabajadora en la presentación de su renuncia. Finalmente, sobre el valor del auxilio especial de transporte, concluyó que se pagaba en atención a su situación, para desplazarse o bien a lugares de prestación de servicio o a llevar a su hija al médico.

APELACIÓN

La parte demandante expresó su descontento con la sentencia proferida, por ser contrario a lo probado en el proceso, lo cual, argumentó de la siguiente manera:

En primer lugar, se aparta que no se haya tomado el auxilio de transporte como concepto salarial, pues si se pacta que algún rubro es no constitutivo de salario, debe tomarse lo demostrado en el proceso, que es, que éste se pagaba así la trabajadora no se tuviera que transportar a ninguna parte y si bien en sentencia se informó que dicho valor era para transportar la demandante a su hija al hospital, aclara que el auxilio de transporte es para las labores y no para las actividades personales. Peticionó que se tenga en cuenta las colillas arrimadas al proceso en donde se puede ver que el auxilio de transporte aparece en el momento en que es

ascendida de médica genera a médica auditora, y se continúa pagando incluso en momentos en que la trabajadora estaba incapacitada y mientras trabajaba desde casa, o desde el momento en donde se estaba brindando atención a su hija enferma. Este valor que se pagaba como auxilio de transporte no era más que el valor de más que se pagaba a los médicos auditores según el testimonio de la señora Diana Rodríguez quien explicó, que cuando ella ascendió a medica auditora su salario aumento en \$120.000.000 por lo menos, por tanto, a su sentir no tiene coherencia que dicho valor se pague mientras el trabajador está incapacitado, pues no se transporta a ningún lugar, con lo que indica que la sentencia proferida se basó en las formas y no en la realidad probada en el proceso. Recordó que la demandante presentó su carta de renuncia en 2014, y no se aceptó sino, que se aumentó el salario, pero no se aumentó la base salarial, sino, el auxilio de transporte, por lo tanto, considera, que la sentencia le dio la espalda al acervo probatorio, debiendo reliquidar las prestaciones y condenar a las sanciones de mora.

En lo que tiene que ver con el despido indirecto, mayor punto de disenso, manifiesta que, no se tuvo en cuenta ninguna de las pruebas recaudadas, ni tampoco la misma contestación de SUMIMEDICAL LDA en donde se reconoce que la demandante fue ascendida a médica auditora, por lo que constituye un rango superior a los demás médicos, y cuando se le devuelve de ese cargo, situación que fue expresada por todos los testigos sin excepción, se degradó para aburrirla como evidentemente sucedió. Recalcó que el dicho de las partes no puede valorarse como testimonio, pues la razón de la prueba es constituir confesión. Argumentó que el empleador instó a la trabajadora a presentarse en un horario porque sabía que ella no podía hacerlo, pues ante la enfermedad de su hija no podría asistir, y en efecto, una vez renunció a los pocos meses murió su hija. Por eso, expone que no puede inferirse que hubo solidaridad por parte del empleador, pues el *ius variandi* fue inconstitucional, en contra de los derechos como mujer y madre. Peticionó se formule sentencia de segunda instancia con equidad de género, que le permita a la demandante reivindicarse como mujer y madre, ante el cambio de horario tan riguroso que le impedía estar con su hija agonizante, situación que conocía su empleador y se indicó en su carta de renuncia. Finalmente llamó la atención que se indique que el cargo de “auditora médica” no es un ascenso por no estar

escalafonado, pero por el grado de responsabilidad que trae, y su incremento salarial, sumado a que Comfama solicito reducir el número de auditores a tres médicos, escogiendo aquellos que tenían una especialización o posgrado en auditoria médica o experiencia mayor a 5 años, pero el doctor Alberto Florez infirió en su declaración que la entidad no solicitó ese cambio, pues que fue SUMIMEDICAL quien finalmente decidió quién podría seguir en el cargo.

Se opuso a la absolución de la solidaridad de Comfama, e invitó a la lectura de los convenios para constatar la solidaridad.

ALEGATOS

El apoderado de la parte actora, en sus alegaciones petición se tenga en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia del artículo 77 del CPT Y SS. Solicitó se apoye la sentencia en la perspectiva de género, ante la desatención de dicha situación por el juzgador de primera instancia, pues se cimentó la decisión en fragmentos de los testimonios de quienes se encontraban activos en la empresa accionada y en las declaraciones de los representantes legales de las accionadas a quienes también identificó como “testigos”. Reiteró la petición realizada en el recurso de alzada, frente a la valoración de la prueba recaudada en el proceso, recalcando los mismos puntos de controversia que infirió en su intervención oral. Replicó que el auxilio de transporte tenía la orientación de retribuir el servicio de la trabajadora- Recalcó los mismos argumentos del recurso de apelación y expresó que la carga probatoria del carácter no salarial del auxilio recaía en el extremo pasivo, sin que baste con ello lo expresado en el contrato de trabajo. Sobre las sanciones moratorias peticionadas indicó que la actuación de SUMIMEDICAL no puede enmarcarse en la buena fe contractual, pues se maquilló la asignación salarial de manera temeraria y desleal, por lo que debe confirmarse que los socios son solidarios y declararse la responsabilidad con COMFAMA. Finalmente, solicitó que se revoque la sentencia y se ordene lo pretendido.

Comfama solicitó se tenga en cuenta que la trabajadora era muy apreciada en su lugar de trabajo, que sus labores nunca fueron desmejoradas, no tenía estudios ni

especializaciones en auditoría médica, se cumplió con todas las obligaciones que se tenían. Recordó como el auxilio de movilidad fue implementado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, cuya razón era el desplazamiento periódico de trabajadora a los distintos puntos de trabajo y si bien se encontraba en teletrabajo, ese acto de solidaridad no puede tomarse para el reajuste de las prestaciones sociales. Aclaró que SUMIMEDICAL siempre tuvo plena independencia técnica, financiera y administrativa en las relaciones laborales con Comfama, pues tuvo a su cargo la selección de los empleados de carácter administrativo, autonomía, reglamento interno de trabajo, siempre cumplieron el pago de prestaciones sociales y salarios, resolvieron contratos de manera autónoma, y siempre tuvieron coordinadores que sirvieron de apoyo. Dentro del sistema de seguridad social integral, las cajas de compensación familiar administran recursos parafiscales pagados por las empresas afiliadas. Por lo tanto, no existió ninguna solidaridad entre SUMIMEDICAL y COMFAMA puesto que sus actividades, estructuras y razones sociales con completamente diferentes, lo que hace inaplicable en el caso de la referencia lo señalado en el artículo 34 del C.S.T, en tanto solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

La llamada en garantía Previsora SA, alegó que la trabajadora renunció de manera libre y voluntaria sin que mediara discriminación alguna, y más aún no se probó incumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación laboral. Desde el acuerdo de voluntades se había previsto que el auxilio de transporte no constituía salario. No se evidenció ninguna conducta de las establecidas en la Ley 1010 de 2006. Sobre el *ius variandi* indicó que no hubo por el empleador engaño ni fuerza alguna, y es un derecho legítimo del empleador, que requería la presencia física de la trabajadora en el lugar de trabajo, y la trabajadora no hizo uso de los mecanismos alternativos del comité de convivencia para atender los reclamos. Reiteró que la actitud del empleador siempre fue revestida de buena fe y que, Comfama no fue empleadora de la demandante ni encargada del pago de los salarios, por lo cual, no se puede atribuir a ésta sanción moratoria alguna, que no se ve por demás con SUMIMEDICAL. Reiteró que no se encuentra acreditados los elementos del artículo 34 del CST para que se configure la solidaridad pretendida, pues debe

probarse que la obra o labor contratada pertenece al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo, y que se pruebe la causalidad entre éstos.

Sobre la póliza, indicó la falta de vigencia de la misma, pues entre el 16 de febrero de 2015 a 15 de febrero del año 2016 no había póliza vigente. Narró los límites asegurados, las coberturas de las mismas, el límite asegurado, solicitando que se absuelva a la llamada en garantía de las pretensiones invocadas en su contra.

Seguros Generales Suramericana SA, petición se confirme la sentencia de primera instancia, pues la parte demandante no probó el despido indirecto que el empleador incurriera en las conductas descritas en el artículo 62 del CST, se logró demostrar que el auxilio especial era de carácter no salarial, no se demostró la solidaridad entre SUMIMEDICAL SAS y Comfama, existió buena fe de las demandadas, hubo prescripción de los derechos reclamados. Adujo que al momento de resolverse lo pretendido, debe tenerse en cuenta la póliza en todo lo cual están contenidas las condiciones aplicables al contrato de seguro.

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si los valores pagados como “auxilio especial de transporte”, constituía o no, factor salarial y de ser así si se deben reliquidar las prestaciones sociales de la demandante y los aportes pagados en pensión. Y si hubo o no despido indirecto ante la variación de las labores encomendadas a la trabajadora, sanción del artículo 65 del CST.

La solidaridad existente entre Comfama y SUMIMEDICAL, de prosperar ello, las pretensiones reversicas de llamamiento en garantía.

Como problema jurídico asociado, determinar los límites del *ius variandi* y la perspectiva diferencial de género.

DE LA PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIOS DE PARTE

Testimonios

Sandra Eugenia Vieira Montoya.

Trabaja con la accionada desde el año 2008, conoció a la demandante, la cual, hacía parte del equipo de “validadores”, que era un grupo de médicos que aprobaba las historias clínicas, las órdenes y demás, no como médica general, dentro de su labor auditaban y revisaban. Entre el cargo de médico general y la labor de auditor no había diferencia salarial alguna. La labor de la demandante era la evaluación del médico, de cómo realizaba la función, cómo llenaba las historias clínicas. Para ello, debía ser un médico con condiciones muy buenas. En SUMIMEDICAL no había que tener auditor. Ella era una evaluadora y era normal que a los médicos no les gustaba las valoraciones que la demandante realizaba. Ella laboró en la Sede de Sabaneta y después ante la calificación como una de las mejores pasó a valorar la pertinencia médica, que consiste no en revisión en “caliente”, sino la valoración posterior de la labor del médico, especialista o no. El subsidio se le daba a los validadores porque tenían que desplazarse a otra sede, que era la de Sabaneta. La demandante trabajaba desde la casa, porque no era necesario que estuviera en la sede, incluso, otras personas que realizaban la misma labor, también trabajan desde casa. En atención a que se canceló el servicio de validadores, se devolvió a los médicos a la labor de médicos generales, por lo cual, finalmente la demandante terminó laborando haciendo inducciones a los médicos nuevos. Con la supresión de este proceso se vieron afectados 4 médicos más que pasaron a ser médicos generales nuevamente, y perdieron con ello el auxilio de transporte que, era pagado solo a los asesores. La deponente era, la jefa directa de la demandante. Hubo días que, en atención de la necesidad del servicio, los médicos valoradores debían parar la gestión que estaban realizando para atender consulta. Dijo, que algunas veces debían ir a las sedes, esa era la naturaleza del auxilio de transporte. El validador terminó en el año 2015 y la pertinencia médica continuó hasta el año 2016, con tres médicos más, pero la demandante pasó a inducción a médicos. Quien tomó la decisión que ella realizaría la inducción a médicos y no continuaría con la pertinencia médica fue la deponente.

Diana Patricia Rodríguez Mojica.

Trabajó con la demandante, aclaró que lo que se auditaba era apoyado en unas guías médicas que se daban. La validación era la auditoría en línea, en el mismo momento en que se estaba dando la revisión médica. Cuando la deponente llegó al área ya estaba la demandante y trabajaban en esa área otras personas. Los auditores trabajaban desde la casa, cuando era el comité de historias clínicas. Solamente una vez tuvieron que ir por contingencia una vez a efectuar labores de médicos generales. El trabajo de auditor médico era continuo porque tenía que efectuarse todo el tiempo. La demandante era la más experta en el área de validación, y los únicos requerimientos era la experticia y que fueran buenos para el cargo. El estado de salud de la hija de la demandante era conocido por todos. Con el Doctor Flórez se hacían asesorías respecto a las validaciones médicas, él era el apoyo del área y hacía parte de COMFAMA. cuando pasó de ser médica a auditoría médica su salario incrementó. Las condiciones de salud de la hija de la demandante siempre fueron muy graves.

Alberto Flórez Hernández.

Trabaja en Comfama. Explicó que hacer auditoría no significa ser auditor, pues cualquier médico puede inferir si los procedimientos que se efectúan son correctos o no, pero para ser auditor se necesita un conocimiento especial, un posgrado. La demandante hacía una especie auditoria sin ser auditora y revisión de historias clínicas. El equipo de validación eran cinco médicos, y lo realizaban sobre médicos pares. La inducción de los médicos la hacía SUMIMEDICAL. La revisión en “caliente” de la atención ya no se realiza, pero la validación de historia clínica continúa realizándose. Sabía que no existía escalafón de mayor salario, pero que les daba un auxilio económico adicional. Cuando se terminó la validación de las historias clínicas SUMIMEDICAL fue quien tomó la decisión de quienes continuaban en la actividad y quienes no, pero el prerrequisito era que fueran médicos pares y no que tuvieran la especialización en auditoria en salud. SUMIMEDICAL informó los cambios que había efectuado en los cargos. Comfama no solicitó que la demandante fuera removida del cargo. El validador

termino 2013 o 2014 y la figura de auditor siguió hasta la finalización del convenio, para este cargo, se requería ser médico, pero el empleador era libre de determinar si exigía o no los estudios de auditoría, es decir, esa situación era potestativa.

Luisa Fernanda Giraldo Henao.

Es directora administrativa, trabajó con la demandante. Sobre ésta, indicó que empezó como médica general y de ahí pasó a validadora con 5 personas más. Este cargo de validación empezó y finalizó por solicitud de Sura. Cuando finalizó los que tenían especialización en auditoría pasaron al proceso de auditoría, u homologar el título de auditor por 5 años de experiencia. La demandante no quedo en este proceso porque no tenía ni el título ni la experiencia en los procesos por 5 años. No había diferencia salarial entre un cargo y otro. La demandante trabajaba desde la casa porque tenía una situación que ameritaba más tiempo de ella con su familia. El médico general tenía una única asignación salarial. La jefa de la demandante cuando renunció era Paola Fonseca. Cuando la demandante inició con el proceso de formación siguió con el mismo salario, y se le reconocía desde la casa el tiempo que efectuaba. Explicó que cuando estaba en el área de validación había cosas que podía hacer desde la casa, pero cuando pasó al área de formación podía hacerlo desde la casa, pero una vez consolidado todo el proceso, debía de manera presencial dar los apoyos, capacitaciones, por eso trabajaba lunes martes y miércoles en la mañana y miércoles hacía todo el día jueves en toda la tarde, por ello lunes y martes tenía las tardes libres y jueves y viernes mañana libres sin trabajar los sábados. Cuando este proceso terminó se programó algo que se llama reinducción que era para personas que necesitaban fortalecimiento en algunas áreas, para lo cual se le ocuparon las tardes libres de los lunes y martes y jueves y viernes en la mañana; ahí empezaron los problemas porque ella necesitaba algunas tardes libres para estar con su hija en ese momento, entonces lo que se necesitaba del cargo ella no lo podía suplir. La demandante en las tardes libres se le reconocía ese tiempo en la casa, porque ella tenía que construir los temas a tratar en las capacitaciones. Para ese momento ella recibía el pago del auxilio de transporte. El proceso de inducción y reinducción no cumplió con su cometido por los horarios. En el cargo de inducción la demandante no tenía horas extras.

Paola Isabel Fonseca.

Conoció que la demandante inició la relación laboral para desempeñar el cargo de médica general, y tuvo diferentes actividades ante las habilidades específicas que demostró, pues tenía una buena gerencia. Explicó que, la demandante apoyo en el proceso de inducción y reinducción. Se removió de esa función porque no tenía la posibilidad horaria de estar disponible para la realización de cada una de las inducciones en el tiempo. La deponente fue quien organizó la carta de la modificación de funciones y horario y explicó que, se quiso referir a que a no tenía la flexibilidad del cargo, pero fue clara en que, pese a lo que dice la misiva, no fue Comfama quien solicitó el cambio, sino, que todo obedecía a los requerimientos que en conjunto se cumplían al cliente. El pago de la demandante continuaría incólume. La demandante tenía flexibilidad horaria. La demandante ocasionalmente debía trasladarse a otros lugares.

Interrogatorio de parte.

En atención a lo establecido en el artículo 191 del CGP, de los interrogatorios en el margen de la actividad procesal, se extraen las siguientes confesiones:

Jorge Luis Rocha Paternina.

- La demandante trabajó como medica laboral mediante varios contratos.
- En las funciones que la demandante tenía fue asesora, que fue un cargo que se creó para la ejecución del cargo de médico como tal.
- La demandante trabajó desde la casa en un tiempo y desde la clínica otro tiempo cuando tuvo problemas con su hija.
- La demandante recibía solo órdenes de SUMIMEDICAL.
- Desde la casa como asesora de medicina general ella efectuaba estos trabajos y el trabajo se valoraba por indicadores de gestión.
- Conoció que la hija de la trabajadora tenía unos problemas graves de salud, y como era la demandante madre soltera, se le proporcionó facilidades para el trabajo remoto.

- No tiene comentario negativo del trabajo de la demandante.
- La demandante revisaba los indicadores de gestión de los demás médicos.
- La demandante mientras estuvo con la actividad de asesor se le canceló el subsidio especial de transporte, el cual, no se pagaba cuando atendía consulta.

Eduardo Javier Acosta Díaz.

- SUMIMEDICAL tenía ciertos médicos que siendo médicos generales hacían las veces de auditoría médica que corresponde a la revisión de los procesos de la empresa y la demandante tenía como función revisar los procesos de los médicos y efectuar validación y asesoría.
- La demandante ejerció la función de asesoría desde el año 2012 hasta el año 2014.
- La demandante revisaba los procedimientos que efectuaba el médico general y llegaban a un consenso se hacía revisiones y llegaban a unos acuerdos.
- La señora López Muñoz prestó servicio desde su hogar de residencia de la o desde la clínica, podría haber sucedido que asesorara las funciones de especialistas.
- Conocían el estado de salud de la hija de la demandante, y en razón de ello, permitieron que trabajara de manera remota.
- Buscaron una solución con la trabajadora para que continuara laborando y por eso se permitió el trabajo remoto.
- El beneficio de transporte se daba para los que tenían que seguir trasladando, y cuando empieza a trabajar desde casa, se decidió no quitárselo.

Representante legal Comfama María Claudia Gómez.

- Comfama nunca solicitó que específicamente a la trabajadora se le cambiaran las labores, pero si se requirió un cambio en las funciones específicas de auditoría, entre 2014 y 2015.

- Alberto Flórez Hernández daba precisiones y lineamientos puntuales de cómo se realizaban los informes a Comfama.

Interrogatorio de parte de la demandante.

- Inicialmente el contrato de trabajo era medio tiempo y después trabajó tiempo completo.
- El contrato culminó en mayo del año 2015.
- Comfama nunca le realizó pagos, el único idóneo para dar respuesta en el área de auditoría era el señor Alberto Flórez.
- Trabajó 8 meses en casa, como todos los asesores/ auditores.
- El último contrato que suscribió fue a término fijo para el cargo de médica general.
- Nunca protestó por el pago del denominado “auxilio de transporte”.
- Cuando aumentó de medio tiempo a tiempo completo aumento su salario.
- La motivación de su renuncia fue haber perdido las garantías que dio en su momento SUMIMEDICAL.

Los testimonios recepcionados en la actividad procesal, pese a la tacha impuesta por el procurador judicial de la parte actora fueron claros, coherentes y espontáneos explicando las razones de sus dichos, sin que exista motivo alguno para restar credibilidad en sus exposiciones, pues el sometimiento a la esfera organicista de un empleador no es óbice para poder reproducir ante el juzgador las condiciones de tiempo modo y lugar que conoció respecto a un caso específico.

Despido indirecto.

Preliminarmente, debe indicarse, que se encuentra debidamente probada la existencia del vínculo contractual suscrito entre las partes, y aceptada de la manera en que fueron descrito, mediante sendos contratos así:

- **Obra o labor determinada** para personal médico, obra ejecución del contrato 13638 con Comfama, cargo médico general, contraprestación de \$2.175.000, inicio 18 de octubre del año 2011.

- **Obra o labor determinada** para personal médico, obra ejecución del contrato 14800 con Comfama, cargo médico general, contraprestación de \$2.325.000, inicio 15 de febrero del año 2012.
- **Contrato a término fijo a un año** personal médico, inicio de labores el 16 de febrero del año 2013, duración 365 días, finalización 15 de febrero del año 2014, asignación salarial \$3.175.640.
- **Contrato a término fijo a un año** inicio de labores el 16 de febrero del año 2014, duración 365 días, finalización 15 de febrero del año 2015, cargo: médico general, asignación salarial \$3.262.970.
- **Contrato laboral a término fijo inferior a un año,** desde el 15 de abril del año 2015, por 306 días hasta el 15 de febrero del año 2016, en el cargo de “médico general”, con asignación salarial de \$3.500.000.

Nótese, como en el transcurso de la relación laboral, por demás no interrumpida, se designó en el pliego contractual siempre la labor de: “medica general”, empero, fueron varias las funciones que desempeñó la demandante, siendo pertinente el estudio de la permanencia de las funciones de cara a las pretensiones invocadas.

Se recuerda, que, el artículo 164 del Código General del Proceso establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y el artículo 167 ibídem consagra el principio de la carga de la prueba que se explica afirmando que al extremo activo le corresponde demostrar los supuestos fácticos en los cuales funda su pretensión y al demandado los hechos en que finca la excepción.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el principio universal de la carga probatoria, y ha explicado con claridad, que quien afirma una cosa está obligado a probarla. Es, así pues, como quien pretende o demanda un derecho debe alegarlo, y adicionalmente, debe demostrar los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga probatoria al demandado cuando éste se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos

fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado (sentencia de 5 de agosto de 2009, Expediente 36.549).

El contrato de trabajo, es un acuerdo celebrado entre dos partes, una de ellas denominada trabajador y otro empleador, donde el primero presta personalmente sus servicios, orientado bajo la subordinación hacia el segundo, y recibiendo una contraprestación denominada salario y ante la aceptación de la existencia de la relación laboral, basta con determinan las causas que le dieron origen a la misma que imputa la demandante a su empleador.

En la sentencia SL 4886 de 2020 precisó el Alto Tribunal, lo siguiente:

“...Ahora bien, cuando la decisión del trabajador corresponde a una renuncia motivada, aquel estará en la obligación de demostrar los hechos en los que se funda y que imputa al empleador, caso en el cual, de lograrlo, la consecuencia no será otra sino desatar los efectos económicos que están previstos para el despido injusto a cargo del empleador en los términos del citado artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo o aquellos pactados extralegalmente por las partes.

Precisamente, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, con justa causa, o lo que es lo mismo, el “despido indirecto”, la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de señalar que se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal B) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el 62 del Código Sustantivo del Trabajo y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador.

Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando es el empleador quien rompe el vínculo contractual en forma unilateral invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho

del despido y el empresario las razones o motivos por él señalados (CSJ SL16561-2017, CSJ SL12499-2017, CSJ SL15927-2017, CSJ SL16281-2017, CSJ SL16373-2017, CSJ SL14877-2016, CSJ SL14877-2016, CSJ SL, 22 abril 1993 radicado 5272, reiterada en sentencia CSJ SL, 9 agosto 2011, radicado 41490 y CSJ SL18344-2016)...”.

Criterio reiterado en sentencia SL 417 de 2021, Radicado 71672 donde se sostuvo:

“...En todo caso, es oportuno señalar que la Sala ha adoctrinado que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras).

En esta última providencia referida se indicó:

“Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272) ...”.

No se discute en el proceso que la demandante radicó misiva de terminación de contrato de trabajo por justa causa imputable al empleador, siendo el aspecto controvertido el relativo a la existencia de tales justas causas.

La señora María del Pilar López Muñoz, expuso a su empleador en la misiva que expresó su voluntad:

“las circunstancias hacen que yo no pueda continuar trabajando para usted, porque la falta de garantías me hace IMPOSIBLE regresar debido a la vulneración de mis derechos de manera reiterativa.

Le solicito por favor tramitar mi liquidación teniendo en cuenta que tenemos actualmente un contrato a término fijo celebrado entre las partes que va desde el 16 de abril de 2015 hasta el 15 de febrero del año 2016 y que ustedes lo incumplieron de acuerdo a lo anteriormente señalado, ya que me obligaron a presentar mi carta de renuncia siendo víctima de ACOSO LABORAL”.

Dentro de la muy extensa narración de los hechos, adujo que el detonante de la decisión no es otro que la recepción del escrito que cambia el oficio y el sitio de trabajo, teniendo como base los siguientes argumentos:

- Ante su excelente desempeño se le propuso realizar las funciones de auditora médica, posteriormente ingresó al equipo médico de validador, y ante los cambios que se dieron en la empresa quedó como la única y, por ende, capacitó a los nuevos auditores.
- Desde agosto del año 2014 desempeñó sus funciones desde casa ante el deterioro de la salud de su hija, situación de conocimiento de la empresa, encontrándose en incapacidad de cumplir horarios laborales, pero sin detrimento de sus responsabilidades.
- En abril del año 2015 se le informó que, había sido trasladada al área de gestión humana, sin explicación alguna, con la finalidad de realizar inducción a los médicos nuevos que ingresaban a la compañía.
- El cambio dado en el mes de abril afectó negativamente la salud de su hija, no pudo realizar horas extras por lo cual se disminuyeron sus ingresos, se dejó de pagar el auxilio de transporte que se venía pagando, no tenía las herramientas tecnológicas necesarias, no se le dio ingreso al sistema en su calidad de capacitadora, ni tenía un lugar en dónde desempeñar las funciones.
- Finalmente expuso actos intimidatorios dirigidos a causar angustia y descontento.

Debe centrarse la sala en un primer momento, en que, en efecto en el contrato de trabajo de la demandante se expresa con total claridad:

“EL EMPLEADOR queda facultado, en uso de su poder subordinante, para cambiar de oficio o asignar funciones diferentes a las inicialmente pactadas, o cambiar jornadas, siempre que el cambio no afecte la dignidad el TRABAJADOR ni implique desmejora en sus condiciones laborales o salariales.”

La misiva a la que hace referencia la demandante y que, aduce cambió sus condiciones laborales de manera definitiva, se allegada al proceso, y enuncia lo siguiente:

Asunto: Cambio de oficio y de sitio de trabajo

La Cláusula 1ª, parágrafo II: del contrato de trabajo que usted tiene celebrado con **SUMIMEDICAL LTDA** como médica general señala expresamente: *“El EMPLEADOR queda facultado, en uso del poder subordinante, para cambiar de oficio o asignar funciones diferentes a las inicialmente pactadas, o cambiar jornadas, siempre que el cambio no afecte la dignidad de EL TRABAJADOR ni implique desmejora en sus condiciones laborales o salariales”* y La cláusula 3ª del contrato de trabajo que usted tiene celebrado con **SUMIMEDICAL LTDA** como médica general señala expresamente: *“No obstante, expresamente se conviene por las partes que LA EMPRESA puede trasladar a EL TRABAJADOR a otro CIS en la misma ciudad o en otra ciudad del país en caso de que el contrato de COMFAMA se amplíe o prorrogue incluyendo otras sedes diferentes a las iniciales. Para el traslado se tendrá en cuenta la necesidad del servicio y que con el cambio no se afecten las condiciones salariales, los derechos y la dignidad de EL TRABAJADOR”*.

Sumimedical reconoce el esfuerzo y dedicación que ha demostrado en el proceso actual y es consciente de su buen desempeño durante el tiempo que lleva en la empresa; sin embargo, para el proceso que fue asignada hace poco tiempo, no hemos encontrado la adaptación al perfil que requiere ese servicio y la satisfacción de nuestro cliente, que también nos hizo la solicitud expresa. En uso de la facultad legal que tiene todo empleador de cambiar de oficio o de lugar de trabajo con base en el principio legal denominado *“ius variandii”* me permito notificarle que a partir del día lunes 1º de junio de 2015 usted continuará prestando sus servicios como médica general en el CIS SABANETA en el siguiente horario:

Lunes 6:00 – 13:00
Martes 12:00 - 21:00
Miércoles: 13:00 – 21:00
Jueves: 6:00 – 12:00 13:00 – 19:00
Viernes: 13:00 – 19:00
Sábado: 6:00 – 14:00 (Cada 15 días)

En lo demás, continuará vigente su contrato laboral.

Cordialmente,



JORGE LUIS ROCHA PATERNINA
Gerente

pues expresó, no fue el encargado de su realización sino, que simplemente la firmó. Por ende, para entender el contexto del cambio de función al que se sometía a la demandante, se remite la Sala a las declaraciones recibidas en el proceso y que fueron en sus puntos neurálgicos resaltadas con antelación, y de los cuales, se concluye lo siguiente haciendo ilación de lo escuchado:

De manera general y reiterada, los deponentes resaltaron la excelencia de la demandante en el momento en el desempeño de sus labores, sus capacidades tanto administrativas como en calidad de revisora que la hicieron sobresalir sobre sus pares para desempeñar otras funciones diferentes a las de medicina general, pese a ser ése su título profesional. Por tanto, se asignó la función de revisar, examinar, inspeccionar, a sus pares, en el momento en que se encontraban en consulta con el paciente, en los aspectos referentes a las disposiciones dadas para el manejo de tratamientos, órdenes médicas y otros, pasando, con el tiempo, a la revisión del trabajo de un grupo médico mayor, entre ellos, especialistas, labor que era realizada bajo la denominación de “validadora”. Pese a que esa área continuó por un tiempo más, (de acuerdo a la señora Sandra Eugenia Viera Montoya), se determinó que la demandante no seguiría en ese cargo, sino, que pasaría a la parte de inducción, decisión que la señora Sandra Eugenia tomó como jefe de la demandante. El señor Alberto Flórez Hernández, quien dió fe de la calidad de la labor de la demandante en el equipo de validadores, explicó que para ser médico auditor se requiere posgrado, empero, para el equipo de validación en el que estaba la demandante, no se necesitaba ello, pues se realizaba sobre médicos que eran sus pares, y aclaró que Comfama no solicitó el cambio de la demandante en esa área. Y la señora Paola Isabel Fonseca quien, además, fue la autora material de la misiva que informa el cambio de oficio de sitio de trabajo, explicó que la demandante no tenía la posibilidad de continuar con las capacitaciones al no tener flexibilidad horaria, por lo que se removió de la función, y se pasa a médica general, y que cuando se dice que no cumple con la función del cargo, es a ello que se le requiere (horario), pero que Comfama no hizo la solicitud expresa de cambio. Jefes y compañeros de trabajo conocieron la situación de salud de la hija de la demandante y la imposibilidad de cumplir horarios fijos.

De lo anterior, e independientemente a las funciones que se le hubieren asignado a la demandante en el desempeño de su labor, hay dos puntos importantes para resaltar por este juez plural y que, se encuentran enunciados por todos los declarantes:

1. La demandante informó de la situación de salud de su hija, lo que llevó a la empresa a otorgar la posibilidad de trabajo en vía remoto, bien desde su casa o desde la clínica cuando la menor se encontraba hospitalizada.
2. El trabajo de la demandante siempre fue sobresaliente.
3. La empleadora conocía que la trabajadora era madre soltera.

Sobre estos puntos inquietantes, debe explicarse lo siguiente:

Es cierto, que uno de los elementos, sin duda de la relación laboral es la subordinación. Empero, sus límites son el honor, la honra, la dignidad y por supuesto, los derechos mínimos del trabajador, a quien como extremo débil de la relación laboral se protege, precisamente para evitar, que, en atención a esa facultad organicista y rectora del empleador, se desdibujen los derechos inherentes al ser humano. Se insiste, que la potestad no es ilimitada ni arbitraria, pues se restringe al respeto a los derechos fundamentales del trabajador, a su honor y dignidad, de la manera como lo describe el artículo 23 del CST literal b), y se precisó en la sentencia C 397 de 2006, que declaró exequible ésta disposición:

*“8. Una de las manifestaciones notables del poder subordinante del empleador en la relación laboral es el llamado *ius variandi* o facultad de modificar las condiciones de trabajo del trabajador, en cuanto al modo, lugar, tiempo o cantidad de trabajo, la cual debe ser ejercida con un criterio razonable y, por tanto, sin arbitrariedad, con sujeción a los límites constitucionales antes indicados. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado en forma reiterada lo siguiente:*

*‘El *ius variandi* es una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados; que se concreta en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo. Sin embargo, como en reiteradas ocasiones lo ha resaltado la Corte Constitucional, dicha potestad no es absoluta, puesto que está limitada*

por los derechos fundamentales de los trabajadores y los principios y valores constitucionales, específicamente, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y los principios consagrados en el Artículo 53 de la Constitución Política”.

Es, por ende, que el “*Ius Variandi*”, no puede entonces ser ejercido por el empleador de manera indiscriminada, sino, atendiendo a razones objetivas y válidas, ya sean de índole técnica, operativa, organizativa o administrativa que lo hacen ineludibles o al menos justificable. En el caso que nos ocupa, para el cambio de la función de “revisora” en el que se encontraba la demandante, no había una razón técnica o administrativa justificada, para que, dentro del grupo médico que ejercía esa función y que iba a ser reducida solo a tres, no se resguardara a la demandante, pues la supresión de la señora López Muñoz de dicho grupo de trabajo no fue requerida por Comfama como lo narró equivocadamente SUMIMEDICAL, más aún cuando la labor efectuada por la demandante había sido notablemente buena, y, se insiste, para esa función no se requería el cumplimiento de pre requisito académico que le excluyere, pues recaía exclusivamente en el empleador decidir quién continuaba allí.

Y es que la demandante, se encontraba además en una situación especial frente a sus demás compañeros de trabajo, pues conocido por todos era, que su hija, contaba con una situación particularmente difícil, con una patología compleja, que requerían que la demandante, madre soltera, estuviese en su compañía, y ante las constantes recaídas en la salud de la infante, presta para dar su apoyo físico y emocional, evidenciándose en la foliatura algunos apartes del proceso hospitalario para el año 2014. Recordemos, que el trabajador, dentro de su individualidad, debe ser tomado como individuo y no, como mercancía. El ser humano, más que el obligado a la prestación de servicio a cargo de una remuneración económica, debe ser entendido, como un todo aquello que lo une a la esencia del ser, es decir, más que un engranaje de la parte productiva de la que toma mano el empleador para el desarrollo de su objeto social, o su actividad económica, debe ser visto como el sujeto detrás de la actividad, en su dignidad, su núcleo familiar, y su valor como titular de derechos. Y es que el respeto al trabajador va más allá de la dignidad de

éste en la explotación de la autosatisfacción personal en un oficio, sino, en las particularidades propias de su raza o género, o núcleo familiar.

La condición de madre de la demandante, soltera, la patología de su hija y la imposibilidad de cumplimiento de horarios fijos, catalogaban a la trabajadora en una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual, la empresa accionada debía, aportar al plenario una prueba contundente de la imposibilidad que esta continuara en las condiciones en que estaban prestando el servicio, sin que así lo fuere, pues se resalta que si bien en los contratos suscritos se denomina que fue contratada con la única finalidad de ser “médica general”, la realidad de lo acontecido dentro de la relación contractual es que en atención a sus habilidades particulares las funciones otorgadas fueron de tipo administrativo, gestor, revisor, por ende, para la suscripción del último contrato, del 15 de abril del año 2015, pliego contractual por demás igual al que suscribió cuando fue revisora, encontró con extrañeza que las condiciones se cambiaron pues ya estaría en el área de gestión humana.

Revisada a la demandante en atención a su situación particular, debe recordarse que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC 2287 de 21 de febrero de 2018, radicación 25000221300020170054401, señaló que “...*Juzgar con perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro. Juzgar con perspectiva de género es, a juicio del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, tener consciencia de que, ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, como ocurre con la situación de la mujer en los eventos de violencia entre parejas de casados o compañeros permanentes. El funcionario judicial, entonces, tiene el deber de aplicar el derecho a la igualdad en sus decisiones e introducir ese enfoque diferencial para disminuir la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles, lo cual implica romper los patrones*

socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre–mujer que, en principio, son roles de desigualdad...”.

En la misma providencia se indicó que “...Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar...”.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconoce que la perspectiva de género integra la dimensión formal y material de implementar en el proceso medidas tendientes al logro de una igualdad real y efectiva, que garantice una especial protección a la histórica discriminación, en este caso, de la mujer trabajadora, imponiendo al Juez identificar las situaciones de poder y de desigualdad estructural de las partes en litigio, no para actuar en forma parcializada, ni de conceder sin miramientos los reclamos de personas o grupos vulnerables, sino de crear un escenario apropiado para que la discriminación asociada al género no dificulte o frustre la tutela judicial efectiva de los derechos. (Sentencia SL 2936 de 2022).

Por su parte la Corte Constitucional explicó que la violencia contra la mujer no ha sido ajena a la administración de justicia, pues las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación al confirmar patrones de desigualdad. Para contrarrestar lo anterior, estableció unas subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando los siguientes deberes concretos de la administración de justicia:

- i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres;*
- ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferente;*
- iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género;*
- iv)*

evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales e; ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres (CC T-012 de 2016).

Bajo los anteriores derroteros, y pese a la resaltarse en su trabajo por sus habilidades, la demandante se encontraba en una notoria desigualdad ante los demás médicos generales, dicha desigualdad, no era otra que su calidad de madre soltera, acompañante de su infante enferma con la imposibilidad de surtir sus actividades laborales en horario rígido, situación conocida por su empleador, por lo cual esta Sala de discusión se aparta de las conclusiones arribadas por el juzgador de primera instancia, pues más allá de entenderse que la empleadora tuvo un acto de solidaridad, debe tenerse en cuenta que el trabajador, como ser humano autónomo e independiente deber ser tratado con la dignidad y el respeto que su integridad merece y las particularidades de su núcleo familiar, con lo cual, al no tener la posibilidad de asistir a su hija enferma, el *IUS VARIANDI* del empleador violentó la dignidad de la trabajadora configurándose con ello, un despido indirecto, pues en atención a la perspectiva diferencial de género desde el ámbito probatorio, al pertenecer a una categoría sospechosa, se debió probar sin duda alguna la imposibilidad de reubicación de la trabajadora en un cargo que, implicara mayor flexibilidad horaria, para cumplir con sus obligaciones como mujer y madre.

Consagrándose pues, una de las causales expuestas en la misiva indicada por la trabajadora, y ante la confesión en su interrogatorio que fue ese el eje central que la llevó a presentar su carta de renuncia, se hace innecesario el estudio de las demás razones plasmadas en la misiva.

Así las cosas, se revocará la absolución impuesta para en su lugar declarar que la señora María del Pilar López terminó la relación laboral que la unía con SUMIMEDICAL por causa imputable al empleador, por lo cual, se condenará a la accionada al pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST.

Ahora, en atención a que los contratos fueron sucesivos, continuados, se constata una única relación contractual, pues pese a la oposición dada por la pasiva sobre este tema, la liquidación final de prestaciones sociales aportada al proceso no es coherente con ningún extremo dado de los contratos suscritos, ya que, se enuncia la liquidación sobre una fecha de ingreso de 19/10/2011 y final de 30/05/2015 sobre 582 días de vacaciones, que, tampoco se compadecen de los contratos firmados, más aún, nunca se puso en entredicho la continuidad de la trabajadora en la empresa por lo tanto, en atención al principio de la realidad sobre las formas, establecida en el artículo 53 superior, se constata que entre las partes existió una única relación laboral.

AUXILIO ESPECIAL DE TRANSPORTE.

Alega la demandante, que desde el 1 de diciembre del año 2012 cuando paso sus funciones mutaron, se inició el pago de una asignación que se denominó “auxilio especial de transporte”. En el efecto, de los testimonios arrimados se constata que dicho valor se paga a las personas que tienen en su cargo la función de revisar y auditar el trabajo de los demás. Empero, mientras la parte sostiene la calidad de componente salarial de éste, la pasiva disiente.

El Código Sustantivo de Trabajo consagra en el artículo 127:

*“ELEMENTOS INTEGRANTES: constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, **sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones”*

La misma normatividad en el artículo 128, sobre los pagos no constitutivos de salario, establece que:

*“No constituyen salario las sumas que **ocasionalmente y por mera liberalidad** recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.*

Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.” (Subraya y resalto propio).

De lo anterior, se concluye que para que un pago sea considerado factor salarial se requiere que el mismo sea cancelado de manera habitual, periódica y no ocasional ni por mera liberalidad del empleador; que sea retributivo de los servicios desarrollados por el trabajador; y que constituya un beneficio para éste, generándole ingresos que le permitan enriquecer su patrimonio; elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario o no, ello más allá del acuerdo que las partes determinen, pues al ser una cláusula contraria a los principios del derecho laboral, se entendería como no escrita.

Al respecto, La CSJ SCL en SL 1616 Rad. 86856 del 11 de mayo de 2022 M.P GERARDO BOTERO ZULUAGA consideró lo siguiente:

...

*“De suerte que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, o en su defecto que se generó **por la labor prestada, para que a éste le corresponda acreditar que los reconocimientos al trabajador estaban dirigidos a otro propósito y no a la retribución directa del servicio, pues de lo contrario deberá asumir los efectos jurídicos que se generan frente a un pago de naturaleza salarial...**”.*

La misma Corporación en SL 1662 Rad. 70544 del 05 de mayo de 2022 M.P GERARDO BOTERO ZULUAGA señaló:

Bajo el anterior escenario, resulta pertinente traer a colación lo adocinado por esta Corporación sobre la exégesis de los artículos 127 y 128 del CST, entre otras, en la sentencia CSJ SL5621- 2018, reiterada en la CSJ SL4850-2019, en las que se analizó un caso análogo frente a la misma entidad enjuiciada y donde de igual forma se reclamaba que el «estímulo al ahorro», era factor salarial; en aquella oportunidad se sostuvo:

Para responder al reproche planteado por el recurrente en este aspecto, se hace necesario recordar que esta Sala ha dicho de manera reiterada y pacífica que la facultad prevista en la Ley 50 de 1990 artículos 14 y 15, que modificaron los

artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo, no consagran la libertad al empleador o a las partes para determinar que un pago remuneratorio del servicio personal deja de serlo por virtud de ese acuerdo.

Esta Sala en la sentencia SL7820-2014 radicación n.º 438 del 18 de junio de dos mil catorce 2014, acerca de la interpretación del artículo 127 del C.S.T. expuso:

(....)

En la sentencia SL9827-2015 radicación n.º 46167 de 29 de julio de 2015, sobre el alcance del artículo 128 del CST, esta Sala de la Corte, explicó:

Ahora bien, la Corte ha sido enfática y clara en precisar que las cláusulas de exclusión salarial, pactadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no deben ser admitidas inexorablemente por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y «...no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen.» (CSJ SL, 12 feb. 2003, rad. 5481, CSJ SL, 12 jul. 2011, rad. 38832, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475).

*De conformidad con lo expuesto, no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, **sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado**, característica que no se predica del estímulo al aborro por cuanto como se indicó, se trató de una suma de dinero que percibió el actor a través de aportes voluntarios que le eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecía, cuyo origen fue la política de compensación salarial que estableció ECOPETROL” (Otras Sentencias al respecto: Radicado 44416, del 2 de agosto de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, y Radicado 35771, del 1 de febrero de 2011, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza).*

Es así, como al trabajador le corresponde probar que recibió efectivamente beneficios extralegales de manera habitual y constante, mientras que el empleador deberá demostrar que ellos no retribuyeron directamente el servicio, so pena de que se declare su naturaleza salarial, así en la sentencia SL4313-2021, señaló:

“Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.// De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador

sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico (CSJ SL986-2021)

Es así como si el demandante acredita que el pago era habitual, periódico y permanente, al empleador le corresponde demostrar que su finalidad era contribuir en la prestación eficiente del servicio, más no su remuneración, y no dar por descontado y en forma automática que dicho pago no es constitutivo de salario (CSJ SL986-2021)” (negrilla fuera del original).

En efecto, desde la nómina 16/12/2012, puede observarse, el pago del concepto: “auxilio especial de transporte”, siendo necesario aclarar, que el auxilio de transporte ordinario, fue creado, por la ley 15 de 1959, con la finalidad de subsidiar al grupo poblacional con ingresos no superiores a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo cual, siendo el salario mínimo para el año 2012 \$566700, y 3 salarios mínimos la suma de \$1.700.100, es claro que, la demandante percibía una asignación salarial muy superior a ésta, por lo que contrario a lo expuesto en las contestaciones de demanda, dicho auxilio no correspondía al instaurado por la ley 15 de 1959, ni tampoco a los enunciados dados en la ley 50 de 1990 artículo 15.

En cabeza del empleador estaba, probar, que ese auxilio especial de transporte era pagado no como compensación salarial, sino, como herramienta para el desempeño de las labores, ante los desplazamientos constantes que, debía realizar la trabajadora. Sin embargo, no existe prueba alguna en el proceso que así lo infiera, pues el traslado de la demandante a las sedes era esporádico, en una ocasión que tuvieron que desplazarse para el Municipio de Rionegro, el mismo empleador proporcionó el vehículo para ello, se pagó incluso mientras laboraba vía remota. Y contrario a lo expuesto por la *a quo*, si ese valor se usaba para desplazarse con su hija sus controles clínicos, es absolutamente claro, que era parte de la retribución de su servicio.

Considera la Sala que la pasiva fue inferior a la carga probatoria que sobre este tema la obligaba, más aún cuando en los interrogatorios de parte los accionados expusieron que el pago fue constante para todos los que realizaban la actividad de revisores, y pese a que la demandante trabajaba desde casa se le continuó reconociendo, por lo cual, es menester realizar la reliquidación de los conceptos

salariales adeudados de la demandante y la revocatoria de la sentencia de primera instancia frente a su absolución.

Solidaridad COMFAMA.

Ahora, la solidaridad tiene tres fuentes, la ley, el contrato y el testamento. En el caso de autos, es claro, que la naturaleza de los contratos suscritos entre SUMIMEDICAL y la demandante, eran consecuentes a los contratos de colaboración inter empresarial para la prestación de servicios de salud, convenios 13638, 15462, 16892, 17951, 16024, cuyos objetos contractuales fueron los siguientes:

Contrato 13638:

“Mediante el presente contrato, el contratista, se obliga para con Comfama, bajo su exclusiva responsabilidad y con sus propios recursos humanos, técnicos financieros y administrativos, a prestar los servicios médicos que se indican a continuación los cuales estarán regidos especialmente a la población adscrita a los Centros integrales de Salud COMFAMA”.

Contrato 15462, 16892:

“El presente contrato de colaboración, tiene por objeto la operación conjunta de actividades para la prestación de servicios de salud bajo las condiciones previstas en la ley los reglamentos, estipulaciones contenidas en este instrumento y anexos a servicios específicos.

Los servicios a los que se refiere el convenio serán brindados a los usuarios adscritos a los Centros integrales de salud Comfama, afiliados al régimen contributivo o subsidiado, programas especiales de salud y a otros definidos por la subdirección de salud COMFAMA y acordados con SUMIMEDICA; en las sedes de COMFAMA; de SUMIMEDICAL o en sedes de COMFAMA, de SUMIMEDICAL o en sedes de terceros, cuando así lo acuerden las partes.”

Contrato 17951, y 16024:

“el presente convenio de colaboración tiene por objeto la operación conjunta de actividades para la prestación de servicios de salud bajo las condiciones previstas en la Ley, los reglamentos y estipulaciones contenidas en este instrumento.

Los servicios a los que se refiere El convenio serán brindados a los afiliados de la EPS del Régimen Contributivo que se encuentren adscritos a los Centros Integrales de salud, CIS de

Comfama como IPS de acuerdo a lo contemplado en el Plan Obligatorio de salud, y a los usuarios de los programas de Ley 21 o especiales de salud, definidos por la Subdirección de Salud en las sedes de COMFAMA de SUMIMEDICAL o en sedes de terceros, cuando así lo acuerden las partes”

Ahora, el artículo 34 del CST reza:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”.

El alcance de ésta disposición advierte, que la solidaridad del beneficiario de la obra realizada por el trabajador, no se presenta automáticamente, o en todos los eventos, sino exclusivamente cuando las labores desempeñadas por el empleado no sean ajenas al giro ordinario de sus negocios. La excepción a la solidaridad, es decir, cuando las labores son ajenas al giro ordinario de los negocios del beneficiario de la obra, fue declarada exequible por la H. Corte Constitucional en la sentencia C 593 de 2014, en donde se reflexionó:

“3.6.1.5 *Se observa entonces que la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, dentro del marco de sus competencias, han aplicado e interpretado la figura de la solidaridad laboral prevista en el artículo 34 del*

Código Sustantivo del Trabajo. A partir de ella, se ha impuesto límites al uso irregular de la contratación independiente, imponiendo el pago compartido tanto del contratista independiente como de la empresa que se beneficia de la labor. De igual manera, como criterio de distinción entre el uso legítimo y constitucionalmente válido de la tercerización y aquél uso irregular y vulneratorio de los derechos de los trabajadores, se encuentra la determinación si el empleado realiza funciones propias del giro ordinario de la empresa o entidad. Esto último, teniendo en consideración el concepto amplio que ha sido acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que para que proceda la figura de solidaridad laboral basta con demostrar que no son labores extrañas al desarrollo de la empresa.

Es por ello que la distinción hecha por la disposición entre aquellos trabajadores del contratista que desarrollen funciones normales y ordinarias de la empresa contratante y aquellas ajenas a la misma, tiene su fundamento en el objeto y fin del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto es, evitar que la referida empresa utilice la llamada tercerización para evadir las obligaciones laborales y esconda verdaderos contratos realidad para desarrollar las funciones o labores que le son propias para cumplir su objeto social.”.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral también ha interpretado los alcances de ésta norma, indicando en las sentencias de radicación 38.651 de 2014, 49.730 de 2016 y SL 715 de 2019 que el presupuesto de la solidaridad **es la afinidad en las actividades desplegadas por el contratista independiente y por el beneficiario**, precisando que aun cuando no se exige identidad, si debe existir correlación entre las actividades.

En el contexto de la subcontratación, aclaró la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3198 de 2019, que el contratista, es un verdadero beneficiario de las labores desempeñadas por el trabajador a través del sub contratista, así:

“En segundo lugar, resulta imperativo recordarle al censor que la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 34 del CST no se predica únicamente del beneficiario directo o dueño de la obra, sino también del contratista independiente y del subcontratista, como quiera que éstos deben ser mirados, asimismo, como beneficiarios de los servicios prestados por el trabajador, así sea de manera indirecta, dado el carácter tuitivo o proteccionista del

derecho laboral, razón por la cual también se torna intrascendente el hecho de que el Tribunal no hubiera efectuado expresamente un análisis tendiente a verificar si Vicon S.A. era la beneficiaria de las labores desarrolladas por el trabajador fallecido”.

En sentencia CSJ SL, 27 oct. 1989, rad. 3321, reiterada en la CSL SL869-2019, rad. 56394, esta Sala adoctrinó:

“La acusación que se le hace al ad-quem de interpretar con error el Artículo 3º del Decreto 2351 165, que modificó al 34 del CS T., se hace consistir en que tal precepto sólo hace solidariamente responsable de los derechos laborales del trabajador al dueño de la obra y al contratista o a aquél y el sub-contratista, mas no al contratista y al subcontratista.

La Sala se permite observar que el Tribunal no equivocó la inteligencia de dicha norma cuando dedujo responsabilidad solidaria del contratista y subcontratista demandados porque analizada detenidamente esa normatividad y desentrañando su espíritu, es necesario concluir que para eventos como el aquí ocurrido, el contratista debe ser mirado, pues realmente lo es, como un beneficiario de los servicios prestados por el trabajador a través del subcontratista ya que no debe perderse de vista el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral; por consiguiente. lo que se predique del contrato entre el dueño de la obra y el beneficiario del trabajo o de la prestación del servicio, en este caso A. l. C. LTDA., no puede perjudicar al trabajador del subcontratista, pues frente a aquél, se repite, el contratista tiene que ser considerado como beneficiario del servicio personal que presta el trabajador como que a la postre se aprovecha, aunque sea indirectamente, de la labor ejecutada por el trabajador, máxime, como se desprende del infolio, la actividad normal de A. l. C. Ltda. pertenece a las normales del codemandado José Darío Mora T aborda. (subrayado fuera de texto)”.

La *a quo* determinó que no existía solidaridad alguna, empero, dentro del objeto social de Comfama, determinado en la ley 21 de 1982, se encuentra el cumplimiento de las funciones de seguridad social, y, para el desarrollo de dicho objeto social se hace imperioso la contratación de personal médico, por lo cual, la labor desempeñada por la demandante **si era parte del desarrollo del objeto social de Comfama,** haciéndose con ello, solidariamente responsable de cara a lo establecido en el artículo 34 del CST Y SS.

Se revocará por ende este punto de la sentencia de primera instancia, declarándose a Comfama solidariamente responsable de las obligaciones que se imputen a cargo de SUMIMEDICAL.

En cuanto a la solidaridad de los señores Jorge Luis Rocha Paternina y Javier Acosta Díaz, declarada en primera instancia, no se puede pronunciar la sala, en razón a que no fue objeto de recurso de alzada dicho punto.

En este punto de la providencia, se hace imperioso el estudio de las excepciones propuestas, encontrándose que la prescripción como fenómeno extintivo establecido en el artículo 151 del CPT Y SS, contó con su cometido de manera parcial, pues presentada la presente acción el 8 de agosto del año 2016 y sin que se infera la existencia de reclamación previa de la trabajadora, se concluye la extinción de los derechos causados con antelación al 8 de agosto del año 2013 frente a la reliquidación del pago de las acreencias laborales causadas como lo son:

Intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicio, situación, que no opera frente a la obligación de pago de mayor valor de los aportes en pensión, pues al ser íntimamente relacionado con el derecho a la pensión de vejez, dicha obligación es imprescriptible, y sobre la reliquidación del pago de cesantías tampoco se ordena su prescripción, pues su causación se da al momento de la terminación de la relación contractual.

Se declarará por ende la prosperidad parcial de la excepción de prescripción.

Teniendo en cuenta lo anterior, y sin que se acreditara por la demandada los periodos pagados a la demandante, pues la liquidación aportada como “liquidación definitiva de prestaciones sociales” no es coherente con las colillas de pago allegadas por la demandante, se ordenará a la accionada a efectuar los cálculos correspondientes a pagar el mayor valor adeudado a la demandante teniendo en cuenta para ello el rubro: “auxilio especial de transporte” como factor salarial.

Como indemnización por despido sin justa causa, sobre un último salario en suma de \$3.750.000, se calcula en la suma de \$10.275.000.

Sanción del artículo 65 del CST.

La indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la Sala Laboral ha precisado, que la imposición de esta, no tienen aplicación automática, pues la buena fe demostrada del empleador es suficiente para eximir de ello.

En sentencia SL 194 de 2019, refirió que es el empleador quien finalmente tiene la carga de demostrar que actuó sin intención fraudulenta, lo cual, había sido objeto de pronunciamiento en sentencia de radicación N° 32.416 de 2010 y en la SL 11436 de 2016, cuando refirió:

“Por lo demás, 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.”

Más recientemente, en la sentencia SL 1639 de 2022, Mp. Gerardo Botero Zuluaga y Fernando Castillo Cadena, se expuso

“Respecto de estas indemnizaciones, la Sala de manera reiterada y pacífica a sostenido que no son de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053- 2018, CSJ SL4515-2020)”

Así mismo ha referido la alta corporación judicial en cita, que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación

del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «[...] otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014). CSJ SL21922-2017, CSJ SL662-2013, CSJ SL21682-2017, CSJ SL14152-2017 y SL10414-2016).

En el caso que ocupa la atención de la sala, a pesar que se está declarando que el auxilio extralegal de transporte se constituye en un factor salarial, no se infiere *mala fe* de la COACCIONADA SUMIMEDICAL, toda vez que este concepto se instituyó en principio debido a los desplazamientos en atención que debía efectuar la accionante para cumplir sus labores, y el hecho que se haya mantenido cuando varió la forma de prestar los servicios laborales, si bien son determinantes para considerarlo factor salarial, no sucede lo mismo con la convicción que ello genere una mala fe, al contrario al mantenerse el mismo se otorgó un beneficio al trabajador.

En lo referente a los intereses a las cesantías, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, ante su ausencia de pago completo, se ordena a la pasiva el importe de un pago igual al debido por ésta suma, toda vez que esta sanción si opera de forma objetiva y automática.

Las condenas impuestas, deberán indexarse al momento del pago, conforme lo preceptuado en la sentencia SL 359 DE 2021, en donde el máximo órgano de cierre de esta especialidad modificó su criterio, ordenando la indexación incluso de oficio, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago e impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo.

Llamamiento en garantía.

Declarándose prospera la solidaridad peticionada en contra de Comfama, procede esta Sala de decisión a dar estudio a la pretensión reversica interpuesta en el

llamamiento en garantía, en contra de Seguros Generales Suramericana S.A y La Previsora SA.

El contrato de seguro de cumplimiento se encuentra regulado en la Ley 225 de 1938 que en su artículo segundo dispone que tal figura contractual tiene como propósito amparar el *“cumplimiento de las obligaciones que emana de leyes y contratos”*. Por consiguiente, el mentado contrato se cataloga dentro de aquellos que denominamos seguros de daños en los términos establecidos por el artículo 1082 del Código del Comercio; pues *“pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro)”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 1999, MP Nicolás Bachara Simancas).

Seguros Generales Suramericana S.A.

Se funda la petición en la póliza 1303164-6 con vigencia de cobertura entre 16 de febrero del año 2015 y el 31 de enero del año 2020, convenio 17951, en donde se enuncia:

“ESTE AMPARO CUBRE AL ASEGURADO CONTRA EL DAÑO EMERGENTE ORIGINADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTA OBLIGADO EL AFIANZADO RELACIONADAS CON EL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO BAJO ESTA POLIZA”.

Queda claro en la póliza descrita que, el afianzado es SUMIMEDICAL LTDA y el asegurado COMFAMA, para lo cual, en atención a la naturaleza del contrato de seguros, queda claro para este despacho que la póliza suscrita amparaba la contingencia del despido de la demandante, que claro está, tuvo lugar el 31 de mayo del año 2015, es decir, dentro del espacio temporal amparado, y, dicha contingencia se encuentra amparada por esa cobertura. En este proceso, era clara la obligación que tenía el afianzado en contratar a su propio personal, y cubrió la fatalidad que se causó.

Es así como se afectó la póliza 1303167-6, de Seguros Generales Suramericana SA, en cuanto a la indemnización por despido injusto, el mayor valor a pagar de la liquidación de primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y el pago doble de éstos y la sanción moratoria que se causó hasta el 1 de junio del año 2017 en adelante, hasta el 31 de enero del año 2020, fecha final de la cobertura y hasta el límite del valor asegurado.

La Previsora SA Compañía de Seguros. Póliza número 3001099 con vigencia de cobertura entre el 29 de mayo del año 2012 y el 17 de febrero de 2016, en donde se ampara:

Cumplimiento del contrato.

Pago de salarios y prestaciones.

*“4. PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES
EL AMPARO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES, CUBRE AL ASEGURADO, CONTRA EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTA OBLIGADO EL CONTRATISTA, RELACIONADAS CON EL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, EN LOS EVENTOS EN LOS QUE PUEDA PREDICARSE LA SOLIDARIDAD PATRONAL DEL ASEGURADO CONFORME AL ARTÍCULO 34 DEL CODIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO Y SE OTORGA BAJO LA GARANTÍA QUE EL ASEGURADO HA VERIFICADO QUE EL CONTRATISTA SE ENCUENTRA CUMPLIENDO CON SUS OBLIGACIONES PATRONALES...”*

Claro está, la póliza 3001631 cobre las contingencias derivadas de la omisión de pago por el mayor valor de los adeudado entre el 28/02/2013 hasta el 17/02/2017 hasta el límite del valor asegurado, sin mérito para la prosperidad de las excepciones propuestas por los llamados.

Es así como se declarará prospera el llamamiento en garantía elevado frente a La Previsora Seguros SA y Seguros de Vida Suramericana, bajo la claridad que la afectación de dichas pólizas irá solo hasta el monto asegurado, y teniendo en cuenta el valor deducible a cargo de Comfama.

Conforme a lo anterior, se **REVOCA** la sentencia de primera instancia en atención a los puntos apelados.

Costas Procesales en primera instancia a favor de la demandante y a cargo de las accionadas.

Sin costas en esta instancia, al salir adelante el recurso propuesto.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, en los puntos apelados.

SEGUNDO: DECLARAR que la relación laboral que unió a la señora María del Pilar López Muñoz con SUMIMEDICAL LTDA y de la cual, son solidariamente responsables hasta el límite de sus aportes los señores Jorge Luis Rocha Paternina y Eduardo Javier Acosta Diaz, culminó sin justa causa imputable al empleador, y por tanto, se condena al pago de \$10.275.000 como indemnización por despido injusto.

TERCERO: DECLARAR que el valor recibido por la trabajadora por concepto de “auxilio especial de transporte” constituía factor salarial, y se condena a la accionada SUMIMEDICAL LTDA. al reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, cesantías, primas de servicio teniendo en cuenta dicha suma, los cuales deberá indexar al momento de realizar el pago efectivo. Así mismo se condena al reajuste en el pago de los aportes en seguridad social ante el fondo pensional en que se encuentre afiliada a la señora López Muñoz.

CUARTO: CONDENAR a SUMIMEDICAL LTDA al pago de un valor igual a los intereses a las cesantías reajustados conforme la ley 52 de 1975.

QUINTO: DECLARAR a COMFAMA solidariamente responsable de las obligaciones ordenadas en el presente proveído.

SEXTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, de la manera descrita en la parte motiva.

SÉPTIMO: CONDENAR a La Previsora Seguros SA y Seguros de Vida Suramericana, a la afectación de las pólizas suscritas con Comfama, reembolsando, los valores que la entidad en atención a la solidaridad ordenada cancele, solo hasta el monto asegurado, y teniendo en cuenta el valor deducible a cargo del tomador.

OCTAVA: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia.

NOVENA: Costas Procesales en primera instancia a favor de la demandante y a cargo de las accionadas.

Sin costas en esta instancia, al salir avante el recurso propuesto.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Se ordena regresar el expediente al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Código de verificación: **6a033a7107805df7bcc554ffc2d5c9e1016784feff43bf9d70a2fab586618f9**

Documento generado en 13/06/2024 03:02:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>