El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, miércoles 17 de julio de 2019.

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00429-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Keterine Lezcano Ospina

Demandado: Lirroy Publicidad SAS y Almacenes Corona SAS

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / ELEMENTOS / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD / FINALIDAD / INTERMEDIACIÓN LABORAL.**

Concebidos los elementos que estructuran el contrato de trabajo, a saber: prestación personal del servicio, subordinación y salario (artículo 23 C.S.T.), su protección legal y Constitucional, pasa, en primer lugar, por asumir como suficiente el primer elemento, para que se entienda gobernado por las normas del C.S.T., gracias a la presunción consagrada en el artículo 24 ibídem, a menos que el sujeto pasivo la desvirtúe, evidenciando, que en la relación convenida con su oponente no se ofreció la subordinación o dependencia, sino otro tipo de patrón de comportamiento contractual, gobernados por otras disciplinas jurídicas.

Como complemento a lo dicho, el legislador laboral ha puesto al servicio de la causa del trabajador, el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por las partes (art. 53 CP) en orden a poner de manifiesto la existencia del contrato de trabajo que subyace, tras la apariencia con que se le pretenda disfrazar en un caso concreto, para que prevalezca la verdad y no la apariencia, como expresión máxima del carácter tuitivo del derecho laboral.

En tal marco de protección, se ubican, también, las normas dirigidas a la intermediación laboral, en las hipótesis previstas o definidas por el legislador, con el propósito de que no se pierda de vista, la calidad de quien en verdad asume el rol de verdadero empleador, en una relación determinada, y como solidario, quien como mero o simple intermediario, se haga pasar como contratista independiente sin serlo, y no anuncie, en cambio, esa específica condición de simple intermediario (art. 34 CST). (…)

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la decisión del juzgado de conocimiento proferida el 27 de junio de 2018 debió ser revocada para en su lugar declarar de oficio la excepción de cosa juzgada constitucional. (…)

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL15882 de 20 de septiembre de 2017, Radicación 51004, refirió que cuando un juez de tutela concede el amparo de forma definitiva, la justicia ordinaria no puede examinar o revivir tales resoluciones, porque frente a ese asunto ha operado la cosa juzgada constitucional. (…)

…cuando los jueces constitucionales, vía tutela, se arrogan la facultad de resolver asuntos laborales con carácter definitivo y no simplemente transitorio, la decisión que de ellos emane no es reformable ni complementable por la jurisdicción ordinaria.

En el anterior orden de ideas, no quedaba otro camino que revocar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para en su lugar declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada constitucional…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy (17) de julio de dos mil diecinueve, siendo las (2:00 p.m.), la Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandante y la codemandada **LIRROY PUBLICIDAD S.A.S.**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 27 de junio de 2018, dentro del proceso que la señora **KATERINE LEZCANO OSPINA** promueve igualmente contra **ALMACENES CORONA S.A.S.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**INTRODUCCIÓN**

La demandante pretende que se declare que entre ella y la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S. existió un contrato de trabajo a término fijo de siete meses entre el 7 de marzo de 2016 y 6 de enero de 2018, el cual fue terminado sin la autorización correspondiente el día 15 de noviembre de 2016, vulnerándosele el fuero de maternidad, siendo la sociedad Almacenes Corona S.A.S. solidariamente responsable. En consecuencia, pide que se condene a reconocer y pagar los salarios correspondientes al período de maternidad y lactancia, cesantías, intereses a las mismas, vacaciones, auxilio de transporte, aportes al sistema general de pensiones, las sanciones por despido sin justa causa y la estipulada en el artículo 239 del C.S.T., la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas procesales a su favor.

Como fundamento a las preinsertas súplicas, aduce que prestó sus servicios personales y subordinados a la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S. mediante la celebración de un contrato de prestación de servicios; que ejecutó las funciones de impulsadora de la marca Corona en el patio constructor de Homecenter entre el 7 de marzo y 6 de octubre de 2016; que estaba sujeta a cumplir las órdenes impartidas por la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S. y el señor Diego Gómez, supervisor de Corona; que por voluntad de las partes y de manera verbal el contrato se prorrogó hasta el 15 de noviembre de 2016; que cumplía un horario de ocho horas diarias de lunes a viernes y cuatro horas los sábados; que la remuneración mensual era de $870.000; que la empresa contratante le pagaba la ARL y salud; que el 22 de agosto de 2016 le comunicó a la señora Lida Eugenia Arroyave Representante Legal de Lirroy Publicidad S.A.S., que se encontraba en estado de embarazo; que el 15 de noviembre de 2016 la sociedad accionada dio por terminado el contrato de prestación de servicios y el 9 de marzo de 2017 dio a luz.

Que ante la terminación de su contrato, instauró acción de tutela en contra de Lirroy Publicidad S.A.S. y la sociedad Sodimac Colombia S.A.; que el constitucional de primer grado concedió el amparo de manera transitoria y ordenó a la primera accionada el restablecimiento de la relación contractual hasta que la justicia ordinaria decidiera de fondo el asunto, así como el pago de los dineros dejados de percibir, y la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral; que la decisión anterior fue impugnada por la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S., motivo por el que el juez de segunda instancia revocó parcialmente la misma, para en su lugar, conceder el amparo de manera definitiva y por el período faltante correspondiente al fuero de maternidad, manteniendo la orden de afiliar a la accionante al Sistema de Seguridad Social Integral.

La sociedad Lirroy Publicidad S.A., contestó la demanda en la que aceptó la prestación personal de servicios de la actora, pero aclaró que fue con ocasión al contrato de prestación de servicios que se ejecutó entre el 14 de marzo y el 14 de noviembre de 2016; que la función era promocionar e impulsar los impermeabilizantes de la marca Corona en las tiendas Homecenter y que no se le impuso el cumplimiento de un horario, pues ella era autónoma en cuanto al tiempo y las estrategias utilizadas para cumplir con el objeto contractual, empero que, sí debía someterse a las políticas de seguridad establecidas por el Departamento de Control Interno de la tienda Homecenter. Aceptó la remuneración pactada, la fecha de nacimiento del hijo de la accionante y la interposición de la acción de tutela, indicando que no se dio cumplimiento al fallo, ante la falta de voluntad de la accionante. Se opuso a las pretensiones de la demanda y no propuso excepciones de mérito, ver folios 80 a 89.

Almacenes Corona S.A.S. se pronunció, manifestando que no tuvo ninguna relación contractual con la accionante y que tampoco se benefició de las actividades ejecutadas por ella, pues en los hechos de la demanda se indica que era impulsadora de la marca Corona en el patio constructor de Homecenter, es decir, en ningún aparte se hace referencia a los Almacenes Corona S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó como excepciones de mérito las que denominó “Prescripción”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva” y “Cobro de lo no debido”, ver fls.184 a 189.

La jueza del conocimiento mediante sentencia el 21 de junio de 2018, declaró que entre la señora Katerine Lezcano Ospina y la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de marzo y el 15 de noviembre de 2016, el cual fue terminado sin justa por el empleador y con ocasión al estado de gravidez de la trabajadora.

Para llegar a esa conclusión manifestó que la prueba testimonial y la aceptación de la accionada, dan cuenta que la actora prestó sus servicios personales a favor de la sociedad, situación que lo hacía merecedora de la presunción contenida en el artículo 24 del CST, misma que no fue desvirtuada por Lirroy Publicidad S.A.S.; al contrario, se logró acreditar que las labores fueron remuneradas y siempre estuvo bajo la continuada subordinación y dependencia de la accionada.

Respecto a los extremos de la relación laboral, indicó que el hito final no había quedado plenamente demostrado, pues ni aun teniendo en cuenta la decisión del juez constitucional que tuteló el derecho a la maternidad de la actora, se pudo establecer con certeza si el embarazo había llegado a feliz término y de ser así, cuándo se había producido el parto, todo para determinar en qué fechas iniciaban la licencia de maternidad y de lactancia. En consecuencia, tuvo como tales, los hitos indicados anteriormente.

En consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la actora $644.910 por concepto de auxilio de transporte; $655.493 por auxilio de cesantías; $54.406 por intereses a las cesantías; $655.493 por prima de servicios; $300.875 por vacaciones; $870.000 y $1.740.000 por concepto indemnización por despido injusto establecido en el artículo 64 y 239 del C.S.T., respectivamente; la suma de $2.842.000 a título de licencia de maternidad; la suma de $29.000 diarios a partir de la ejecutoria de la sentencia por concepto de sanción del artículo 65 del C.S.T., hasta por 24 meses; advirtiendo que para realizar las liquidaciones tuvo en cuenta una remuneración mensual equivalente a $870.000.

Finalmente, negó los aportes a la seguridad social en pensión, argumentando que al plenario no se allegó ninguna prueba del pago de los mismos y en la demanda tampoco se clarificó si lo pretendido era el pago de las cotizaciones directamente a la administradora de pensiones o el reembolso de lo pagado por la actora.

Inconformes con la decisión, la parte demandante y la sociedad condenada presentaron recursos de apelación en los siguientes términos.

La parte actora argumentó que contrario a lo indicado por la juzgadora de primer grado, los hitos de la relación laboral sí quedaron acreditados en el plenario, igual que los pagos que efectuó por concepto aportes al sistema general de pensiones, estos últimos con las planillas que fueron allegadas con la demanda.

La sociedad Lirroy Publicidad S.A.S., manifestó que la actora no recibía órdenes por parte de esa empresa, que el hecho de que cumpliera un horario de trabajo, que por cuestiones de seguridad, fue establecido por la tienda Homecenter y que el promotor de la marca Corona en ese establecimiento de comercio le diera indicaciones, no son indicativos de subordinación, pues según lo considerado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el operador judicial debe examinar todos los medios probatorios para determinar si la prestación personal de tales servicios se ejecutó de manera independiente y autónomo, tal como ocurrió en el presente asunto, pues así lo confesó la actora.

En este estado de la diligencia, se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos de conclusión. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa la formulación de los siguientes problemas jurídicos:

*¿Quedó demostrado que entre las partes existió una relación laboral en los términos establecidos en el artículo 23 del C.S.T.?*

*Según las resultas del anterior interrogante, ¿Quedaron probados los extremos indicados en la demanda?*

*¿Es procedente ordenar el pago de los aportes a la Seguridad Social en Pensiones?*

***CONSIDERACIONES***

Concebidos los elementos que estructuran el contrato de trabajo, a saber: prestación personal del servicio, subordinación y salario (artículo 23 C.S.T.), su protección legal y Constitucional, pasa, en primer lugar, por asumir como suficiente el primer elemento, para que se entienda gobernado por las normas del C.S.T., gracias a la presunción consagrada en el artículo 24 ibídem, a menos que el sujeto pasivo la desvirtúe, evidenciando, que en la relación convenida con su oponente no se ofreció la subordinación o dependencia, sino otro tipo de patrón de comportamiento contractual, gobernados por otras disciplinas jurídicas.

Como complemento a lo dicho, el legislador laboral ha puesto al servicio de la causa del trabajador, el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por las partes (art. 53 CP) en orden a poner de manifiesto la existencia del contrato de trabajo que subyace, tras la apariencia con que se le pretenda disfrazar en un caso concreto, para que prevalezca la verdad y no la apariencia, como expresión máxima del carácter tuitivo del derecho laboral.

En tal marco de protección, se ubican, también, las normas dirigidas a la intermediación laboral, en las hipótesis previstas o definidas por el legislador, con el propósito de que no se pierda de vista, la calidad de quien en verdad asume el rol de verdadero empleador, en una relación determinada, y como solidario, quien como mero o simple intermediario, se haga pasar como contratista independiente sin serlo, y no anuncie, en cambio, esa específica condición de simple intermediario (art. 34 CST).

En el sub-lite, para desatar la controversia se clama tanto, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por las partes (art. 53 CST), en la medida en que la accionada, se defiende, en el sentido de que no celebró el contrato de trabajo que se le endilga en la demanda, sino otro de tipo civil o comercial de prestación de servicios.

Por otro lado, en frente de un entramado de empresas, a las que se vio expuesta la prestación del servicio de la trabajadora, que como en este evento, ejecutó la labor en una gran superficie, en la que se ubicaron múltiples puntos de venta, entre ellos, el lugar de venta de impermeabilizantes, promocionados por aquella.

En consecuencia, tal como se puede apreciar del haz probatorio, alrededor de la gran superficie, giraron otras empresas, con las cuales sostuvo vínculos comerciales, que de manera directa o indirecta, influían en la actividad de la laborante, dado que la dueña de la superficie autorizaba el ingreso del personal, indicaba el horario de atención al público, imponía el uso de uniforme con los logos o distintivos que identifican al patio constructor de la superficie, y capacitaba de manera general a los vendedores.

Y, sin que allí se detuviera la cadena de intermediarios, puesto que la última, o punto de venta (fl. 49) a su turno, contrataba otras compañías, encargadas del mercadeo, la publicidad, etc., hasta arribar a la sociedad demandada, cuyo objeto social era la publicidad y mercadeo, logística y operación de eventos, alquiler de sonido y equipos audiovisuales, campañas publicitarias, distribución de volantes, etc. (fl. 46 vto.).

Es así, como de los dichos de los deponentes, la firma Almacenes Corona S.A., desplegaba allí en el patio constructor de la superficie, sus dependientes: Diego Gómez, Gentil Prieto, en un comienzo, y Abraham Pareja, más tarde, a fin de posicionar y aumentar las ventas de esa marca, por lo que entonces, las funciones de la actora eran la de: promoción y divulgación de los impermeabilizantes de Corona en esa tienda, por cuenta de Lirroy Publicidad, y que tales asesorías consistían en hacerles conocer los beneficios, rendimientos y el precio, pero que la capacitación la realizaba la compañía contratante.

Todos los declarantes, incluida Yuli Verónica Hincapié García, mercaderista en Sodimac, Natalia Andrea Gallego Rojas, ex- compañera de labores de la demandante, pero como impulsadora de pintura, aseveraron que la contratación fue temporal y por medio de contratos de prestación de servicios, celebrados por Lirroy Publicidad S.A.S.

Aunado a tales afirmaciones, se cuenta con el ejemplar de dicho contrato de prestación de servicios, con una duración de siete (7) meses (fls. 22 y ss), sin deducirse allí la fecha inicial, sin embargo, la jueza del conocimiento partió del 7 de marzo de 2016, cual se desprende del documento dirigido por LIRROY Publicidad SAS, a Sodimac Colmbia S.A. (funcionarios de seguridad), en la que le anuncia que a partir de tal calenda y hasta noviembre de ese año, realizará demostraciones de impermeabilizantes Corona en el patio Constructor, y que sus impulsadoras, entre ellas la actora, ingresará, para recomendar los productos 8 horas, de lunes a viernes y los sábados 4 horas (26).

Documento suscrito, el 3 de marzo de 2016, de mayor confiabilidad, que el elevado el 7 de septiembre del referido año a la misma empresa demandada, al jefe de línea Patio Constructor, indicando que desde el 14 de marzo se venía realizando tales demostraciones, para que se aprobara el ingreso a la demandante de lunes a Sábado; naturalmente, que si ya se había elevado esa misma solicitud en marzo, no tenía sentido que se repitiera, seis (6) meses más tarde, con la confusión de que el evento venía desde el 14 de marzo, y no desde el 7 como se anunciara en un principio (fl. 27).

En cuanto a la finalización del mismo, ambas partes contendoras, coinciden con el 14 o 15 de noviembre de 2016, por vencimiento de la prórroga acordada (H. 1 -fol.80; H.4-fol.60).

Lapso que no se podrá extender, como lo solicita la recurrente, parte actora, puesto que sobrada razón le asistió a la primera instancia, cuando aseveró que ni aún con la protección a la maternidad, de que fue sujeta la actora por vía de una acción de tutela, se puede definir ese hito temporal, en la medida en que no se tuvo noticia del día del parto, como indicio para empezar a correr el periodo protegido por el fuero de maternidad.

Sobre este tópico se ahondará, cuando se trate de la sentencia de tutela que como mecanismo definitivo se amparó a la actora.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la demandada, al rebatir la existencia del contrato de trabajo entre los contendientes procesales, se retomará el discurso con el que se diera inicio a las consideraciones, en orden a precisar que no se ofrece margen de duda, en torno a la prestación del servicio de la actora como impulsadora de impermeabilizantes, a fin de dar entrada a la presunción del artículo 24 del CST, quedando a cargo de LIRROY Publicidad SAS, desvanecerla, a cuyo propósito alega que entre ellas medió la existencia del contrato civil o comercial de prestación de servicios, adosado en el plenario a folio 22 y ss., y del cual se ha tratado con profusión en un comienzo, al cotejarlo con la prueba testimonial y demás documentos.

Pese, a que el libelo inaugural de la litis, no estuvo encaminado a que se declarara como empleadora, a persona distinta a LIRROY Publicidad SAS., y que si bien, la otra accionada se llamó a este juicio, en su carácter de solidaria, dada que fue la beneficiaria de los servicios prestados por la actora, declaración ésta que no tuvo eco en la sentencia que se revisa, sin que hubiese sido objeto de reproche por la parte que le desfavoreció este específico pronunciamiento, se pasa por estimar que los sujetos contratantes, son los mismos que integran esta litis.

Aunado, a que la sociedad Lirroy Publicidad SAS, fue la encargada de suministrarle los elementos y pagos (fl.35); que la actora estuvo sometido al cumplimiento de horarios, aunque si bien, pasando un primer filtro por el almacén de cadena, quien controlaba el ingreso del personal, por razones de seguridad, y fijaba el horario para la atención en general del público, como se estila en tales grandes superficies, sin que esto desdiga, la subordinación de la empleada a cargo de Lirroy Publicidad, puesto que evidenciado quedó la permanente dedicación a la labor contratada dentro de una jornada y horario precisos.

Por otra parte, se pretende disfrazar la función de -impulsadora de impermeabilizantes de marca corona, como una actividad temporal, siendo que su necesidad fue permanente, tal cual lo demuestra la prórroga de la duración inicial, amén de que las órdenes las impartía la representante legal, Lida Eugenia Arroyave García, disfrazadas en meras recomendaciones, quien además, autorizaba las ausencias de la actora.

Obviamente, que la disposición de la operaria en lugares de dominio de la empresaria, colocaban a ésta en la situación de subordinante de aquella, pudiendo impartirle órdenes e instrucciones, fijarle horarios, etc., pagarle periódicamente la remuneración.

Puesto que, en la situación de contratista, es con arreglo a la Ley, la que posee el local, los elementos o maquinarias, y en general la que asume los riesgos por cuenta propia, y con autonomía tanto técnica como directiva (art. 34-1 CST), todas ausentes o desprovistas, en la demandante.

Además, a la actora se le cancelaban comisiones, rubro que no se estila por ley a las contratistas independientes, sino a los trabajadores dependientes.

Por ende, no se equivocó la falladora de primer grado, al haber estimado que a las partes la había unido un contrato de trabajo, frente al cual fulminó las condenadas por prestaciones sociales y vacaciones, cuyos montos no se rebate en este grado; así como también, fulminó codena por indemnización por despido unilateral y sin justa causa, puesto que ciertamente, si se repara desde la óptica laboral, como a término indefinido, no se esgrimió, una de las tantas justas causas traídas por el artículo 64 de la materia para justificar la decisión, y si en cambio, se adujera que lo fuera a término fijo, no se trajo el preaviso de que trata el artículo 46 de la misma obra, preaviso que valga rememorar, también se estipuló en el ejemplar civil de prestación de servicios (fl.83).

En cuanto a las demás condenas, aparte de que en el recurso, no milita combate alguno en contra de las mismas, empero, si en gracia de discusión se tuviese que realizar pronunciamiento en torno a ellas, pues, en la impugnación se negó la existencia del contrato de trabajo, y por esa razón se tuviera que abordar las condenas, habría que reconocer que la sentencia de tutela, de la que se derivaron las atinentes a la protección de la maternidad, harían tránsito a cosa juzgada constitucional.

En efecto, la segunda instancia constitucional, amparó de manera definitiva los derechos fundamentales a la protección a la familia, a la vida del menor que está por nacer, el libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada (núm.1o, confirmado en segundo grado), con la modificación de que la protección es “por el periodo faltante hasta lo que esté comprendido por el fuero de maternidad” (fl. 34 vto).

Al efecto, es menester señalar que los jueces de tutela ningún análisis elaboraron en torno a las pruebas que al entender de aquellos funcionarios, abrían el paso a la existencia del contrato de trabajo, entre las partes, a través del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por las partes (art. 53 superior), es más, la segunda instancia revocó la condena relativa a “los montos dejados de percibir durante la interrupción contractual, es decir, desde la fecha en que debió haberse renovado el contrato y hasta la fecha en que se haga efectiva esta decisión”.

Tampoco, se observa que los jueces de tutela, hubiese dispuesto condena por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, por el periodo corrido en vigencia del contrato, esto es, del 7 de marzo al 15 de noviembre de 2016, ni la exposición sobre esa negativa.

De allí que la cosa juzgada constitucional, no tocó con la materia laboral, reglada en el código sustantivo del Trabajo (prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones comunes) por lo que es menester entender que la protección brindada a la mujer gestante, se hizo en la órbita del contrato de prestación de servicios, a la que también se le extiende el capítulo de tal protección contenido en la referida obra sustantiva laboral, cuál se ha determinado en los fallos de la Corte Constitucional (SU 070 de 2013).

Ahora, en lo tocante a que la protección por el periodo del fuero de maternidad, se fulminaría sin orden de indemnización por tratarse de una terminación objetiva, es de ver que esto último no se plasmó en la parte resolutiva. Además, si es entendido que la protección dispensada por los jueces de tutela, no trascendió el marco del contrato civil de prestación de servicios, este también posee su propia terminación objetiva, anotando que como ya se anotará, en el mismo se previó (i) la finalización del contrato por mutuo acuerdo (ii) o en forma unilateral por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, por cualquiera de ellas, (iii) El aviso debe ser 8 días antes de la actividad (cl.8-fl.23).

No escapa tampoco, que el mismo proveído de tutela de segunda instancia, arguyó de manera contradictoria a lo anterior, cuando dijo que “si bien pueden existir causales objetivas para dar por terminada una relación laboral con una mujer en estado de embarazo, esa decisión no es relevante por sí sola, toda vez que se requiere el concepto favorable del Ministerio de Trabajo entidad autorizada para analizar la situación de cada caso concreto y emitir la autorización correspondiente”.

De tal suerte, que (i) al no incluirse en la resolutiva del fallo de tutela la abstención de la orden de indemnización por tratarse de terminación objetiva, *(ii)* ser contradictoria esa negación con otra afirmación plasmada también en la parte motiva y *(iii)* de todas maneras ser alusiva tal situación en el marco del contrato de prestación de servicios, no son vinculantes al juez laboral dichos razonamientos.

Finalmente, si el juez de tutela tuvo por finalidad la protección de la mujer en estado gestante por el periodo del fuero de maternidad, se olvidó concretar en números el valor a que ascendía tal protección, puesto que hacerla sin la respectiva indemnización, equivaldría a no colmar su propósito constitucional, trazado por el propio juez constitucional.

De allí que no ofrece reparo alguno qué tal omisión fuera suplida por el juez ordinario laboral, quien dispuso las condenas indicadas en los numerales 3 y 4 del artículo 239 del CST, como quiera que el juez de tutela, agotó su competencia, sin que el incidente de desacato constituyera el foro indicado para enmendar o complementar los fallos de tutela, dado que la exclusiva finalidad de tales incidentes es la de sancionar con multas y penas privativas de libertad, a los funcionarios o particulares, que no cumplan las órdenes dispensadas en las sentencias de tutela.

Por último, se ordenará, como respuesta al último punto de la inconformidad de la demandante, el reconocimiento de los aportes a pensión entre el 7 de marzo al 15 de noviembre de 2016, si aún no los hubiere realizado la empleadora, en el fondo en que esté afiliada la trabajadora, o elija esta, si aún no lo está.

Tales aportes deberán realizarse teniendo el salario devengado mensualmente por la trabajadora ($870.000) durante el tiempo laborado, acorde con el cálculo que respecto a los mismos, con sus intereses moratorios efectúe Porvenir, entidad de seguridad social que según se informó en la demanda, fue seleccionada por la actora para realizar sus cotizaciones. Para el efecto, el juzgado del conocimiento en el auto que disponga el acatamiento a lo aquí resuelto, oficiará a esta entidad y enviaría los anexos y base para la elaboración de tal cálculo. Una vez, el fondo, efectúe tal cálculo, y se dé a conocer a la obligada, ésta dispondrá de quince (15) días, para que realice el pago de los respectivos aportes.

En cuanto a cualquier otro periodo posterior a la desvinculación, fue ordenado por los jueces de tutela, el cual cursa tránsito a cosa juzgada.

Se confirmará el fallo de primera instancia, con la adición relativa a la orden de sufragar los aportes pensiónales, durante la vigencia del contrato de trabajo, si aún no los hubiere realizado la empleadora.

Costas en esta instancia a cargo de la sociedad recurrente, dada la improsperidad de su alzada.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 3 del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**1. Adicionar** la sentencia dictada el 27 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **Ordenar** a la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S. que proceda a efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones a favor de la señora Katerine Lezcano Ospina, por el período comprendido entre el 7 de marzo de 2016 y el 15 de noviembre de esa misma anualidad, acorde con el cálculo que respecto a los mismos, con sus respectivos intereses efectúe Porvenir S.A. Para el efecto, el Juzgado de conocimiento en el auto que disponga el acatamiento a lo aquí resuelto, oficiará a esta entidad y enviaría los anexos y base para la elaboración de tal cálculo. Una vez, el fondo, efectúe tal cálculo, y se dé a conocer al deudor, éste dispondrá de quince (15) días, para que realice el pago de los respectivos aportes.

**2. Declarar** cosa juzgada constitucional, en lo que respecta a la protección de la maternidad (artículo 239 ordinales 3 y 4).

**3. Confirmar** todo lo demás.

**4**. en esta instancia a cargo de la sociedad recurrente.

Notificación surtida en estrados.

***FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

***ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

 *Magistrada Magistrado*

 Salva voto

Radicación Nro. 66001-31-05-003-2017-00429-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Katerine Lezcano Ospina

Demandado: Lirroy Publicidad S.A.S. y otro

**TEMA: COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, diecisiete de julio de dos mil diecinueve

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la decisión del juzgado de conocimiento proferida el 27 de junio de 2018 debió ser revocada para en su lugar declarar de oficio la excepción de cosa juzgada constitucional.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problemas jurídicos, si:

***¿Se dan los presupuestos para declarar probada la excepción de cosa juzgada constitucional?***

Con el propósito de dar solución al interrogante en el caso concreto, se considera necesario precisar, el siguiente aspecto:

**LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL15882 de 20 de septiembre de 2017, Radicación 51004, refirió que cuando un juez de tutela concede el amparo de forma definitiva, la justicia ordinaria no puede examinar o revivir tales resoluciones, porque frente a ese asunto ha operado la cosa juzgada constitucional. Al respecto dijo:

*“(…) La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los* ius fundamentales*, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal –que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida.*

*La coherencia del sistema jurídico se asegura en la medida en que cada uno de sus enunciados normativos es compatible entre sí, lo cual se vería comprometido si se aceptara que al abrigo de las normas constitucionales un sujeto tiene un derecho pero en el nivel legal no lo tiene. Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.*

*De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución”.*

**EL CASO CONCRETO**

En la narración de los hechos de la demanda y su corrección –fls.2 a 21 y 60 a 65- la señora Katerine Lezcano Ospina, luego de exponer las circunstancias en las que se presentó la relación contractual que aduce haber sostenido con la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S., que según sus dichos finalizó el 15 de noviembre de 2016 por decisión imputable a su aparente empleador, informó que el 2 de diciembre de 2016 decidió acudir a la acción constitucional de tutela al considerar que la referenciada entidad vulneraba sus derechos fundamentales a la protección de la familia, vida del menor que está por nacer, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada; en consideración a que fue despedida en estado de embarazo.

A continuación expuso que el Juzgado Tercero Civil Municipal de Pereira en sentencia de 2 de diciembre de 2016 accedió al amparo constitucional y, de manera transitoria, le ordenó a la sociedad accionada reestablecer la relación laboral que tenía con ella, debiéndole reconocer las sumas dejadas de percibir, exhortándola a iniciar la acción ordinaria en un término no mayor a los cuatro meses siguientes; decisión que después de ser impugnada por la entidad empleadora, fue modificada por el Juez Constitucional de Segunda Instancia, quien en providencia de 27 de junio de 2017 decidió modificar la decisión, concediendo el amparo por los derechos invocados hasta por el periodo que comprende el fuero de maternidad.

Para dar fe de lo expuesto, la accionante adjuntó las providencias referenciadas –fls.28 a 34-, de las cuales se extrae lo siguiente:

1. Al iniciar la acción constitucional, la señora Lezcano Ospina, planteó el mismo escenario jurídico expuesto en este ordinario laboral, consistente en que si bien fue vinculada por la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S. a través de un contrato de prestación de servicios, en la realidad ese vínculo estuvo regido por un auténtico contrato de trabajo, al presentarse bajo los presupuestos del artículo 22 del CST.

2. Considerando estar unida a la sociedad accionada bajo la órbita de un contrato de trabajo, solicitó de la jurisdicción constitucional el amparo de los derechos fundamentales relacionados previamente, los cuales se verían materializados en el reintegro a sus actividades y en consecuente pago de los salarios dejados de percibir, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, así como la afiliación y pago de los aportes a la seguridad social integral.

3. El Juzgado Tercero Civil Municipal de Pereira, después de exponer las razones jurisprudenciales en las cuales fundamentaba el fallo, decidió conceder de manera transitoria el amparo a los derechos fundamentales expuestos por la actora y le ordenó a la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S. restablecer la relación laboral con la trabajadora en el que cargo que venía desempeñando, cancelándole los montos dejados de percibir.

4. Al conocer el asunto en segunda instancia ante impugnación de la sociedad accionada, el Juzgado Primero Civil del Circuito en sentencia de 21 de junio de 2017, decide modificar la decisión inicial, concediendo el amparo constitucional de manera definitiva manifestando que *“Este despacho confirmará lo relacionado con la protección a la madre gestante y al menor recién nacido, sin la orden de indemnización por tratarse de terminación objetiva de la relación laboral, además amparándola por el periodo de fuero de maternidad”*,y más adelante señaló que *“… se concede la acción de tutela a la señora Katerine Lezcano Ospina por los derechos invocados…”*.

Nótese como el Juez Constitucional de Segunda Instancia, con base en el mismo planteamiento jurídico que se expone en este ordinario laboral, decidió de manera definitiva todo lo concerniente al vínculo contractual que ataba a la señora Katerine Lezcano Ospina con la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S., pues definió que ese vínculo era de índole laboral, accediendo **a los derechos por ella invocados**, consistentes en los salarios dejados de percibir, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, así como la afiliación y pago de los aportes a la seguridad social integral; al punto que calificó como **objetiva** la terminación de la relación laboral, negándole la indemnización correspondiente.

Bajo tales circunstancias, dando aplicación a la jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al haber definido el Juez Constitucional de manera definitiva las circunstancias en las que se presentó la relación contractual de la demandante con la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S. y los derechos que de ella surgieron a su favor, sin contemplar la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria estudiara el asunto y lo definiera según los parámetros jurisprudenciales vigentes, la orden allí dada es la que se debe cumplir, sin que esté previsto que los jueces ordinarios tengan funciones de complementación, hagan las veces de revisores, ni mucho menos se conviertan en ejecutores de aquella, pues el reestudio de la orden constitucional está fuera de su órbita de competencia.

De allí que, si la sociedad demandada cumplió o no lo ordenado, es un tema que resulta ajeno al presente debate, pues el incidente de desacato es el mecanismo previsto en la legislación para lograr la efectividad de aquella orden.

Es que no se concibe que, ante una congestión judicial como la que se está viviendo, un solo asunto ocupe simultáneamente a las jurisdicciones Constitucional y Ordinaria, generándoles incluso el riesgo permanente de producir decisiones opuestas.

Por eso, cuando los jueces constitucionales, vía tutela, se arrogan la facultad de resolver asuntos laborales con carácter definitivo y no simplemente transitorio, la decisión que de ellos emane no es reformable ni complementable por la jurisdicción ordinaria.

En el anterior orden de ideas, no quedaba otro camino que revocar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, para en su lugar declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del CGP y en consecuencia absolver de las pretensiones de la demanda a la sociedad Lirroy Publicidad S.A.S.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente