

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CESAR AUGUSTO OSPINA LEÓN CONTRA EMPRESA FRIGORÍFICO Y PLAZA DE FERIAS DE ZIPAQUIRÁ "EFZ" y EMPRESA DE RECURSOS INTEGRALES TEMPORALES Y MISIONALES EST LTDA
Radicación No. 25899-31-05-001-**2018-00269-01**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020).

Como lo establece el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional se emite la presente sentencia de manera escrita. Se deciden los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia de 21 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante, el 22 de mayo del 2018, presentó demanda ordinaria laboral con el fin que se declare que entre él y la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de noviembre de 2010; en consecuencia, se ordene a aquella demandada a mantener su reincorporación en el área de archivo o en las actividades de la empresa en un cargo acorde a las condiciones de discapacidad y salud actuales, que a partir de dicha orden la Empresa Frigorífico y Plaza de Zipaquirá debe cumplir con la obligación de pago de salarios y prestaciones sociales, así como los aportes a salud, pensión y ARL; costas del proceso. De manera subsidiaria, ordenar a la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá "EFZ" y Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA mantener al señor Cesar Augusto Ospina León en el área de archivo o en las actividades de la empresa y en un cargo acorde a las condiciones de discapacidad y salud actuales. De igual forma que se ordene a la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA que continúe con el pago de salarios y prestaciones sociales; costas del proceso.

- 2.** Como fundamento de sus pretensiones manifiesta, en síntesis, que estuvo vinculado mediante contrato laboral con la empresa Absorsin Temporales desde el 11 de noviembre de 2010 y hasta el 28 de febrero de 2016, durante ese periodo fue asignado para prestar sus servicios en la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá "EFZ"; que a partir del 28 de febrero de 2016 y hasta la fecha se encuentra vinculado con la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA por petición de Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, por lo que la prestación de servicios se ha venido ejecutando de manera ininterrumpida y bajo la continua subordinación de esta última; refiere que se ha desempeñado en diferentes cargos: operario de corrales, en el área de mantenimiento general, y hasta la fecha de presentación de la demanda en el área de archivo, a cambio de una remuneración establecida en un SMLMV; agrega que la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA el 11 de agosto de 2017 le suspendió su contrato por solicitud también de la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, toda vez que se produjo un brote de fiebre aftosa y por ende se tuvo que cerrar temporalmente la plaza. Que el 12 de octubre de 2016 la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA radicó ante el Ministerio de Trabajo solicitud de autorización para la terminación de su contrato de trabajo de obra o labor determinada, que mediante Resolución No. 00371 del 14 de septiembre de 2017 el Coordinador del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites -GACT- resolvió no autorizar aquella petición; relata que percibe una pensión de sobrevivientes, que en el año 1996 tuvo un accidente de tránsito que trajo como consecuencia la amputación supracondílea izquierda por trauma de tejidos, de igual forma presenta otras patologías (escoliosis toracolumbar izquierda, espondiloartrosis toracolumbares incipientes, hipercifosis torácica, discopatía dorsal múltiple, discopatía cervical, entre otros); señala que interpuso una acción de tutela en contra de las accionadas y en primera y segunda instancia protegieron sus derechos fundamentales (fls. 1 al 12).
- 3.** El Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, previamente, el 5 de julio de 2018 requirió al demandante para que estableciera la competencia por el factor territorial; una vez aclarado tal aspecto, el 6 de septiembre siguiente devolvió la demanda ante la falta de la prueba de existencia y representación legal de una de las demandadas, y posteriormente mediante auto de fecha 22 de agosto del mismo año la admitió y ordenó notificar a la demandada (fl.

90), las diligencias de notificación se cumplieron conforme lo establece el art. 41 del CPTSS (fls. 98 y 102)

4. La accionada Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA mediante escrito del 4 de abril del 2019 se opuso a las pretensiones subsidiarias relacionadas en su contra; aceptó su vinculación contractual laboral con el actor a partir del 28 de febrero de 2016, que es cierto que al contrato laboral suscrito con el demandante se le ha dado continuidad por petición de la empresa usuaria Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, además cuando comenzó a operar para el frigorífico ya el demandante prestaba sus servicios allí y se encontraba en tratamientos médicos; aceptó que en la actualidad el actor se desempeña en el área de archivo en la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, que suspendió el contrato de trabajo del actor debido a la disminución de actividades productivas en la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá como consecuencia del cierre temporal de la plaza por un brote de fiebre aftosa; aceptó que solicitó permiso para despedir al actor ante el Ministerio de Trabajo, pero que fue negado; también reconoció que el accionante interpuso una acción de tutela y que le fueron reconocidos sus derechos fundamentales, y en ese orden de ideas acepta que levantó la suspensión del contrato de trabajo una vez se profiere el fallo de tutela. Relata que desde el mes de febrero de 2012 celebró contrato de prestación de servicios temporales con la codemandada Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá; en su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de intermediación laboral, inexistencia de reporte de accidente laboral o enfermedad laboral ante ARL SURA, inexistencia de debilidad manifiesta del trabajador, derecho de su pensión a favor del trabajador, que le permite sufragar sus gastos personales y los de su hija, inexistencia de prueba médica o calificación de pérdida de capacidad laboral, dolo y fraude procesal artículo 1508 y 1515 C.C.C. artículo 58 del C.P.C., buena fe de la demandada, excepción genérica, excepción innominada. (fls. 103 a 115).

5. La demandada Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá el 8 de abril del 2019 también contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, dijo que las empresas Absorsin Temporales y la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA dispusieron anualmente de los servicios personales del demandante, aceptó que le solicitó a la Empresa Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA suspender el contrato de trabajo del actor, de igual forma acepta que la

Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA solicitó la autorización ante el Ministerio de Trabajo para despedir al actor, pero fue negado, reconoció que el actor presentó una acción de tutela y los efectos de esta; propuso como excepciones de mérito las que denominó legitimación en la causa por pasiva, ausencia del vínculo laboral, las demás que puedan configurarse y probarse en el desarrollo del proceso (fls. 144 a 150)

6. El despacho a través de auto del 13 de junio de 2019 tuvo por contestada la demanda y fijó fecha de audiencia del art. 77 del CPTSS para el 20 de septiembre de ese mismo año, la que se reprogramó para el 20 de diciembre siguiente por permiso concedido a la titular del despacho, posteriormente se volvió a reprogramar para el 14 de febrero del 2020 por solicitud de la apoderada judicial de la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, la audiencia se llevó a cabo en este último día y seguidamente se señaló fecha para audiencia del art. 80 ib. (fls. 181 y 182, 188 a 191)
7. La Juez Laboral del Circuito de Zipaquirá mediante sentencia del 21 de julio del 2020 declaró que en virtud de la primacía de la realidad existe un contrato de trabajo vigente en la actualidad entre el señor Cesar Augusto Ospina León y la sociedad demandada Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá con fecha de inicio el 8 de febrero de 2011 y condenó a esta demandada a asumir de manera directa al actor en calidad de trabajador; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, y condenó a ambas accionadas a las costas del proceso, fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.
8. Inconforme con lo decidido, las partes apelaron así:

EMPRESA FRIGORÍFICO Y PLAZA DE FERIAS DE ZIPAQUIRÁ: “ (...) Señora Juez interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal teniendo en cuenta que si bien el CPTSS establece la posibilidad de emitir un fallo extra y ultra petita, en materia laboral dicha disposición hace referencia al pago de sumas mayores, al pago de salarios, al pago de prestaciones sociales, indemnizaciones más no hace referencia a que se pueda realizar un fallo ultra o extra petita respecto de las pretensiones de la demanda, como lo mencioné en mis alegatos de conclusión, en la demanda en ningún momento se solicita la incorporación del señor Cesar Augusto Ospina a la empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, por el contrario, dice mantener la vinculación lo que significa mantener la vinculación es que siga vinculado con la empresa temporal, esa es la solicitud y la pretensión principal de la demanda, le reitero señora Juez que el señor hace parte en este momento de la empresa de servicios temporales por orden del juzgado, por orden del juzgado de segunda instancia fallo de tutela, no porque esa sea la voluntad de la empresa Frigorífico, ni porque queramos continuar con la relación o tener una

relación laboral con él, se hizo en virtud de hacer caso y pues de obedecer el fallo emitido por el juez, de igual forma me parece importante el tema de la pensión del señor él tiene una pensión independientemente su connotación por parte de Colpensiones que es una entidad del Estado y le repito que la empresa Frigorífico y plaza de feria de Zipaquirá es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo que hace imposible que una persona, sí yo lo vinculo a él como un trabajador de la empresa estaríamos entrando en esa prohibición de que él va a recibir dos asignaciones del erario público, de igual forma pues como ya pudimos ver no hay ninguna condición de vulnerabilidad en ese sentido interpongo mi recurso..." (min 28:22 a 30:33).

EMPRESA DE RECURSOS INTEGRALES TEMPORALES Y MISIONALES

EST LTDA: *"(...) Básicamente mi única inconformidad está relacionada con la condena en costas a la parte demandada que represento como quiera que mi mandante fue absuelto de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en esos términos dejo sustentando el recurso..." (min 30:41 a 30:57).*

DEMANDANTE: *" (...) Yo recurro en apelación a fin de ser revisados solo en un punto en lo demás considero estoy conforme con el pronunciamiento, y es relacionado con la pretensión de la demanda relativa a mantener la reincorporación del señor Cesar Augusto Ospina León en el área de archivo o en las actividades de la empresa y en un cargo acorde a las condiciones de discapacidad y de salud actuales, mi fundamento es el siguiente: si el juez considera competente para resolver sobre el verdadero patrono, también tiene la competencia para entrar a resolver la pretensión por lo siguiente, como se establece en el hecho 29.2 el juez de tutela de segunda instancia y definitivo ordenó a la empresa Frigorífico que dentro de las 48 horas siguientes reincorporara a actividades de la empresa en un cargo acorde a sus condiciones de discapacidad y de salud actuales, esa orden de reincorporación claro partía de que había una suspensión del contrato y estoy de acuerdo que no debió haber reintegro, pero como lo que ordenó el juez de tutela fue la reincorporación y pese a que se hace por parte del Frigorífico como orden del juez de tutela, el hecho es que a la fecha todavía se mantiene, pero no siguiendo la lógica de los hechos, pero si bien digamos en el fondo lo real, es que el frigorífico siempre ha mantenido y ha tenido al demandante como aparece probado y como lo dice la señora Juez, entonces la única pretensión que cabría ahí a partir de la orden del juez, y a partir de la realidad fáctica era mantener la reincorporación a partir de reconocer que el Frigorífico es el único empleador y por lo tanto debe mantenerlo como un empleado suyo directo y todas las consecuencias y obligaciones que ello conlleva, entonces considero que sí hay competencia del juzgado para pronunciarse sobre este punto y es sobre eso simplemente que acabo de sustentar que esta mi inconformidad a efectos de que el superior entonces entre a resolver esa pretensión..." (min 31:02 a 34:07).*

9. Recibido el expediente digital el 1º de agosto de 2020, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 4 de agosto de ese año.

10. Luego, ante la reanudación de los términos judiciales y conforme lo establecido en el Decreto 806 de 2020, mediante auto del 18 de agosto de 2020 se corrió traslado a las partes por el término de 5 días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

11. La parte demanda Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá se mantuvo en los argumentos expuestos al presentar su recurso de apelación en cuanto a las facultades ultra y extra petita en material laboral, la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público, y el hecho de que las pretensiones de la demanda no estaban encaminadas a solicitar la incorporación del actor a la planta de personal de la EFZ, sino a mantenerlo reincorporado a través de la empresa de servicios temporales; no obstante, en su intervención agregó lo siguiente: *"(...) para el caso en concreto es importante resaltar que si bien el demandado ha prestado sus servicios a la EFZ, lo ha realizado a través de las diferentes Empresas de Servicios Temporales a las cuales para cada vigencia se les adjudica un contrato de suministro de personal teniendo en cuenta la fluctuación en las actividades de faenado que desarrolla esta Empresa en el Municipio de Zipaquirá... (...) dicho servicio se ha prestado de manera interrumpida como se puede evidenciar en el informe solicitado por la parte demandante en el cual se relacionan varias interrupciones con las empresas de servicios temporales para la prestación del servicio, las cuales me permito relacionar a continuación: a) entre el 30 de octubre de 2011 y el 8 de noviembre de 2011 se presenta una interrupción de nueve días. b) Entre el 23 de enero de 2012 y el 24 de febrero de 2012, se presenta interrupción de treinta días. c) Entre el 2 de diciembre de 2013 y el 10 de enero de 2014, se presenta una interrupción de (1) mes y ocho días. d) Entre el 10 de agosto de 2017 y el 1 de febrero de 2018, se presenta una interrupción de seis meses..."*

Por su parte el demandante se pronunció así: *"(...) ciertamente creo que a partir del pronunciamiento del juez de tutela, esto es, de ordenar la reincorporación del accionante, basado en que el contrato de trabajo nunca se terminó sino que fue suspendido, no queda otra solicitud que pedir mantener la reincorporación, porque era no solo una realidad física del proceso tanto de tutela como del juicio ordinario, sino además basado en el reconocimiento de una condición de una condición de discapacidad permanente del demandante, como lo dijo el juez laboral, si hubo a nivel constitucional, como lo dijo el juez laboral, si hubo a nivel constitucional una afectación al derecho al trabajo y a percibir una remuneración, así como poner en peligro su mínimo vital y el de su hija teniendo en conocimiento su vulnerabilidad por discapacidad física, por lo que a nivel legal considero, solo con la orden de mantener esa reincorporación podría ser solucionada..."*

La demandada Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA guardó silencio.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes al momento de interponer y sustentar sus recursos de apelación ante la juez, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: a) determinar si obró bien la juzgadora de instancia al adoptar su decisión en uso de las facultades extra y ultra petita, y establecer si el actor realmente solicitó su reincorporación al cargo desempeñado en la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, o por el contrario debía mantenerse sus condiciones laborales pero con la empresa de servicios temporales; b) dilucidar si existe incompatibilidad entre la pensión devengada por el actor a través de Colpensiones, y la calidad de trabajador oficial que eventualmente pueda adquirir, sobre el entendido de que nadie puede percibir dos asignaciones que provengan del tesoro público como lo establece el art. 128 Constitucional; dependiendo de lo que resulte, c) se analizará lo relacionado con el cargo en el cual deben mantenerse las condiciones laborales del actor; y finalmente, d) se estudiará el recurso de apelación de la demandada Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA, con el fin de estudiar si fue acertada o no la condena en costas emitida en su contra.

La a quo al proferir su decisión consideró en lo que interesa para resolver la alzada lo siguiente: *"(...) Entonces, qué ocurre, si bien el actor no tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral cuando se le suspende el contrato, lo cierto es que suspensión no implica terminación de contrato y no solamente eso siempre ha estado vinculado con quien con su verdadero empleador que no es otro que la empresa frigorífico y plaza de ferias de Zipaquirá, empresa EFZ; nótese como la señora Marisol Tombe Díaz nos ilustra que efectivamente conoció al actor más o menos en el año 2017, aunque ella dice que era un trabajador en misión lo cierto es que con las pruebas se logra evidenciar que aquí las empresas de servicios temporales que contrataron al actor no fungieron como verdaderos empleadores, sino como meros intermediarios, basta ver el interrogatorio de parte del representante legal de la empresa de servicios temporales donde se evidencia que efectivamente ellos para hacer la contratación contrataban al personal que ya se encontraba trabajando ahí en el frigorífico dentro de los cuales se encontraba el aquí demandante, quiere esto decir que existía una directa injerencia de contratación por parte de la empresa frigorífico respecto de las personas que iban a prestar esos servicios, claro es que aquí las empresas de servicios temporales licitaban, pero mantenían una vinculación, ejercieron una intermediación indebida para suministro de personal actuaban no como empresa de servicios temporales, sino como*

intermediarios; nótese como dentro del presente proceso, el interrogatorio de parte del representante legal de recursos integrales y misionales nos ilustra de cómo era la vinculación y eso también viene a ser reforzado por el mismo testigo José Antonio Díaz Sánchez cuando indica que el personal lo enviaban directamente de frigorífico a la temporal y ellos hacían la contratación y nótese como ellos, a él cuando se le indaga cual era el objeto de la contratación, manifiesta que era prestar servicios y llevar la seguridad social con el frigorífico y que este contrato venía desde el año 2016. Esto nos lleva necesariamente a concluir que el aquí demandante su verdadero empleador era la empresa Frigorífico y plaza de ferias de Zipaquirá con quien a la fecha de esta sentencia continua prestando sus servicios a través de otra empresa de servicios temporales y eso está acreditado acá dentro del mencionado proceso, se acredita con las pruebas que se practicaron dentro del mencionado proceso, esto nos lleva necesariamente a concluir que el verdadero empleador es como se dice empresa frigorífico de plaza de ferias de Zipaquirá, ahora bien, dada la naturaleza de la mencionada entidad, el despacho debe decir que la naturaleza jurídica del aquí demandante es propia de un trabajador oficial, dado que el aquí empresa frigorífico entidad demandada es una empresa industrial y comercial del orden municipal, por lo que de acuerdo con el Decreto 2127 que fue incorporado posteriormente al decreto de la función pública, al D. 1083 del año 2015 debe tenerse en cuenta que su vinculación debe regirse por las normas de un trabajador oficial en la medida en que se reúnen los elementos propios de un contrato de trabajo en el presente proceso respecto del aquí demandante con la parte demandada, por lo tanto el despacho en esta sentencia ordenará que la empresa frigorífico asuma directamente sus obligaciones como empleador, esto en la medida que efectivamente en este proceso se demostró una transgresión de las normas efectivamente se transgrede el art. 77 de la Ley 50 de 1990, que implica que las empresas de servicios temporales solo podrán contratar con esta las siguientes casos: cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el art. 6° del CST, las labores que desarrollaba el aquí demandante desde el año 2011 y que desarrolla actualmente, ya de plano descarta que sean labores ocasionales o transitorias; cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones o en uso de licencias en incapacidad por enfermedad o maternidad, no es el caso tampoco del demandante; y para atender incrementos en la producción, en el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios por un periodo de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, nótese como acá se transgrede la vinculación de 6 meses a 6 meses más, sobre una misma labor que desarrollaba el aquí demandante, no se demuestran incrementos de producción y se demuestra es un cambio de empresas de servicios temporales de un año a otro de acuerdo con el informe que rindió frigorífico que nos lleva necesariamente a concluir que hay una transgresión de la norma del art. 77 y lo que hay acá es una intermediación laboral indebida y un verdadero contrato de trabajo entre el aquí demandante y la empresa frigorífico plaza de ferias de Zipaquirá que como se indicó nunca se ha terminado, porque lo que hubo fue una suspensión del contrato, por lo tanto el despacho no puede decretar un reintegro y las pretensiones como se piden en la demanda, ni tampoco puede ordenar pagos de salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar, en la medida en que el demandante indica que se les fueron pagados por recursos integrales temporales y misionales, empresa de servicios temporales quien fungió como

intermediario, y actualmente el aquí demandante se encuentra vinculado con la empresa frigorífico plaza de ferias Zipaquirá; así las cosas las pretensiones de la manera como fueron formuladas no están llamadas a prosperar, razón por lo dicho anteriormente, pero el despacho hará uso de las facultades extra y ultra petita respecto de lo que probatoriamente se demostró en el presente caso en el sentido de que la única pretensión que prosperaría sería la de la solicitud de declaratoria de contrato de trabajo, respecto de la parte demandada frigorífico y plaza de ferias de Zipaquirá..."

El apoderado judicial de la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá manifiesta que la juzgadora no podía tomar su decisión basada en sus facultades extra y ultra petita, que las pretensiones se encuentran dirigidas contra la empresa de servicios temporales demandada y que en todo caso el actor percibe una pensión otorgada por Colpensiones por lo que se estaría quebrantando el principio constitucional de que nadie puede percibir dos asignaciones que provengan del erario.

La parte demandante enrostra lo relacionado con que en la sentencia nada se dijo respecto al cargo en que se debían mantener las condiciones laborales del actor que para el caso lo sería en el área de archivo o en las actividades de la empresa

Por su parte la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA se encuentra inconforme con la condena en costas impuesta en su contra.

De entrada, se advierte que el punto de si el juez falló ultra y extra petita resulta innecesario estudiarlo, toda vez que la juzgadora de primera instancia, por error, consideró que sus condenas estaban sustentadas en dichas facultades establecidas en el art. 50 del CPTYSS; sin embargo, al dar lectura a las pretensiones de la demanda se encuentra que desde el escrito inaugural el actor había solicitado que se declarara un contrato de trabajo con la demandada Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá y que se condenara a esta última a mantener su reincorporación en el área de archivo o actividades de la empresa; de manera subsidiaria solicitó ordenar a la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá "EFZ" y Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA mantener al señor Cesar Augusto Ospina León en el área de archivo o en las actividades de la empresa y en un cargo acorde a las condiciones de discapacidad y salud actuales, de igual forma que se ordene a la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA que continúe con el pago de salarios y prestaciones sociales; lo que ocurrió, a simple vista, fue entonces que la juzgadora de instancia accedió a los pedimentos principales de la demanda, pero aun en el evento de que se considerara que en la demanda

no fue solicitado se condenara a la empresa Frigorífico y Plaza de Ferias continuar con el pago de salarios y prestaciones sociales, de todas formas el hecho de que se pidiera la declaración de que era la empleadora y que mantuviera el contrato del actor, llevaba necesariamente a que fuera esta, por su condición, la que tuviera que pagar los salarios y prestaciones; pero incluso si se considerara que la juez falló ultra y extrapetita, su decisión, a juicio del Tribunal, sería acorde con la norma, porque lo que dispuso la a quo de manera adicional es que los salarios y las prestaciones sociales fueran pagados por la empleadora, conceptos que están incluidos en el artículo 50 del CPTSS. En esa medida no le asiste razón a la apoderada judicial del Frigorífico, pues tal como quedó visto el juzgado no incurrió en los desatinos que este le atribuye.

Ahora para reforzar la afirmación de que la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá "EFZ" es la empleadora del actor, se recuerda que en efecto como lo indicó la juzgadora de instancia esta accionada, de conformidad con el art. 2º del Decreto Número 110 de 2012 de la Alcaldía de Zipaquirá es una empresa industrial y comercial del sector descentralizado del orden municipal; y en el art. 25 se establece: *"(...) para todos los efectos legales las personas que presten sus servicios a la Empresa Frigorífico y Plaza de Zipaquirá, tendrán el carácter de trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, a excepción de los cargos de dirección, y los que correspondan a funciones de asesoría, orientación institucional, y las actividades de confianza y manejo, los cuales deberán ser desempeñados por personas con calidad de empleados públicos..."*

Sumado a ello, en aplicación del artículo 1º de la Ley 6 de 1945, reglamentado por el artículo 20 del Decreto 2127 del mismo año, así como del artículo 5º del Decreto ley 3135 de 1968, cuando una persona demuestra que prestó servicios personales para una empresa industrial y comercial del Estado, y su cargo no puede ser calificado como de dirección, confianza y manejo, lo procedente es tener por demostrado el contrato de trabajo y su calidad de trabajador (a) oficial, sin que para ello sea necesario exigir la prueba de la subordinación o dependencia.

Por otra parte, el artículo 292 del Decreto Ley 1333 de 1986 establece lo siguiente: *"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresa precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos..."*, así mismo se establece en el artículo 25 del Decreto Número 110 de 2012 de la Alcaldía de Zipaquirá lo siguiente:

ARTÍCULO 25°. Régimen de Personal. Para todos los efectos legales las personas que presten sus servicios a la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, tendrán el carácter de trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, a excepción de los cargos de dirección, y los que correspondan a funciones de asesoría, orientación institucional, y las actividades de confianza y manejo, los cuales deberán ser desempeñados por personas con calidad de empleados públicos. Los estatutos de la Empresa precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados público.

Precisamente, el elemento de la prestación personal del servicio del actor se encuentra demostrado con el contrato de trabajo para la realización de obra o labor determinada de fecha 28 de marzo de 2017 que obra a folios 18 y 19 digital, suscrito entre el actor y la demandada Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA, que en su cláusula segunda establece: *“el empleador contrata los servicios del trabajador para que cumpla las siguientes funciones de operario por el tiempo que dure la prestación de servicios de la ayuda temporal al usuario: Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá “EFZ”, obligándose a cumplir la obra o labor objeto de este contrato, en el sitio y para el USUARIO que el empleador le indica... ”*

Obra a folio 271 digital contestación al oficio del 10 de septiembre de 2017 dirigido al ministerio de trabajo, donde la demandada Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, informa: *“la situación del señor Cesar Augusto Ospina dentro de la EFZ, es de ser operario lo que significa que sus labores quedan asignadas según las necesidades operativas que se requieran dentro de la planta, y no tiene una función específica es decir que el objeto mismo del contrato permite que el señor Ospina, se encuentre calificado para operar en cualquier área de la empresa, puesto que no tiene atribuciones laborales específicas dentro de la planta, lo que supone una igualdad con los demás operarios que vincula la temporal Recursos Integrales Temporales y Misionales LTDA a la EFZ, especificándose además que todas las vinculaciones labores en la EFZ al terminar los diversos periodos de labor se liquidan conforme a la ley...”*

Así mismo obra a folios 309 a 313 digital informe rendido por la demandada Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, donde se hace una relación de los contratos de trabajo que ha tenido el actor a través de empresas de servicios temporales así:

No	NUMERO Y OBJETO DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LA EFZ Y LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES	PARTES DE LA RELACION LABORAL	PLAZO INICIAL	PLAZO FINAL
1	CONTRATO No 09 DE 2011, suministro de personal en misión acorde con los requerimientos, perfiles, idoneidad y competencias laborales requeridas por la EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.	GESTION HUMANA OUTSOURCING TEMPORALES LTDA Y CESAR AUGUSTO OSPINA LEON	08/02/2011	30/10/2011
2	CONTRATO No 23 DE 2011, Suministro de personal en misión acorde con los requerimientos, perfiles, idoneidad y competencias laborales requeridas por la	GESTION HUMANA OUTSOURCING TEMPORALES LTDA Y CESAR AUGUSTO OSPINA LEON	08/11/2011	23/01/2012

	EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.			
3	CONTRATO No 12 DE 2012. Suministro de personal en misión acorde con los requerimientos, perfiles, idoneidad y competencias laborales requeridas por la EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.	GESTION HUMANA OUTSOURCING TEMPORALES LTDA Y CESAR AUGUSTO OSPINA LEON.	24/02/2012	31/01/2013
4	CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No 04 DE 2013. Suministro de personal en misión acorde con los requerimientos, perfiles, idoneidad y competencias laborales requeridas por la EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.	GESTION HUMANA OUTSOURCING TEMPORALES LTDA Y CESAR AUGUSTO OSPINA LEON.	01/02/2013	02/12/2013
5	CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTION No 05 de 2014. Suministro de personal en misión acorde con los requerimientos, perfiles, idoneidad y competencias laborales requeridas por la EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.	GESTION HUMANA OUTSOURCING TEMPORALES LTDA Y CESAR AUGUSTO OSPINA LEON.	10/01/2014	30/12/2014
6	CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTION No 9 DE 2015. Suministro de personal en misión acorde con los requerimientos, perfiles, idoneidad y competencias laborales requeridas por la EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.	GESTION HUMANA OUTSOURCING TEMPORALES LTDA Y CESAR AUGUSTO OSPINA LEON.	19/01/2015	29/02/2016
	EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.			
8	CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No 05 DE 2017. Suministro de personal en misión acorde con los requerimientos, perfiles, idoneidad y competencias laborales requeridas por la EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.	RECURSOS INTEGRALES TEMPORALES Y MISIONALES EST LTDA Y CESAR AUGUSTO OSPINA LEON.	01/02/2017	10/08/2017
9	CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS No 15 DE 2018. Suministro de personal en misión acorde con los requerimientos, perfiles, idoneidad y competencias laborales requeridas por la EFZ, para el desarrollo de sus diferentes procesos.	RECURSOS INTEGRALES TEMPORALES Y MISIONALES EST LTDA Y CESAR AUGUSTO OSPINA LEON.	01/02/2018	30/01/2019

También se escuchó el interrogatorio de parte del representante legal de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA, así como a los testigos Eidy Marisol Tombe Díaz y José Antonio Díaz Sánchez quienes al unísono aceptaron que el actor prestó unos servicios en favor de la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá; lo que ya se sabía porque en la contestación de la demanda esos servicios prestados por el actor no fueron negados y tampoco fueron objetos de apelación, solo que para una mejor contextualización se hace alusión a este tópico.

Y a pesar de los intentos de la demandada Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá por desconocer la relación laboral que tenía con el demandante, acá no se logró derruir la presunción que pesa en su contra; por el contrario, con el análisis detenido de las piezas procesales se llega al pleno convencimiento de que el actor sí es trabajador directo de dicha Empresa Industrial y Comercial.

Tan es así, por ejemplo, que la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá en una oportunidad llamó al actor para que rindiera una versión libre y espontánea dentro de la investigación disciplinaria No. 001-2018 (fls. 54 a 56 digital), en la que se le indagaba acerca de la presunta pérdida de un dinero, y a pesar de que en esa diligencia se hizo presente el representante legal de la

sociedad Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA, lo cierto es que quien dirigió la diligencia fue la Empresa Industrial y Come

De igual forma para reafirmar la tesis, se cuenta con lo informado en la contestación de la demanda por parte de la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA la que dijo que había contratado al actor por petición de la empresa usuaria que en este caso lo es la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, pues para la fecha cuando la empresa de servicios temporales suscribió contrato con el frigorífico ya el actor prestaba sus servicios para esta última debido a que se encontraba en tratamientos médicos.

El representante legal de la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA, al respecto mencionó: *"(...) cuando iniciamos el contrato uno de los requisitos en el año 2016 era dejar a los mismos trabajadores que venían con ellos... (...) el señor Cesar Ospina continuó siendo la persona que manejaba o estaba en la parte operario de corrales, el después lo pasaron como auxiliar de mantenimiento, le ayudaba a la persona que hacía todo el mantenimiento aunque era otra persona un señor y posterior al reintegro se le pasó al área de archivo; el traslado lo realizó directamente o la reubicación la realizó directamente el frigorífico de Zipaquirá inicialmente a nosotros no nos habían dicho nada... (...) las tareas del señor Cesar Ospina las dirigía directamente el frigorífico a través de un jefe o supervisor que estuviera a cargo con corrales o a través del gerente operativo quien era los supervisores, pero era el frigorífico quien daba las órdenes; las jornadas laborales con relación a las funciones que tenía el demandante las daba el frigorífico y plaza de ferias de Zipaquirá..."*

Por su parte, el testigo José Antonio Díaz Sánchez socio de la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA, informó: *"(...) a nosotros nos enviaban el personal como lo dije anteriormente del frigorífico para la contratación, nos dijeron el señor Cesar Ospina debe laborar en el Frigorífico y ustedes como empresa R&H temporal lo deben de contratar; respecto de las órdenes: al señor Cesar como era nosotros dábamos unas órdenes como era prestación, digamos un convenio que se hizo la temporal con el frigorífico y allá tenía su jefe inmediato allá en el frigorífico..."*

Con lo anterior se puede establecer que: 1. la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá ejerció su poder disciplinario, que denota su calidad de empleador sobre el demandante, lo que implica subordinación, 2. Las órdenes o dirección respecto de las actividades desplegadas por el actor, así como las jornadas de trabajo y la movilidad en los cargos eran establecidos por la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, 3. La Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA, y la otra empresa de servicios temporales

fueron simples intermediarias conforme lo establece el art. 35 del CST; lo que a toda luz permite entrever, se itera, que la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá es el verdadero empleador del actor, máxime que esta última tenía injerencia en la vinculación del personal contratado por la empresa de servicio temporal, pues puntualmente decidía quien debía ingresar a laborar y así aconteció en el caso del señor César Ospina, y como las labores ejercidas por el actor no se relacionan con las de un empleado público, en especial las últimas ejercidas en el área de archivo, su denominación es la de un trabajador oficial. El actor en el interrogatorio de parte de ninguna manera aceptó que desarrollara sus labores de manera independiente o autónoma o por órdenes de las empresas temporales, al contrario, no hizo otra cosa que reafirmar lo dicho en su demanda sin que se generaran consecuencias jurídicas adversas a sus intereses o que favorezcan a la demandada, como lo establece el art. 191 del CGP.

Ni siquiera con lo dicho por la testigo Eidy Marisol Tombe Díaz se puede arribar a otra conclusión; esta declarante trabajó desde el 2016 hasta el 2020 en la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá; a pesar de que dijo que el actor fue una persona que "se pidió en misión" y que estuvo contratado con empresas misionales y explicó en extenso como se hacían las vinculaciones con las empresas de servicios temporales, estos dichos no son suficientes para contrarrestar la verdad procesal que acá se encuentra demostrada pues conforme lo informado por el representante legal de la demandada Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA y el testigo José Díaz Sánchez la subordinación era ejercida por el Frigorífico, como se colige de los sucesos relatados líneas atrás.

Adicionalmente y de manera especial hay que decir que tampoco se cumplieron los fines establecidos por la normativa laboral para los casos en que las empresas usuarias pueden contratar con empresas de servicios temporales tal como lo establece el art. 77 de la Ley 50 de 1990, pues en el caso particular del actor no fue contratado para ejecutar labores ocasionales, accidentales o transitorias, tampoco reemplazó a personal en vacaciones, licencia, incapacidad por enfermedad o maternidad; y a pesar de que supuestamente su vinculación obedecía a incrementos de producción, tal aspecto no quedó suficientemente demostrado en el plenario, máxime que no se respetaron los términos que establece la norma seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más para contratar por esa causa, pues el actor inició a trabajar en la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá en el 2011 y en la actualidad aun

continúa prestando sus servicios para la misma, superándose con creces el término permitido, caso en el cual, según lo ha reiterado la jurisprudencia laboral, se tiene al usuario como verdadero empleador y a la temporal como obligada solidaria.

Pasando a otro punto de la apelación, considera el Tribunal que el hecho de que el actor disfrute de una pensión de sobrevivientes y que esta le haya sido reconocida por Colpensiones, y simultáneamente perciba remuneración de su empleadora oficial, de manera alguna transgrede lo establecido en el art. 128 de la Constitución Política por la sencilla razón de que quien causó esa pensión fue la cónyuge del actor, tal como lo explicó en su interrogatorio, luego esa prestación reconocida no se produjo con ocasión a los aportes pensionales del actor ni mucho menos en relación con el vínculo contractual que actualmente sostiene el actor con la demandada Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá, por lo que en nada afecta y no existe ningún tipo de incompatibilidad en las dos asignaciones (salarios, prestaciones sociales, etc., y la pensión de sobreviviente). Sin dejar de anotar que la jurisprudencia laboral ha sostenido de manera constante que tales pagos no son incompatibles.

En lo que tiene que ver con la inconformidad del demandante, baste con indicar que la sentencia de primera instancia quedó incompleta respecto a la orden emitida por la juzgadora de primera instancia, pues no bastaba con señalar que la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá debía asumir de manera directa como trabajador al demandante, sino que era necesario que se precisara que el cargo debe ser compatible con las discapacidades del trabajador. En este sentido se modificará la decisión del juzgado.

Los aspectos relacionados con los extremos temporales de esa vinculación laboral no pueden ser discutidos en esta instancia como quiera que no fue objeto de apelación por ninguna de las partes, y si bien en los alegatos de conclusión la apoderada judicial de la Empresa Frigorífico y Plaza de Ferias de Zipaquirá intenta discutir este aspecto, lo cierto es que no era oportunidad para hacerlo, por cuanto la Sala solo puede estudiar los temas propuestos en la sustentación del recurso de apelación.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el recurso de apelación de la Empresa de Recursos Integrales Temporales y Misionales EST LTDA, le asiste razón, puesto que esta parte no fue condenada en ningún sentido, y la ley procesal

colombiana, el numeral 1º art. 365 del CGP, establece tal condena para "la parte vencida en el proceso" y no se puede sostener que haya perdido el litigio quien no fue condenado, sin que en este aspecto resulte determinante la intermediación que esta empresa propició, pues la norma instituye un factor objetivo concreto para imponer costas, y este no se configuró, razón por la cual se revoca la condena en costas emitida en contra de esta demandada.

Costas en esta instancia a cargo de Frigoríficos y Plazas de Feria de Zipaquirá por perder su recurso, como agencias en derecho se fija la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 21 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de CÉSAR AUGUSTO OSPINA LEÓN contra EMPRESA FRIGORÍFICO Y PLAZA DE FERIAS DE ZIPAQUIRÁ "EFZ" y EMPRESA DE RECURSOS INTEGRALES TEMPORALES Y MISIONALES EST LTDA, en el entendido de que deben mantenerse las condiciones laborales del actor en un cargo compatible con sus limitaciones, de conformidad con lo motivado.

SEGUNDO: REVOCAR la condena en costas en contra de la demandada EMPRESA DE RECURSOS INTEGRALES TEMPORALES Y MISIONALES EST LTDA, para en su lugar absolverla por dicho rubro, acorde con lo considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Costas a cargo de la demandada EMPRESA FRIGORÍFICO Y PLAZA DE FERIAS DE ZIPAQUIRÁ "EFZ," como agencias en derecho se fija la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE

**ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE
LAS PARTES, Y CÚMPLASE,**



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA

Secretaria