



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 002 2017 00198 01

Alexander Sierra Ávila vs Gonzalo Duarte Gallo, Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS.

Bogotá D. C., dieciocho (18) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación del extremo pasivo** contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1.- Demanda. Alexander Sierra Ávila promovió proceso ordinario laboral contra Gonzalo Duarte Gallo, Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 7 de febrero de 2009 al 6 de julio de 2014; que el demandado Gonzalo Duarte Gallo incumplió con el pago completo de salarios y prestaciones sociales, que el contrato de trabajo fue terminado sin justa causa por el empleador, que las empresas Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS son intermediarias y responden solidariamente. En consecuencia, solicita el pago de trabajo suplementario, dominicales y festivos, descansos compensatorios, reajuste salarial de las prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de transporte, indemnizaciones de los artículos 64, 65 del CST, y 99 de la Ley 50 de 1990; incapacidades, indemnizaciones de perjuicios por la no entrega de dotaciones, por la pérdida de capacidad laboral, aportes a pensión, costas, lo *extra* y *ultra petita*.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que el señor González Duarte lo contrató de manera verbal, que el demandado persona natural le hizo firmar un contrato de trabajo con la empresa Toliactivos Servicios Temporales SAS a partir del 1º de agosto de 2010 hasta el 30 de julio de 2011, y de



igual forma desde el 1º de agosto de 2011 hasta el 30 de julio de 2012, del 1º de agosto de 2013 hasta el 6 de julio de 2014 con la empresa Proviservi SAS, sin que cambiaran las condiciones desde el 7 de febrero de 2009.

Refiere que se desempeñó como mesero, mensajero, y servicios generales en el restaurante la carbonera de Girardot de propiedad del demandado, 12 horas diarias de 6am a 6 pm de lunes a domingo, a cambio de un SMLMV.

2.- La demanda se admitió por auto del 25 de mayo de 2017.

3.- Contestación de la demanda.

3.1.- Inicialmente las sociedades Toliactivos Servicios Temporales S.A.S. y Proviservi S.A.S. estuvieron representadas por curador ad litem, quien al contestar la demanda manifestó que no aceptaba ni se oponía a ninguno de los hechos como tampoco a las pretensiones de la demanda, y no propuso excepciones.

3.2.- Por otra parte, a pesar de que el señor Gonzalo Duarte Gallo fue notificado de la demanda, no procedió a contestarla, razón por la cual el despacho tuvo por no contestado el libelo gestor por su parte.

4.- Con posterioridad las demandadas Toliactivos Servicios Temporales S.A.S. y Proviservi S.A.S. allegaron poder otorgado al abogado Jaime Gutiérrez Arias y se hicieron participes de manera directa del proceso.

5.- Sentencia de primera instancia.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia proferida el 22 de junio de 2023, resolvió: *“Primero: Declarar que entre el demandante Alexander Sierra Ávila y el demandado Gonzalo Duarte Gallo existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia del 1 de agosto de 2010 al 6 de julio de 2014. Segundo: Condenar a Gonzalo Duarte Gallo, a pagar al demandante Alexander Sierra Gallo las siguientes sumas y conceptos: a. \$902.650 por concepto de compensación de vacaciones. b. \$ 1.820.500 por concepto de indemnización por despido injustificado c. La indexación de las condenas impuestas, desde la fecha de despido y hasta el pago efectivo conforme al IPC certificado por el DANE Tercero: Declarar que Proviservi S.A.S. y Toliactivos Servicios Temporales S.A.S. son solidariamente responsables de las acreencias laborales a la luz del artículo 35 del CST. Cuarto: Absolver a Gonzalo Duarte Gallo, Proviservi S.A.S. y Toliactivos Servicios Temporales S.A.S. de las restantes pretensiones incoadas en su contra por el demandante. Quinto: Condenar en costas de primera instancia a la parte vencida. En su liquidación, inclúyase la suma total de \$190.000 por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la contraparte...”*



6.- Recurso de apelación parte demandada. Inconformes con la decisión las demandadas Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS apelaron, bajo la siguiente sustentación: *“No estamos de acuerdo frente al tema de la indexación de los elementos hoy condenados, por cuanto la dilación y moratoria, en el servicio judicial no puede ser plausible y a cargo de los demandados, si bien es cierto si usted puede observar su señoría un sinnúmero de circunstancias particulares, que se derivaron de este proceso, que no permitieron ni la notificación, ni la contestación, estas circunstancias, y luego cuando ya el despacho asume el conocimiento hubo una duración no se si justificada o no justificada, y que esto no puede ser a cargo de las hoy condenadas. Segundo mi percepción de la solidaridad no me parece lógico en el sentido que cada una de las Proviservi, y Toliactivos cumplieron con la normatividad correspondiente, es más si hubo una tergiversación, pues fue una circunstancia que nunca conoció las demandadas Proviservi ni Toliactivos, por esa razón estamos inconformes con la decisión tomada...”*.

7.- Alegatos de conclusión. En el término de traslado ninguna de las partes ejerció su derecho a presentar alegaciones de segunda instancia.

8.- Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad los problemas jurídicos a resolver son los siguientes: ¿Desacertó el juez a quo al condenar solidariamente a las demandadas Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS?, dependiendo de lo que resulte establecer: ¿Hay lugar a la condena por indexación?

9.- Resolución a los problemas jurídicos. De antemano se anuncia que se **confirmará** la sentencia apelada.

10.- Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Art. 53 de la C.P., Código Sustantivo de Trabajo arts. 35, Ley 50 de 1990 art. 77; Código Procesal del Trabajo arts. 60 y 61; Código General del Proceso arts. 164 y 167. SL 2710 – 2019 Rad. 58141. CSJ SL, 17 jun. 2005, rad. 24291, CSJ SL, 14 nov. 2006, rad. 26522, CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 41471, CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 42973, CSJ SL13920-2014, CSJ SL16405-2014, CSJ SL9518-2015, CSJ SL3199-2017 y CSJ SL3821-2020.

Consideraciones

Procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados así:

El juzgador de instancia al motivar la sentencia de primer grado, consideró que en



el presente caso como no se suscitaron labores accidentales o transitorias, ni el trabajador demandante fue contratado para reemplazar personal en vacaciones o licencia, ni tampoco se acreditó el incremento en los picos de producción; que el demandante fue contratado aproximadamente 4 años a través de la figura de contratación en misión o contrato con una empresa de servicios temporales, siendo trabajador en misión en el establecimiento de comercio denominado restaurante la carbonera; por lo tanto se desconocieron las normas de las EST, y el señor Gonzalo Duarte Gallo pretendió desconocer una relación laboral con el demandante al contratarlo a través de dichas EST que si bien cuentan con un respaldo legal para contratar, en los términos que fueron utilizados por el demandado pretermitieron la Ley 50 de 1990, al quedar demostrado que el actor se desempeñó como auxiliar de restaurante o mesero desde el 1º de agosto de 2010 y el 6 de julio de 2014 y siempre al servicio del demandado persona natural en el restaurante la carbonera; por lo que se activó la presunción del art. 24 del CST en contra del señor Duarte Gallo, y en esa medida el empleador sería este último y las sociedades demandadas simples intermediarias, y por tanto responsables solidarias de las obligaciones a cargo del señor Duarte Gallo conforme el art. 35 del CST.

En cuanto a la indexación de las condenas mencionó que teniendo en cuenta que no se accedió a la indemnización moratoria, pero que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda colombiana es un hecho notorio, ordenó la indexación a partir de la fecha del retiro del servicio 6 de julio de 2014 y hasta la fecha de pago efectivo de la obligación.

Por su parte, el apoderado judicial de las demandadas Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS refiere que no debieron ser condenadas como deudoras solidarias, ni hay lugar a la indexación ordenada.

Dilucidado lo anterior se continúa con el análisis de los temas objeto de apelación.

1.- ¿Desacertó el juez a quo al condenar solidariamente a las demandadas Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS?

A propósito de las contrataciones a través de empresas de servicios temporales, el art. 77 de la Ley 50 de 1990 establece que: *“Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo. 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la*



prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más...”

En este aspecto la jurisprudencia laboral enseña que: *“Aparte de lo anterior, la referida premisa jurídica resulta correcta, pues a pesar de que en estos eventos de contratación fraudulenta, por el uso indebido de la fórmula de vinculación temporal a través de trabajadores en misión, el usuario se convierte en el verdadero empleador y adquiere la responsabilidad principal en el pago de las acreencias e indemnizaciones debidas al trabajador, lo cierto es que la empresa de servicios temporales mantiene una responsabilidad compartida, por no haber ejercido su posición contractual de manera legal, así como por no haber promovido y cuidado el cumplimiento de los términos y condiciones legales para estas formas excepcionales de contratación...”* (SL 2710 – 2019 Rad. 58141)

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36 del CST, tres son las clases de solidaridad que en materia laboral contempla la ley; la primera de ellas hace alusión a los contratistas independientes cuando refiere: *“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.”* Por su parte, el artículo 35 en lo que a la figura de simple intermediario enseña: *“... 3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”* Y finalmente, el artículo 36 ib., puntualiza en lo concerniente a la responsabilidad solidaria que *“Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión...”*

Es claro que en el asunto no se discute que el verdadero empleador del demandante lo fue el señor Gonzalo Duarte Gallo -el usuario- desde el 1º de agosto de 2010 al 6 de julio de 2014, siendo que las demandadas Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi S.A.S., fueron simple intermediarias, se llega a esa conclusión una vez se revisa la prueba decretada y practicada que a continuación se relaciona:



Obra a fl 80 del PDF 01 la certificación expedida por Toliactivos Servicios Temporales SAS, de fecha 31 de octubre de 2013, en donde se menciona que el aquí demandante laboró como trabajador en misión de la empresa Toliactivos Servicios Temporales SAS en el cargo de auxiliar de cafetería para el señor Gonzalo Duarte Gallo – Carbonera Girardot.

Obra a fl. 83 ib. certificación expedida por Proviservi S.A.S. en donde menciona que el actor labora en el cargo de auxiliar de cafetería.

Obra a fls. 92 a 101 unos desprendibles de pago en los cuales se observa que en la parte superior tanto Proviservi S.A.S., como Toliactivos Servicios Temporales SAS, remuneraban acreencias laborales del actor, pero por prestar sus servicios al señor Gonzalo Duarte Gallo – La Carbonera Girardot.

Se escuchó al testigo Ferney Ramírez, quien trabajó en la carbonera hace más de 8 años, y duró cuatro años prestando sus servicios, dijo que fue compañero de trabajo del demandante y que el actor era mesero.

Bajo el anterior panorama, tal y como lo dispuso el juzgador de instancia, como quiera que no se logró demostrar que las EST fueran las verdaderas empleadoras, que las actividades desplegadas por el actor no tenían como finalidad atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad, maternidad, o para atender incrementos en la producción, y que el verdadero empleador lo fue el señor Gonzalo Duarte Gallo -el usuario-, es claro que las EST'S fungieron como simple intermediaras.

Para reforzar lo dicho, al no encontrarse demostrado ninguno de los escenarios previstos en el art. 77 de la ley 50 de 1990, la contratación a través de esas empresas de servicios temporales resulta fraudulenta e ilegal, por lo tanto el deudor principal es el usuario Duarte Gallo mientras que las sociedades demandadas EST'S son responsables solidarias a voces del art. 77 de la Ley 50 de 1990, por haber participado en la indebida vinculación de índole laboral del demandante, sin que se hagan necesarias mayores argumentaciones; y en esa medida no queda otro camino que confirmar la sentencia apelada en este punto.

2.- ¿Hay lugar a la condena por indexación?

En cuanto a la indexación, tiene dicho la jurisprudencia laboral lo siguiente: *“Por lo*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

visto, a partir de esta sentencia la Sala fija un nuevo criterio, para establecer que el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa y, en tal sentido, recoge la tesis que hasta ahora sostenía, según la cual tal corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, postura que se encuentra entre muchas otras, en sentencias CSJ SL, 17 jun. 2005, rad. 24291, CSJ SL, 14 nov. 2006, rad. 26522, CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 41471, CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 42973, CSJ SL13920-2014, CSJ SL16405-2014, CSJ SL9518-2015, CSJ SL3199-2017 y CSJ SL3821-2020...”

En el *sub lite* la demandante no pidió la indexación, pero al no prosperar las indemnizaciones moratorias, nada impedía al juez a quo de concederla frente a las condenas causadas y no pagadas desde julio de 2014, porque lo que se busca con su reconocimiento es evitar la pérdida de adquisición de la moneda, para que las sumas dispuestas se traigan a valor presente en los términos esbozados en primer grado, resultando suficiente lo argumentado para confirmar la sentencia en este tópico.

Sin que en este caso en particular tenga injerencia alguna, la supuesta mora judicial alegada por los apelantes, cuando ni siquiera presentaron alguna inconformidad en el devenir del proceso en primera instancia, por consiguiente, en nada infiere cuanto duró la actuación en primer grado.

Así quedan resueltos los puntos de apelación.

Costas a cargo de las demandadas Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS por perder el recurso, inclúyanse como agencias en derecho de segunda instancia la suma de 2 SMLMV, cada una responderá por la mitad, esto es, por 1 SMLMV.

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

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia apelada, acorde con lo considerado.

Segundo: Costas de esta instancia a cargo de las demandadas Toliactivos Servicios Temporales SAS y Proviservi SAS, inclúyanse como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV entre ambas, esto es, cada una responderá por 1 SMLMV.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Tercero: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado