

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2019-00272- 00

Partida Tribunal: 19498

Juzgado: Primero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: GREGORIO ALARCON

Demandada (o): UGPP

Tema: Indexación primera mesada

Asunto: Apelación de sentencia

San José de Cúcuta, **cinco (05)** de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54001-31-05-001-2019-00272- 00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19498 promovido por el señor GREGORIO ALARCÓN en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se ordene a la pasiva dar cumplimiento a la Resolución RDP001975 del 22 de enero de 2018 que ordenó indexar la primera mesada de su pensión de jubilación, así como el pago del retroactivo pensional generado y los intereses moratorios sobre la cifra que resulte de dicha indexación.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que laboró de forma ininterrumpida para el Ministerio de Salud Pública- Dirección General de Campañas Directas en Cúcuta, durante el

periodo del 19 de enero de 1967 hasta el 29 de diciembre de 1995, fecha en que fue despedido injustamente.

2. Que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la Caja Nacional de Previsión Social el 13 de diciembre de 1999 en cuantía de \$423.587 mensuales, efectiva a partir del 23 de noviembre de 1998.
3. Que solicitó a la UGPP mediante escrito del 06 de octubre de 2017, le fuese indexada su primera mesada pensional con el pago del retroactivo sobre la diferencia que resultare.
4. Que la UGPP mediante Resolución RDP001975 del 22 de enero de 2018 accedió a indexar la primera mesada pensional, pasando de \$423.587 a \$724.391, efectiva a partir del 23 de noviembre de 1998.
5. Que la UGPP, mediante el FOPEP hizo un abono al retroactivo de la indexación de \$5.344.955.
6. Que han pasado más de 18 meses desde la fecha en que fue emitida la Resolución por la UGPP y la entidad no hace efectiva el pago de la misma.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, la UGPP dio formal contestación oponiéndose a lo pretendido, indicando que la entidad ha dado estricto cumplimiento a la Resolución N°1975 del 22 de enero de 2018, ordenando la indexación de la primera mesada pensional del demandante; que para ello, se tuvo en cuenta que el actor se retiró del servicio el 29 de diciembre de 1995, y el estatus de pensionado lo adquirió el 23 de noviembre de 1998, de forma que se aplicó el IPC inicial y el IPC final a la mesada pensional de \$423.587,33, arrojando una mesada pensional indexada de \$724.391.03. Además, argumentó que en vía administrativa se aplicó la prescripción, debido a que transcurrieron más de tres años desde que se reconoció el derecho a la pensión de jubilación mediante la Resolución N° 15023 de 13 de diciembre de 1999 hasta que presentó la reclamación administrativa el 06 de octubre de 2017.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó PRESCRIPCIÓN DE MESADAS PENSIONALES E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA Y BUENA FE DE LA UGPP.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 18 de agosto de 2021, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada propuesta por la UGPP, y en consecuencia absolvió a la entidad de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Gregorio Alarcón.

El juez a quo concluyó que la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, había indexado la primera mesada pensional del demandante acorde con la Ley, ya que al

verificar los cálculos aritméticos se constató que las operaciones resultan correctas, adicionalmente, le canceló las diferencias pensionales originadas en esta, las cuales se afectaron por el fenómeno de prescripción.

VI. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, solicitando que se revoque la misma, para lo que alegó que se dio una falsa valoración de las pruebas, debido a que, si bien la prescripción se produce de forma regresiva hasta el día 04 de octubre de 2014, no lo es menos que esta afecta únicamente las mesadas pensionales y no el derecho reclamado. Afirmó que el juez valoró inadecuadamente la prueba documental aportada, al concluir que con esta se acreditan los pagos, cuando esta es una relación de no pagos de las diferencias pensionales que no fueron canceladas y que son reclamadas como retroactivo.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada presentó sus alegaciones finales, las cuales se encuentran consignadas en el expediente digital, y una vez cumplido el término para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VIII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, está obligada a reconocerle y pagarle al demandante GREGORIO ALARCÓN, la indexación de la primera mesada pensional reconocida mediante la Resolución N° RDP001975 del 22 de enero de 2018, las correspondientes diferencias pensionales y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Con el fin de resolver los reparos del apelante frente a si se hizo efectivo el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, se analizará lo

siguiente: (i) Desarrollo constitucional y jurisprudencial del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, (ii) fórmula establecida para aplicar la indexación y por último, (iii) análisis del caso concreto, con el fin de verificar si administrativamente la UGPP, le reconoció al demandante la indexación de la primera mesada pensional y las diferencias pensionales.

(i) Desarrollo constitucional y jurisprudencial del derecho a la indexación de la primera mesada pensional

El artículo 53 de la C.P. estableció los principios mínimos fundamentales del derecho, dentro de los cuales, se encuentra el de la remuneración mínima vital y móvil, cuya finalidad es mantener el poder adquisitivo de la remuneración que reciban los trabajadores. Igualmente, el artículo 48 de la Carta, con la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, estipuló que *“La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”*

Estos principios rectores, dieron origen a la indexación de la primera mesada pensional, que ha sido definida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-542 de 2016 en los siguientes términos *“La indexación de la primera mesada pensional es concebida como un instrumento que busca hacer frente al fenómeno de la inflación, el cual produce la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Así mismo, la actualización periódica de la mesada pensional es un mecanismo para garantizar el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, pues de lo contrario, la pérdida del poder adquisitivo de la misma les impediría satisfacer sus necesidades. Por tal razón, la indexación de la pensión es una medida concreta a favor de los pensionados, quienes, por regla general, son adultos mayores o sujetos de especial protección constitucional.”*

De acuerdo con lo anterior, la indexación de la primera mesada busca evitar que la pensión se devalúe por factores económicos como la inflación, cuando el trabajador culmine su vínculo laboral y transcurra un tiempo extenso hasta que se haga efectivo el reconocimiento de la prestación pensional a la cual tenga derecho.

Por lo tanto, la jurisprudencia ha establecido que para su procedencia debe transcurrir un lapso considerable entre la fecha de finalización del vínculo laboral y el reconocimiento de la pensión, ya que, según se explicó por parte de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL-2712 de 2022 *“...la indexación busca conjurar la devaluación del peso, que se materializa por el paso del tiempo sobre un salario que dejó de incrementarse por razón de la finalización del vínculo. Este supuesto no se presenta cuando no transcurre «ningún período en que su monto se hubiese podido devaluar» (CSJ SL, 27 ene. 2010, rad. 35763).”*

De igual forma, en la sentencia SL736 de 2013, reiterada en aquella con radicado SL2695 de 2022, se fijó el criterio según el cual el reconocimiento

este derecho es viable para aquellas pensiones legales y extralegales causadas en vigencia y con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, al manifestar que “De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.”

(ii) Fórmula establecida para aplicar la indexación

En lo que se refiere a la fórmula y liquidación de la indexación de la primera mesada pensional, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, estableció unos parámetros matemáticos que permiten actualizar el salario base de liquidación de las pensiones tomando como factor multiplicador y divisor el índice de precios del consumidor (IPS), que fue recientemente reiterado en la sentencia SL-2790 de 2022, y corresponde al siguiente:

$$\text{“VA= } \frac{\text{VH x IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

Donde:

VA= Valor actualizado

VH= Valor histórico correspondiente a la mesada pensional

IPC Final= Índice de precios al consumidor del mes en que se efectuará el pago

IPC Inicial= Índice de precios al consumidor del mes de causación de la mesada pensional”

(iii) Caso Concreto

En este caso, no es un hecho discutido que el señor **GREGORIO ALARCÓN** tiene la calidad de pensionado; en lo que se refiere a las condiciones en que se le otorgó el derecho a la pensión de jubilación, con el fin de establecer si es procedente la indexación de la primera mesada, se observa que la Resolución N° RDP 01975 de 2018, se indicó lo siguiente:

a. El demandante GREGORIO ALARCÓN laboró al servicio del Ministerio

de Salud Pública desde el 19 de enero de 1967 al 23 de mayo de 1968 y desde el 02 de octubre de 1968 al 29 de diciembre de 1995.

- b. Nació el 23 de noviembre de 1943, es decir, que cumplió los 60 años el 23 de noviembre de 1998, fecha en la que adquirió el estatus de pensionado.
- c. La pensión de jubilación le fue reconocida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE, mediante la Resolución N° 15023 de 13 de diciembre de 1999, en cuantía de \$423.587.33, efectiva a partir del 23 de noviembre de 1998.
- d. Teniendo en cuenta que el demandante presentó la solicitud de indexación de la primera mesada pensional el 06 de octubre de 2017, concluyó que se encontraban afectadas por la prescripción las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 06 de octubre de 2014.

Conforme se observa, entre el momento de la desvinculación del señor **GREGORIO ALARCÓN** del Ministerio de Salud Pública el 29 de diciembre de 1995 hasta la fecha en que se causó el derecho a la pensión de jubilación el 23 de noviembre de 1998, transcurrieron 2 años, 10 meses y 22 días; es decir, que se dio un lapso considerable entre la fecha del retiro hasta la fecha en que cumplió con los requisitos para pensionarse, por lo que era procedente indexar la primera mesada pensional; obligación con la que no se cumplió en el momento en que se expidió la Resolución N° 15023 de 13 de diciembre de 1999, en la cual no se tuvo en cuenta el fenómeno inflacionario que afectaba el poder adquisitivo del salario del actor.

Sin embargo, a petición del actor, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES**, procedió a indexar la primera mesada pensional mediante la Resolución N° RDP 01975 de 2018, estableciendo que el monto de esta prestación actualizada correspondía a la suma de **\$724.391.03**, por lo que se verificará si con esta decisión administrativa se garantizó este derecho, tal y como fue determinado por el A quo.

Para ello, se utilizará la fórmula descrita en precedencia, así:

| INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL | | | |
|-------------------------------------|---------------------|----------|---------------------|
| Fecha de retiro: | 29 diciembre 1995 | | |
| Fecha de causación pensión: | 23 noviembre 1998 | | |
| Mesada pensional reconocida: | \$423.587.33 | | |
| IPC Inicial: | 21.83 | | |
| IPC Final: | 36.10 | | |
| FÓRMULA | | | |
| Valor actual: | \$423.587.33 | x | <u>36.10</u> |
| | | | 21.83 |
| Mesada pensional indexada | \$700.481.11 | | |

Conforme se observa, la indexación de la primera mesada realizada por vía administrativa por la UGPP le resultó más favorable al demandante, por arrojar un valor superior, en razón a que los índices inicial y final, tomados como factor para realizar la indexación son superiores (44.72 - 26.15).

Pese a ello, la parte demandante alega que la UGPP no le dio cumplimiento a lo dispuesto en este acto administrativo, pues si bien se realizó la indexación de la primera mesada pensional, que ascendió a partir del mes de abril de 2018 a la suma de \$2.249.499,23, solo realizó un abono del retroactivo pensional por la suma de \$5.344.955.17.

En efecto, al revisar la Resolución N° RDP 01975 de 2018 se evidencia que, pese a que la UGPP ordenó la indexación de la primera mesada pensional del actor y se aplicó la prescripción sobre las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 06 de octubre de 2014, no se le incluyó retroactivo pensional que se causó por tal concepto desde esta fecha y hasta marzo de 2018, ya que fue en abril de dicha anualidad que fue incluida en nómina la indexación de la primera mesada pensional conforme lo ordenado en el acto administrativo mencionado.

Al revisar la certificación de pago de las mesadas pensionales al demandante y que fuera expedida por el FOPEP el 28 de febrero de 2020, se observa lo siguiente:

1. En el año 2014, la mesada pensional percibida por el actor era de \$1.079.706.98.
2. Para el año 2015 el monto de la mesada pensional equivalía a \$1.119.224.
3. En el año 2016 la mesada pensional correspondía a la suma de \$1.194.995.
4. En el año 2017 recibía una mesada pensional de \$1.263,708.
5. En los meses de enero, febrero y marzo de 2018 recibía una mesada pensional de \$1.315.393.66.
6. A partir del mes de abril de 2018, el demandante recibió una mesada pensional de \$2.249.499, y en esa fecha se le cancela la suma de \$8.491.856.23, sin precisar a qué periodo de retroactivo pensional corresponde.

En ese orden de ideas, resulta necesario realizar el cálculo del retroactivo de las diferencias pensionales que surgieron con ocasión de la indexación de la primera mesada pensional reconocida al demandante que surgieron desde el 06 de octubre de 2014 al 31 de marzo de 2018, para efectos de determinar si tal obligación se cumplió con el pago realizado por FOPEP por la suma de \$8.491.856.23, o si aún hay diferencias pensionales adeudadas al actor, conforme lo siguiente:

| Año | Mesada pagada | Mesada Indexada | Diferencia | Nº Mesadas | Total Diferencias |
|--|-----------------|-----------------|---------------|------------|-------------------------|
| 2014 | \$ 1.079.706,98 | \$ 1.846.443,47 | \$ 766.736,49 | 1 | \$ 943.085,88 |
| 2015 | \$ 1.119.224,26 | \$ 1.914.023,30 | \$ 794.799,04 | 14 | \$ 11.127.186,56 |
| 2016 | \$ 1.194.995,74 | \$ 2.043.602,68 | \$ 848.606,94 | 14 | \$ 11.880.497,16 |
| 2017 | \$ 1.263.708,00 | \$ 2.161.109,83 | \$ 897.401,83 | 14 | \$ 12.563.625,62 |
| 2018 | \$ 1.315.393,66 | \$ 2.249.499,23 | \$ 934.105,57 | 3 | \$ 2.802.316,71 |
| TOTAL DIFERENCIAS PENSIONALES | | | | | \$ 39.316.711,93 |
| RETROACTIVO DIFERENCIAS PENSIONALES PAGADO POR EL FOPEP | | | | | \$ 8.491.856,23 |
| DIFERENCIAS PENSIONALES ADEUDADA | | | | | \$ 30.824.855,70 |

Conforme se evidencia, le asiste razón al apelante respecto a que la UGPP pese a que indexó la primera mesada pensional no reconoció ni pagó el retroactivo de las diferencias pensionales causadas por aquellos periodos no prescritos que correspondían a la suma de \$39.316,711,93, ya que solo canceló en abril de 2018, la suma de \$8.491.856.23, y solo bastaba realizar este cálculo aritmético para resolver sobre ello, situación que no fue analizada por el A Quo.

Así las cosas, se concluye que en efecto el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo de las diferencias pensionales originadas en la indexación de la primera mesada pensional, sin embargo, debe analizarse cómo afectó el fenómeno de prescripción estas acreencias, habida consideración que la demanda se presentó el 19 de julio de 2019; es decir, que para esa fecha se encontraban prescritas, las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 19 de julio de 2016.

Luego entonces, al realizar la respectiva liquidación del retroactivo pensional derivado de la indexación de la primera mesada, que por efectos de la prescripción se reconoce desde el 16 de julio de 2016 al 31 de marzo de 2018, este arroja lo siguiente:

| Año | Mesada pagada | Mesada Indexada | Diferencia | Nº Mesadas | Total Diferencias |
|--------------------------------------|-----------------|-----------------|---------------|------------|-------------------------|
| 2016 | \$ 1.194.995,74 | \$ 2.043.602,68 | \$ 848.606,94 | 6,53 | \$ 5.541.403,32 |
| 2017 | \$ 1.263.708,00 | \$ 2.161.109,83 | \$ 897.401,83 | 14 | \$ 12.563.625,62 |
| 2018 | \$ 1.315.393,66 | \$ 2.249.499,23 | \$ 934.105,57 | 3 | \$ 2.802.316,71 |
| TOTAL DIFERENCIAS PENSIONALES | | | | | \$ 20.907.345,65 |

Igualmente, se declarará probada la excepción de pago parcial en relación con este retroactivo, por lo que se ordenará descontar las sumas canceladas por el FOPEP en el mes de abril de 2018, por tal concepto equivalente a la suma de **\$8.491.856.23**.

Así las cosas, no queda otro camino a esta Sala que el de **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de agosto de 2021 y en su lugar se **CONDENARÁ** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES**, a reconocerle y pagarle al demandante **GREGORIO ALARCÓN**, la suma de **\$20.907.345,65**, por concepto de diferencias

pensionales causadas desde el 16 de julio de 2016 al 31 de marzo de 2018, como consecuencia de la indexación de la primera mesada pensional ordenada en la Resolución RDP 01975 de 2018.

En lo que se refiere a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en las sentencias SL 2790 de 2022 y SL 3130 de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que es permitida la imposición de estos intereses a pensiones que no se encuentren reguladas íntegramente en la Ley 100 de 1993, y que son procedentes "...sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago.»".

Así las cosas, pese a que el demandante solicitó por vía administrativa la indexación de la primera mesada el 06 de octubre de 2017, por aplicación del artículo 19 del Decreto 656 de 1994, serían procedentes una vez vencido el término de dos (4) meses dispuesto para la resolución de esta petición; sin embargo, dado que opera el fenómeno de prescripción, se ordenará el reconocimiento de los intereses moratorios desde el 16 de julio de 2016, sobre las diferencias pensionales adeudadas mes a mes hasta que se haga efectivo el pago.

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

IX. RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de agosto de 2021 y en su lugar, **CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES**, a reconocerle y pagarle al demandante GREGORIO ALARCÓN, la suma de **\$20.907.345,65**, por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 16 de julio de 2016 al 31 de marzo de 2018, como consecuencia de la indexación de la primera mesada pensional ordenada en la Resolución RDP 01975 de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES**, a reconocer y pagar al demandante **GREGORIO ALARCÓN**, los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 16 de julio de 2016, sobre las diferencias pensionales adeudadas mes a mes hasta que se haga efectivo el pago.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las diferencias pensionales e intereses moratorios reconocidos hasta el día 15 de julio de 2016.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de pago parcial en relación con este retroactivo, por lo que se ordenará descontar las sumas canceladas por el FOPEP en el mes de abril de 2018 por tal concepto, equivalente a la suma de **\$8.491.856.23**.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 111, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 6 de octubre de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54 001 31 05 002 2016 00367 00

Partida Tribunal: 19304

Juzgado: Juzgado Segundo Laboral Circuito de Cúcuta

Demandante: JULIO MARIO SAN JUAN SANGUINO-
MAGALY ALICASTRO QUIROZ y JAVIER MAURICIO
PIÑEROS PEÑALOZA.

Demandada (o): Fondo Nacional del Ahorro y otros

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, cinco (05) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación presentados por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 16 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2016-00367-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19304 promovido por los señores JULIO MARIO SAN JUAN SANGUINO, MAGALY ALICASTRO QUIROZ y JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

Los demandantes, por intermedio de apoderado judicial instauraron demanda ordinaria laboral en contra de las empresas FONDO NACIONAL DEL AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S, pretendiendo la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo con la primera de ellas, en los siguientes periodos:

JULIO MARIO SANJUAN SANGUINO del 23 de abril de 2012 hasta el 18 de septiembre de 2015.

MAGALY ALICASTRO QUIROZ, desde el 20 de marzo de 2012 al 18 de septiembre de 2015.

JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA desde el 19 de abril de 2009 hasta el 30 de mayo de 2015.

Solicitó la parte activa que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. a:

- Reconocer y pagar los salarios como si se tratase de trabajadores oficiales del Fondo Nacional del Ahorro por el término de la relación laboral.
- Reconocer y pagar todas las prestaciones sociales e indemnizaciones legales y todas las prerrogativas extralegales o convencionales a que tienen derecho los trabajadores de confirmidad con la ley y las convenciones colectivas vigentes durante la relación laboral, tales como:
 - o Indemnización por despido.
 - o Subsidio de alimentación
 - o Auxilio de educación y guardería.
 - o Bono navideño.
 - o Beneficio de alimentación- Bienestar social.
 - o Primas- auxilios y beneficios: auxilio de transporte, prima de antigüedad, prima técnica, prima de servicios, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación.
 - o Dotación.
 - o Prima quinquenal.
 - o Incremento salarial.
 - o Bonificación por firma de la Convención.
- Que se declare que constituyen factor salarial y prestacional los siguientes beneficios o derechos convencionales:
 - o Subsidio de alimentación.
 - o Auxilio de transporte.
 - o Prima de antigüedad.
 - o Prima técnica.
 - o Prima de servicios.
 - o Prima extraordinaria.
 - o Prima de vacaciones.
 - o Estímulo de recreación.
 - o Prima de navidad.
 - o bonificación por servicios prestados.
 - o Bonificación especial de recreación.
- Que como consecuencia de esto, se reliquiden y paguen:
 - o Auxilio de cesantías.

- Intereses a las cesantías.
 - Vacaciones.
 - Primas a que tengan derecho.
-
- Que se condene al pago de la indemnización por no pago oportuno de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.
 - Que se reconozca y pague la sanción por el no pago de interese a las cesantías.
 - Que se reconozca y pague la sanción por no consignación oportuna de las cesantías.
 - Se reliquiden y paguen los aportes a seguridad social en salud y pensión a que tienen derecho los trabajadores, tomando como ingreso base de liquidación lo reconocido en el proceso.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

HECHOS ESPECÍFICOS

1. JULIO MARIO SAN JUAN SANGUINO indicó lo siguiente como fundamento fáctico de su causa petendi:

- a. Que laboró como trabajador en misión de TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ, S.A. en el FNA desde el 23 de abril de 2015 y hasta el 28 de noviembre de 2012, desde el 11 de marzo de 2013 y hasta el 10 de marzo de 2014 y desde el 11 de marzo de 2014 y hasta el 30 de noviembre de 2014.
- b. Que laboró como trabajador en misión de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, S.A. desde el 01 de diciembre de 2014 y hasta el 18 de septiembre de 2015.
- c. Que desempeñó el cargo misional de COMERCIAL II, siendo sus funciones las propias y permanentes del área comercial de FNA.
- d. Que su último salario fue \$1.785.000.

2. MAGALY ALICASTRO QUIRÓZ

- a. Que laboró como trabajador en misión de TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ, S.A. en el FNA desde el 20 de marzo de 2012 y hasta el 30 de enero de 2013, desde el 01 de febrero de 2013 y hasta el 27 de enero de 2014 y desde el 28 de enero de 2014 y hasta el 30 de noviembre de 2014.
- b. Que laboró como trabajador en misión de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, S.A. desde el 01 de diciembre de 2014 y hasta el 18 de septiembre de 2015.

- c. Que desempeñó el cargo misional de COMERCIAL III, siendo sus funciones las propias y permanentes del área comercial de FNA.
- d. Que su último salario fue \$1.750.000.
- e. Que OPTIMIZAR le adeuda, así como al señor SANJUAN SANGUINO, los salarios y prestaciones sociales del periodo laborado con dicha empresa.

3. JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA

- a. Que laboró como trabajador en misión de TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ, S.A. en el FNA desde el 19 de abril de 2009, hasta el 30 de enero de 2010, desde el 05 de abril de 2010 hasta el 25 de marzo de 2011, desde el 24 de abril de 2011 hasta el 13 de marzo de 2012, desde el 14 de marzo de 2012 hasta el 30 de enero de 2013, desde el 14 de marzo de 2012 y hasta el 30 de enero de 2013, desde el 01 de febrero de 2013 y hasta el 27 de enero de 2014, desde el 28 de enero de 2014 y hasta el 30 de noviembre de 2014. .
- b. Que laboró como trabajador en misión de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, S.A. desde el 01 de diciembre de 2014 y hasta el 11 de mayo de 2015.
- c. Que desempeñó el cargo misional de COMERCIAL II, siendo sus funciones las propias y permanentes del área comercial de FNA.
- d. Que su último salario fue \$1.680.000.

HECHOS COMUNES

- a. Que el manual específico de funciones del FNA establece las funciones del trabajador oficial- Auxiliar Administrativo AA 1 del área comercial, las cuales son similares a las desempeñadas por los señores demandantes en calidad de trabajadores en misión, en los cargos de COMERCIAL II y COMERCIAL III.
- b. Que de conformidad con la escala salarial del FNA los trabajadores oficiales AA 1 tienen un salario base de \$1.787.285 y auxilio de alimentación mensual de \$483.000.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, mediante contestación vista a folios 408 a 416, se opuso totalmente a las pretensiones, manifestando que los demandantes nunca fueron trabajadores de la entidad; que si prestaron servicios a la misma, lo hicieron en calidad de trabajadores en misión como lo indican en los hechos del libelo demandatorio, situación aceptada por la ley al tenor de

la Ley 50 de 1990; que igualmente, a los demandantes se les cancelaron todos los derechos laborales a que tenían derecho.

Como excepción previa propuso la de prescripción y como de fondo propuso las que denominó NO HABER TENIDO LA CALIDAD DE EMPLEADOR DE LOS DEMANDANTES, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

La empresa **TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S.**, dio formal contestación la demanda incoada en su contra mediante escrito visto a folios 730 a 745, indicando que los contratos que la empresa suscribió con los demandantes los hizo para enviarlos en misión a la empresa usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO, contratos que fueron por la duración de la obra o labor determinada, entre las fechas que se señalan en los hechos de la contestación a la demanda, para misiones distintas, cada una con razón de origen de contratación diferente, sin que ninguna de ellas superara el año de enganche, sin que se desdibujara la figura de la contratación de temporada, para disfrazar una relación permanente como temporal.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE JULIO MARIO PIÑEROS SANGUINO Y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ SAS, INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE MAGALY ALICASTRO QUIROZ Y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ SAS, INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA Y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ SAS, INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS Y COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE DE LA DEMANDADA, PAGO, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA EN LOS DEMANDANTES, COMPENSACIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS RECLAMADOS, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DE LOS DEMANDANTES Y LA GENÉRICA O INNOMINADA.

La empresa **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN** dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra; indicó que en el tiempo laborado por los demandantes en la empresa, se les cancelaron debidamente sus salarios; que en cuanto a sus prestaciones sociales, la concursada demandada tenía expresa prohibición legal de realizar dichos pagos al estar sujeto a las reglas de concurso, por expresa disposición de la Ley 1116 de 2006, por lo cual, las mismas serán pagadas dentro del proceso de liquidación judicial presentado ante el juez del concurso, en su debida etapa procesal, en el orden de prelación legal y hasta la concurrencia de los activos de la demandada.

Como excepciones de fondo propuso las de existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 16 de abril de 2021 resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que entre los señores Julio Mario Sanjuán Sanguino, Magaly Alicastro Quiroz y Javier Mauricio Piñeros Peñaloza, en calidad de trabajadores oficiales y el Fondo Nacional del Ahorro, existió un contrato individual de trabajo en la realidad con cada uno de ellos, de la siguiente manera.

a. Respecto del señor Julio Mario Sanjuán Sanguino, desde el 11 de marzo del año 2013 al 18 de septiembre del año 2015.

b. Respecto a la señora Magaly Alicastro Quiroz, desde el 1 de febrero del año 2013, al 18 de septiembre del año 2015.

c. Respecto al señor Javier Mauricio Piñeros Peñaloza, desde el 5 de abril del año 2010, al 11 de mayo del año 2015.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo Nacional del Ahorro, como empleador y de manera solidaria a las empresas de Servicios Temporales, Temporales 1A Bogotá sas y Optimizar Servicios Temporales S.A, a reconocer y pagar en favor de los demandantes los siguientes valores y conceptos:

a.) En favor del señor Julio Mario Sanjuán Sanguino:

1. Por concepto de salario adeudado para el año 2015, la suma de \$2.270.284,00 pesos.

2. Por concepto de prestaciones sociales y vacaciones de naturaleza legal del año 2015, correspondiente a \$5.248.687,00 pesos.

3. Por concepto de diferencia dejada de cancelar por prestaciones sociales y vacaciones de naturaleza legal durante la relación laboral de \$6.609.552,00 pesos

4. Por concepto de derechos laborales convencionales la suma de \$1.609.971,00 pesos.

5. Por concepto de indemnización moratoria del decreto 797 de 1949, la suma de \$181.347.395,00 pesos, sin perjuicio de los valores que se causen con posterioridad a esta decisión.

6. Por concepto de indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 del año 1990, la suma de \$66.714.744,00 pesos.

b) En favor de la señora Magali Alicastro Quiroz:

1. Por concepto de salario adeudado la suma de \$2.270.284 pesos.

2. Por concepto de prestaciones sociales y vacaciones de naturaleza legal adeudadas para el año 2015, correspondiente a la suma de \$5.248.687,00 pesos.

3. Por concepto de diferencia dejada de cancelar por prestaciones sociales y vacaciones de naturaleza legal durante la relación laboral la suma de \$6.609.552,00 pesos.

4. Por concepto de derechos convencionales no pagados, durante la relación laboral en la suma de \$1.609.971 pesos.

5. Por concepto de indemnización moratoria de la ley 797 de 1949, la suma de \$181.347.395 pesos, sin perjuicio de los valores, que se causen con posterioridad a esta decisión.

6. Por concepto de indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la suma de \$66.714.744,00 pesos.

c) En favor del señor Javier Mauricio Piñeros Peñaloza

1. Por concepto de diferencia dejada de cancelar por prestaciones sociales y vacaciones de naturaleza legal durante la relación laboral, la suma de \$6.937.141,00 pesos.
2. Por concepto de derechos convencionales no cancelados, durante la relación laboral, la suma de \$1.514.730,00 pesos.
3. Por concepto de indemnización moratoria del decreto 797 de 1949, la suma de \$192.674.482,00 pesos.
4. Por concepto de indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la suma de \$66.714.744,00 pesos.

TERCERO: Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, y no probadas las demás excepciones solicitadas, por las demandadas. Fondo Nacional Del Ahorro. Temporales 1ª Bogotá SAS y Optimizar Servicios Temporales S.A.

CUARTO: CONDENAR al Fondo Nacional del Ahorro, como empleador y de manera solidaria a las Empresas de Servicios Temporales 1A Bogotá SAS Y Optimizar Servicios, a reconocer y pagar, a la Administradora del Fondo en Pensiones, que escojan los demandantes, la diferencia dejada de cancelar por concepto de cotizaciones a pensión y los intereses moratorios exigidos por estas entidades de la siguiente manera:

A) Para el señor Julio Mario Sanjuán Sanguino, desde el 11 de marzo del año 2013 Al 18 de septiembre del año 2015, teniendo en cuenta un salario base de cotización, para el año 2013 de \$2.579.778,00 pesos, para el año 2014 \$2.727.484,00 pesos y para el año 2015 \$2.832.078,00 pesos.

B) Para la señora Magali Alicastro Quiroz, desde el 1 de febrero del año 2013, hasta el 18 de septiembre del año 2015, teniendo en cuenta un ingreso base de cotización real de para el año 2013 de \$2.579.778,00 pesos, para el año 2014 \$2.727.484,00 pesos y para el año 2015, la suma de \$2.832.078,00 pesos.

C) Para el señor Javier Mauricio Piñeros Peñalozza, desde el día 5 de abril del año 2010 al día 11 de marzo del año 2015, teniendo en cuenta, un ingreso base de cotización, para el año 2010 de \$2.283.774,00 pesos, para el año 2011 \$2.338.624,00 pesos, para el año 2012 \$2.457.523,00 pesos, para el año 2013 \$2.579.778,00 pesos, para el año 2014 \$2.727.484,00 pesos y para el año 2015 \$2.832.078,00 pesos.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que se probó que entre los demandantes de manera individual con la entidad demandada existió un contrato realidad, ello teniendo en cuenta que se desbordaron los límites temporales para que los trabajadores fuesen vinculados como trabajadores en misión, establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y en el artículo 6º del Decreto 4369 del año 2006.

Respecto a los derechos laborales pretendidos, las condenas y por diferencia salarial respecto a los trabajadores oficiales del Fondo Nacional del Ahorro, indicó que se comprobó que los demandantes fueron vinculados para desarrollar labores o funciones como auxiliares administrativos dentro del área comercial Grado uno, en los mismos términos que lo desarrollaron los trabajadores oficiales al interior de esta entidad, a pesar que a los demandantes se les dio una denominación como asesores comerciales Grado dos o tres, por lo que procedió a realizar las liquidaciones correspondientes.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Mostró la parte demandante su descontento con la anterior sentencia, en el sentido que no les cancelaron a los demandantes, algunas prerrogativas convencionales a los que considera tienen derechos, tales como el auxilio de educación y guardería consagrado en el artículo 16 al cual tendrían derecho los señores Magali Ali Castro y Javier Mauricio Piñeros, debido a que los dos allegaron el registro civil de nacimiento de sus hijos, se hace la solicitud de eso en uno de los hechos, en particular en el hecho 26 donde se indica que la señora Magaly Ali Castro Quiroz es madre de Keila Milder Moreno AliCastro; que durante la relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro tenía la calidad de estudiante, luego sería beneficiaria de dicha prerrogativa convencional.

Que para el caso del señor Javier Mauricio Piñeros (hecho 27) se indica que es padre de Miguel Mauricio Piñero Sandoval y padre de crianza de Darren Camilo Sandoval, que durante la relación laboral con el Fondo Nacional tenían la calidad de estudiantes y se allegaron los respectivos registros civiles de nacimiento en copia auténtica y de las certificaciones educativas donde dan fe de su calidad de estudiantes.

Solicitó así mismo el bono navideño para los hijos de los trabajadores, conforme al artículo 17 de la Convención Colectiva para el caso de Magali Ali Castro y Javier Mauricio Piñero; que para el caso de Javier Mauricio Piñero la Convención colectiva reconoce una prima de antigüedad del artículo 25 esta se causa por haber laborado cinco años y el señor Mauricio Piñero, se reconoció su relación laboral por dicho término; mencionó la prima técnica, la prima de servicios, prima extraordinaria, así como la dotación, que según la certificación del 29 de noviembre del 2017 de la Jefa de Edición de Gestión en el Fondo Nacional del Ahorro al Auxiliar Administrativo grado 01 de la Misión Comercial entre los años 2009 y 2015 se les suministró dotación de vestido y calzado de los almacenes Arturo Calle y que para el 2012 se suministraron bonos o vales de dotación por valor de \$380.000, que para el año 2013 suministró bono de dotación a cada trabajador por la suma de \$420.000 para los hombres y \$380.000 para mujeres, para los años 2014 y 2015 suministraron bonos iguales de dotación a cada trabajador oficial representado por \$445.000 para hombre y \$380.000 para mujeres; que de conformidad con la Convención colectiva, constituye salario el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de antigüedad, la prima técnica, la prima de servicio, la prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, prima de navidad, bonificación de servicios prestados, prima especial de recreación.

Así mismo, se refirió a las costas fijadas por el proceso, teniendo en cuenta las disposiciones actuales y en especial las que remiten a los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, este se trata de un proceso declarativo de

primera instancia y de acuerdo a estos las agencias de derecho se fijan en un porcentaje del 7% de la condena económica que se haya logrado.

2. PARTE DEMANDADA- FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Interpuso la entidad recurso de apelación con el fin que se revoque cada uno de sus puntos de la parte resolutive.

Alegó que demandantes acordaron mediante contratos suscritos con las empresas de servicios temporales, prestarles a ellas un contrato o un servicio en condición de trabajadores en misión, en una usuaria, sin que en dichos contratos se precisara cuál era la empresa usuaria, lo que quiere decir que las empresas de servicios temporales eran quienes decidían junto con sus trabajadores a qué empresa usuaria iban a prestar el servicio como trabajador en misión.

Indicó que el FONDO celebró con las empresas temporales contratos de prestación de servicios para la realización de unas actividades donde la temporal se compromete a cumplir las mismas del personal propio de éstas, es decir, que es la empresa temporal, quien conociendo su personal calificado, decide a quien enviar a realizar el desarrollo del objeto acordado en el contrato de prestación de servicio, acudiendo a la figura jurídica contemplada en el Decreto 24 del 98, sin que pudiera entrar a transgredir la autonomía de la empresa temporal de escoger sus propios trabajadores para enviarlos en misión para el desarrollo de las actividades contratadas.

Que es por eso que el único y verdadero empleador son las empresas de servicios temporales frente a los demandantes.

Que en esta relación jurídico comercial entre la empresa usuaria y las empresas de servicios temporales legalmente constituidas, que fue concretada mediante un contrato de prestación de servicios y celebrado bajo las condiciones y características del artículo 81 De la Ley 50 del 90, se tiene que fue celebrado con el único ánimo de realizar actividades con personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, surgiendo entre la empresa temporal y el trabajador un vínculo jurídico laboral que es autónomo, autónomo, independiente de la relación comercial suscrita con la usuaria y es por eso que la empresa de servicios temporales, por el carácter de único y verdadero empleador, canceló, pagó, afilió todos los derechos que le correspondían o leerán a los trabajadores, como también es quien decide a que empresa o usuario será asignado para realizar su labor en misión y decide de igual manera el tiempo que va a contratar con sus trabajadores y por esta autonomía la empresa usuaria no podía interferir en sus decisiones.

Que el Fondo Nacional del Ahorro siempre actuó bajo los postulados de la buena fe y ante el absoluto convencimiento que estas actuaciones se encuentran dentro del ordenamiento jurídico que las respalda.

3. PARTE DEMANDADA- OPTIMIZAR TEMPORALES, SAS- EN LIQUIDACIÓN

Apeló la empresa la anterior sentencia en cuanto a que con la contestación de la demanda se manifestaron las razones por las cuales no se han efectuado los pagos de prestaciones sociales de manera oportuna a cada uno de los demandantes, allegándose el Certificado de Cámara de Comercio, donde se evidenció que la empresa temporal optimizar servicios temporales fue admitida en proceso de reorganización desde el 16 de febrero de 2016, razón por la cual quedo sometida a las reglas del juez del concurso de la Superintendencia de Sociedades, existiendo prohibición legal de dar algún pago a los acreedores, llámese financieros, laborales o de cualquier otra índole.

Que se informó en el proceso que fue afectada una póliza de prestaciones legales ante el Ministerio de Trabajo, con el fin de cancelar las acreencias a los trabajadores a quienes se les adeudaban algunas sumas al momento de entrar la empresa en reorganización, como es el caso de la señora Magaly quién fue beneficiaria de la póliza 24I7987 y a quién se le adeudaba la suma de \$2.433.900, suma que debía ser cancelada por la aseguradora, como bien se informó en la documental que reposa en el expediente y que fue recibida de la aseguradora Confianza; que también se informó que al señor San Juan Sanguino Julio Mario, se le debía la suma de \$2.487.394, existiendo justificación clara respecto de los pagos de las prestaciones de estas dos personas.

Que también se allegó información de que al señor al demandante Javier Piñero se le efectuó por parte de la aseguradora el pago de sus prestaciones sociales.

Indicó que existe una justificación clara al actuar de la empresa al no cancelar las prestaciones sociales a los demandantes, solicitando a la Sala evidenciar su obrar de buena fe.

Alegó también que se acreditó al despacho el pago de la seguridad social, conforme a lo establecido en cada uno de los contratos, con el valor sobre el ingreso base de liquidación, de acuerdo al salario que allí percibía a cada uno de los demandantes, existiendo un completo desconocimiento, de que cada uno de estos demandantes era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo que tuviese el Fondo Nacional del Ahorro para con sus trabajadores. Que en este caso no tendría por qué OPTIMIZAR efectuar una cotización diferente a la que se pactó con cada uno de los trabajadores, luego no daría lugar a esta condena solidaria.

Que igualmente los salarios le fueron cancelados en su momento a los trabajadores y se debe tener en cuenta que posterior al proceso de reorganización que se evidencia en el Certificado de Cámara de Comercio, el Juez de Superintendencia de Sociedades declaró la apertura del proceso de liquidación judicial desde el 16 de noviembre de 2016, encontrando también otra razón jurídica válida para no efectuar ningún pago a los acreedores,

existiendo una prohibición jurídica y también material de efectuar el pago y ninguno de los demandantes inscribió esta demanda previo a la fecha que establece la Ley, por lo que no están dentro del proyecto de calificación, ni de graduación de créditos ni tienen vocación de pago.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se encuentran debidamente consignados en el expediente digital, y una vez cumplido el término otorgado para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en los recursos de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar si (i) entre cada uno de los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO existieron sendos contratos de trabajo en los términos declarados por el A quo, y en caso afirmativo, (ii) si son beneficiarios aquellos de los beneficios convencionales solicitados por la parte activa en su recurso de apelación, con su respectiva incidencia salarial; así mismo, se revisará (iii) los pagos de las prestaciones sociales realizados a los demandantes producto de la afectación de las pólizas por parte de OPTIMIZAR, así como (iv) la condena en solidaridad frente al pago de los aportes a la seguridad social en pensiones a que fuera condenada esta empresa.

Procede entonces la Sala a determinar si en el presente caso existieron, tal como la alega la parte activa y como fuera declarado por el A quo, sendos contratos de trabajo entre las partes, los cuales fueron disfrazados utilizando la figura de la tercerización, a través de distintas empresas de servicios temporales, o si, como insiste la parte demandada, dichas empresas eran las verdaderas empleadoras de los demandantes, siendo el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, simplemente la empresa usuaria del servicio.

Conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a nuestro procedimiento laboral por integración normativa del artículo 145 del C.P.L., quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos consagrados en una norma debe probar los supuestos de hecho consagrados en ella.

En punto de la demostración probatoria que les corresponde a los trabajadores, ha de decirse que inicialmente deben encausar sus pruebas en

aras de comprobar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, lo que logran a través de la prueba documental aportada, así:

| Trabajador | Empresa Temporal | Fecha inicio | Fecha terminación | Días dejados de trabajar entre contratos | Folio |
|----------------------------------|--------------------------------|-------------------------|-------------------------|--|-------|
| MAGALY ALICASTRO QUIROZ | Uno A Bogota SAS | 20 de marzo del 2012 | 30 de enero del 2013 | | 1537 |
| | Uno A Bogota SAS | 01 de febrero de 2013 | 27 de enero del 2014 | 1 | 1537 |
| | Uno A Bogota SAS | 28 de enero de 2014 | 30 de noviembre de 2014 | 0 | 1537 |
| | Optimizar Servicios Temporales | 01 de julio del 2015 | 18 de septiembre 2015 | 212 | 1539 |
| JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOSA | Uno A Bogota SAS | 16 de abril del 2009 | 30 de enero del 2010 | | 1507 |
| | Uno A Bogota SAS | 05 de abril del 2010 | 25 de marzo de 2011 | 64 | 1507 |
| | Uno A Bogota SAS | 24 de abril del 2011 | 13 de marzo del 2012 | 29 | 1507 |
| | Uno A Bogota SAS | 14 de marzo de 2012 | 30 de enero de 2013 | 0 | 1507 |
| | Uno A Bogota SAS | 01 de febrero de 2013 | 27 de enero de 2014 | 1 | 1507 |
| | Uno A Bogota SAS | 28 de enero de 2014 | 30 de noviembre de 2014 | 0 | 1507 |
| | Optimizar Servicios Temporales | 01 de diciembre de 2014 | 29 de mayo de 2015 | 0 | 1509 |
| JULIO MARIO SAN JUAN SANGUINO | Uno A Bogota SAS | 23 de abril del 2012 | 28 de noviembre de 2012 | | 1467 |
| | Uno A Bogota SAS | 11 de marzo de 2013 | 10 de marzo de 2014 | 101 | 1467 |
| | Uno A Bogota SAS | 11 de marzo del 2014 | 30 de noviembre de 2014 | 0 | 1467 |
| | Optimizar Servicios Temporales | 01 de diciembre de 2014 | 18 de septiembre 2015 | 0 | 1468 |

Así mismo, las empresas de servicios temporales aceptaron en sus contestaciones que los demandantes prestaron sus servicios, como trabajadores en misión, a favor de la empresa usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Entonces, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 del CST, se presume que entre las partes de esta litis existió un contrato de trabajo, invirtiéndose la carga de la prueba recayendo en la parte demandada, la necesidad de

demostrar que no existió subordinación en la relación de trabajo sostenida con los actores.

Partiendo de lo anterior, y con el fin de desvirtuar la existencia del contrato de trabajo pretendido por los demandantes, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO alegó que la relación con estos, se dio a través de empresas de servicios temporales, quienes fungían como verdaderas empleadoras de aquellos, y quienes los enviaban como trabajadores en misión al fondo, para ejercer los cargos de COMERCIAL II y COMERCIAL III.

Para dar peso a dichas manifestaciones, la demandada allegó al proceso como prueba los contratos estatales suscritos con las empresas TEMPORALES UNO- A y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., entre 2010 y 2015, con sus correspondientes otrosí y pólizas de seguro.

Frente a la defensa esgrimida por EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, es menester dilucidar la controversia planteada a partir del artículo 53 de la Constitución Política, el cual consagra el principio de «primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales»; formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales.

Por su parte, el art. 35 del C.S.T. establece que se consideran como simples intermediarios «las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}. 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. (...)»

Como queda visto, cuando se agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de propiedad de la empresa usuaria, para el beneficio de esta y en actividades ordinarias inherentes al objeto social, se considerarán simples intermedios. Al no manifestar su calidad de tal, están obligados a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de la empresa usuaria.

Analizando entonces la figura de la intermediación laboral, la cual fue utilizada en este caso por la demandada, se encuentra que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define la empresa de servicios temporales como “aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”.

En este artículo, se resalta el carácter temporal de la mencionada figura, característica ésta que debe gobernar en los casos en los que la ley autoriza su utilización, consagrados de la siguiente manera en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990:

“Artículo 77. 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”.

Teniendo claro lo anterior, y revisando las condiciones de la contratación de los demandantes a través de las diferentes EST, se observa que no solo no se respetó la naturaleza temporal de la vinculación, sino que ésta no se dio bajo alguna de las circunstancias excepcionales exigidas por la ley; y es que haber desarrollado labores en el cargo de COMERCIAL, a favor de una empresa estatal de carácter financiero, durante tres o cinco años, no puede considerarse como una relación netamente transitoria u ocasional, incluso si se hubiera utilizado más de una EST para el efecto.

Lo anterior, dado que, como lo manifestó la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sentencia SL35208 de 2018, *“las empresas usuarias no pueden encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado”*.

Igualmente, la mencionada Corporación, en sentencia CSJ SL17025-2016, consideró lo siguiente:

“Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador”.

Entonces, con fundamento en el principio de primacía de la realidad frente a las formas y con apoyo en el artículo 34 del C.S.T., es posible afirmar que las empresas de servicios temporales a través de las cuales se vinculó a los

demandantes para que prestaran sus servicios a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, eran simples intermediarias de la relación laboral real, en la cual fungió como verdadera empleadora dicha entidad. Y es que, analizado en conjunto el material probatorio aportado al proceso, lo que aconteció en este caso, es que en la realidad el FONDO NACIONAL DEL AHORRO excedió los límites impuestos en la ley para la celebración y ejecución de contratos de suministro de personal en labores misionales permanentes, con el fin de disfrazar una verdadera relación de trabajo, evitando así reconocer a sus subordinados, los derechos labores que por ley le correspondían.

Así las cosas, al haberse demostrado en juicio la prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la entidad demandada, a través de sendos contratos de trabajo revestidos fraudulentamente como contratos celebrados con terceros intermediarios, es posible concluir que existió, como bien lo declaró el Juez A quo, sendas relaciones de trabajo entre cada uno de los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, siendo aquellos trabajadores oficiales, en virtud de la naturaleza jurídica de la entidad, como empresa industrial y comercial del estado, calidad establecida en la Ley 432 de 1998.

Es de aclarar que no serán objeto de estudio en esta instancia los **extremos temporales** de las relaciones declaradas dado que escapan de la órbita de esta Sala, en cuanto no fueron objeto de reproche por alguna de las partes, debiéndose entonces CONFIRMAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de abril de 2021.

Se aclara igualmente que no se revisará el cargo ni el sueldo al cual fueron nivelados los actores respecto de los trabajadores oficiales que se desempeñaban al interior del FONDO NACIONAL DE AHORRO, así como la liquidación de las condenas impuestas por el A quo, tópicos estos que no fueron motivo de inconformidad por alguna de las partes, ya que la pasiva únicamente se limitó a mencionar los numerales de la sentencia apelada con los cuales no se encontraba de acuerdo, sin que hubiese presentado argumento alguno en contra de las condenas impuestas y las liquidaciones efectuadas por el A quo, debiéndose dejar incólumes las mismas, debiéndose estudiar únicamente las inconformidades planteadas por la parte demandante, respecto de ciertos derechos convencionales que fueron otorgadas por el A quo con su correspondiente incidencia salarial.

ACRENCIAS CONVENCIONALES

Como se indicó en la proposición del problema jurídico, acreditada la existencia del contrato de trabajo alegado, y en virtud a la naturaleza de la entidad demandada y la calidad de trabajadores oficiales que ostentan los demandantes, cuando se declara la ilegalidad de la vinculación realizada a través de Empresas de Servicios Temporales, el trabajador puede ser beneficiario de las siguientes prerrogativas:

1. Nivelación Salarial y Prestacional, demostrando que en la entidad demandada el cargo desempeñado por el trabajador en misión, existe en la respectiva planta de personal percibiendo una remuneración superior a la devengada, no obstante desarrollar idénticas funciones.
2. Acceder a los beneficios convencionales de los cuales son acreedores los trabajadores de planta de la empresa.
3. En virtud a la declaratoria del contrato de trabajo y su calidad de trabajadores oficiales, acceder a las prestaciones y emolumentos legales derivados de dicha relación, tales como prima de navidad entre otros.

Así las cosas, procederá la Sala a establecer la viabilidad de las condenas en ese sentido solicitadas por la parte demandante, teniendo en cuenta la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo y que fue correctamente declarada como probada de manera parcial por el A quo, respecto de las acreencias causadas con anterior **al 09 de febrero de 2013**, en tanto a folio 212 y ss se evidencia la reclamación administrativa presentada ante el FONDO NACIONAL DE AHORRO el 09 de febrero de 2016.

II. BENEFICIOS CONVENCIONALES

Alegó la parte demandante en su recurso de apelación que el Juez A quo no concedió la totalidad de los beneficios convencionales a que tienen derecho los demandantes, habiéndose limitado el togado a liquidar aquellos que se encontraban incluidos en la certificación expedida por la Jefe de la División de Gestión Humana del FNA el día 29 de noviembre de 2027, sin que revisara aquellos que están consagrados en la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO (que fue aportada al proceso) y que fueron debidamente solicitados en la demanda.

Así las cosas, procede esta Sala a revisar los beneficios que fueron pretendidos en el libelo demandatorio con el fin de determinar si procede o no su pago para cada uno de los demandantes, así como su incidencia salarial, teniendo en cuenta que el A quo incluyó en su liquidación aquellas de prima extraordinaria, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación de recreación, estímulo de recreación, bonificación por servicios y auxilio de alimentación.

- Indemnización por despido

Según el artículo 10 de la CCT, los trabajadores del FNA vinculados con contratos a término indefinido no estarán sujetos al plazo presuntivo definido en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, y su tabla de indemnización será la siguiente:

- a. 45 días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un año.
- b. Si el trabajador tuviere más de un año de servicio continuo y menos de cinco, se le pagarán 45 días de salario por el primer año y 15 de salario por cada uno de los años de servicios adicionales al primero, y proporcionalmente por fracción.
- c. Si el trabajador tuviere 5 o más año de servicio y menos de 10, 45 días de salario por el primer año y 20 de salario por cada uno de los años de servicios adicionales al primero, y proporcionalmente por fracción.
- d. Si el trabajador tuviere 10 o más años de servicio continuo, 45 días de salario por el primer año y 40 de salario por cada uno de los años de servicios adicionales al primero, y proporcionalmente por fracción.

Así las cosas, al corroborar el tiempo laborado declarado por el A quo, liquidado con base en el salario incluido en la certificación elaborada por el FNA vista a folio 921 para el año 2015, es menester condenar a la entidad demandada al pago a favor de cada trabajador, de los siguientes valores:

| Trabajador | Salario base liquidación 2015 | Días de compensación | Total indemnización por despido |
|----------------------------------|-------------------------------|----------------------|---------------------------------|
| Julio Mario San Juan Sanguino | \$ 1.787.284 | 67,8 | \$ 4.039.262 |
| Magaly Alicastro Quiróz | \$ 1.787.284 | 69,5 | \$ 4.140.541 |
| Javier Mauricio Piñeros Peñaloza | \$ 1.787.284 | 127 | \$ 7.566.169 |

- Auxilio de educación y guardería

Artículo 16 CCT la empresa reconoce a los trabajadores (i) **guardería, preescolar, primaria y secundaria** para los hijos menores de 20 años que estén estudiando y/o tomen estos servicios, una suma equivalente a uno punto cinco (1.5) smlmv para matrícula y un smlmv para pago de pensiones y ayuda de textos escolares; (ii) **educación de pregrado** para cada uno de los hijos menores de 26 años de los trabajadores que dependan económicamente del trabajador y que adelantes estudios en instituciones legalmente aprobadas, en una suma de 1.25 smlmv por semestre.

Se aporta al plenario el registro civil de nacimiento de la hija de la señora MAGALY ALICASTRO (folio 77), así como la certificación expedida por la Universidad Francisco de Paula Santander (folio 78), sin que se allegara prueba alguna de dependencia económica respecto de la trabajadora, por tanto la misma no procede para esta.

Frente al señor JAVIER MAURICIO PIÑERES PEÑALOZA se allegan los certificados de nacimiento de sus hijos Miguel Mauricio y Lucciana Piñeres Sandoval, así como de su hijo de crianza Darreen Camilo Sandoval Parada, todos menores de edad, aportándose certificado de estudios de primaria y

bachillerato de estos dos últimos, por lo que tiene derecho el trabajador al **pago de la suma total de \$9.249.250.**

- **Bono navideño**

Consagrado en el artículo 17 de la CCT 2012, establece que los trabajadores del FNA recibirán un bono, equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, durante los primeros 10 días del mes de diciembre, el cual se puede cancelar en efectivo y no constituye factor salarial ni prestacional.

Dado que el citado derecho parte del reconocimiento del Fondo Nacional de Ahorro a sus trabajadores, sin condiciones adicionales, los trabajadores demandantes tienen derecho al mismo, así:

| Trabajador | 2013 | 2014 | Total |
|----------------------------------|------------|------------|--------------|
| Julio Mario San Juan Sanguino | \$ 589.500 | \$ 616.000 | \$ 1.205.500 |
| Magaly Alicastro Quiróz | \$ 589.500 | \$ 616.000 | \$ 1.205.500 |
| Javier Mauricio Piñeros Peñalosa | \$ 589.500 | \$ 616.000 | \$ 1.205.500 |

- **Beneficio de alimentación- Bienestar social**

Según el artículo 18 de la CCT, la empresa reconocerá un beneficio de alimentación para los cargos que a 31 de diciembre de 2001 tenían una asignación básica superior a la suma de \$730.702, equivalente al 75% de un smlmv, valor que no constituye factor salarial ni prestacional, no probando los trabajadores cumplir con el requisito establecido, por tanto, no procede.

- **Auxilio de transporte**

Literal a del artículo 25. La empresa prestaba el servicio de transporte a todos sus trabajadores, desde sus sitios de residencia a la entidad y viceversa, sin que se especifique su pago en efectivo, y al no haber probado los trabajadores que residían a más de 1.000 metros que su lugar de trabajo, en los términos del artículo 4 del decreto 1258 de 1959, no procede su pago.

- **Prima de antigüedad**

Literal b del artículo 25, el FNA otorga la prima de antigüedad legal para los trabajadores del sector público, que se va incrementando en el mismo porcentaje en que se incrementa el sueldo básico, a los trabajadores “que en **la actualidad la poseen**”, y al no cumplir este último requisito, no procede para los demandantes.

- **Prima técnica**

Literal c. artículo 25. El FNA ha venido reconociendo y pagando este emolumento a los funcionarios que reunieron los requisitos de Ley. La Empresa continuará pagándola mensualmente en los porcentajes que lo ha hecho, a todos los trabajadores del FNA que en la actualidad la poseen y los demandantes no demostraron que tuvieran derecho a esta prestación, por tanto no procede condena a su favor.

- **Dotación**

Según el artículo 26 CCT, la empresa concederá las dotaciones de ley a los trabajadores que devenguen hasta 2.5 smlmv y aquellos que devenguen hasta 3 smlmv, recibirán dos dotaciones anuales, en el mes de junio de cada año.

Así mismo, en la certificación expedida por la Jefe de la División de Gestión Humana del FNA (folio 923) se observa que para los cargos de Auxiliar Administrativo Grado 01 y Grado 02 de la División Comercial de la empresa, se otorgaron en 2012 bonos o vales de dotación a cada trabajador por un valor de \$380.000, en 2013 de \$420.000 para hombres y \$380.000 para mujeres y en 2014 y 2015, por un valor de \$445.000 para hombres y \$380.000 para mujeres, que liquidado teniendo en cuenta la excepción de prescripción declarada así como los extremos temporales de la relación laboral, arroja los siguientes valores a cancelar a favor de cada trabajador demandante:

| Trabajador | 2013 | 2014 | 2015 | Total |
|----------------------------------|------------|------------|------------|--------------|
| Julio Mario San Juan Sanguino | \$ 385.000 | \$ 445.000 | \$ 319.000 | \$ 1.149.000 |
| Magaly Alicastro Quiróz | \$ 348.333 | \$ 380.000 | \$ 272.300 | \$ 1.000.633 |
| Javier Mauricio Piñeros Peñaloza | \$ 385.000 | \$ 445.000 | \$ 161.930 | \$ 991.930 |

- **Prima quinquenal**

Artículo 28. Se otorgarán 6 días a los trabajadores que cumplan los primeros cinco años de servicio continuo en la empresa, procediendo únicamente para el señor **JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA en una suma de \$279.360.**

- **Bonificación por firmar convención**

Se otorga a los trabajadores que estuvieran vinculados al momento de la firma de la CCT, en una suma equivalente al smlmv de 2012, siendo procedente únicamente a favor del señor **PIÑEROS PEÑALOZA en una suma de \$566.700.**

Se aclara que los beneficios convencionales aquí otorgados no tienen incidencia salarial y por tanto no se procederá a reliquidar el salario base de liquidación de las prestaciones sociales como cesantías, sus intereses, primas de servicios y vacaciones a cuyo pago fue condenada la pasiva por el A quo.

APELACIÓN OPTIMIZAR

Alega la empresa OPTIMIZAR que la liquidación de las prestaciones sociales de los trabajadores correspondientes a 2015 se encuentra calificada y graduada dentro del proceso de liquidación judicial de la temporal, y que fueron afectadas las pólizas de salarios y prestaciones por parte de la Aseguradora Confianza y su pago ya se encuentra en proceso; sin embargo, al no haberse probado su pago efectivo a favor de los trabajadores, no es posible revocar las condenas impuestas en este sentido, debiendo mantener las mismas, aclarándose que, en caso de que se hayan realizado los pagos correspondientes, por los mismos conceptos y periodos, sean descontados los valores respectivos de la condena impuesta por el A quo.

Respecto de la condena en solidaridad controvertida por esta empresa, en tanto considera que realizó los pagos a los trabajadores con el salario que fue pactado en los contratos con cada uno de ellos, sin saber, de buena fe, que tenían derecho a pagos establecidos convencionalmente, es menester aclarar a la demandada que esta condena en solidaridad procede en virtud de la sanción establecida en el artículo 35 CST, el cual ordena lo siguiente:

ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.
2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.
3. El que celebre 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.**

En tal virtud, y al haberse probado en el proceso que OPTIMIZAR actuó como un simple intermediario sin haber declarado dicha calidad, es procedente la condena en solidaridad impuesta por el A quo, debiéndose mantener la misma.

Frente a la apelación del monto de las costas interpuesto por la parte activa, es menester aclarar que no es este el momento procesal idóneo para revisar

el mismo a la luz del numeral 5 del artículo 366 CGP por tanto, no procede su estudio.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a cargo de las empresas FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN y en favor de cada uno de los señores JULIO MARIO SAN JUAN SANGUINO, MAGALY ALICASTRO QUIROZ y JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 16 de abril de 2021 en cuanto absolvió al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de las demás pretensiones incoadas en su contra por los demandantes, y en su lugar, condenar a la entidad como empleador y de manera solidaria a las empresas de Servicios Temporales, Temporales 1A Bogotá sas y Optimizar Servicios Temporales S.A, a reconocer y pagar en favor de los demandantes los siguientes valores y conceptos:

- **Indemnización por despido:**

| Trabajador | Salario base liquidación 2015 | Días de compensación | Total indemnización por despido |
|----------------------------------|-------------------------------|----------------------|---------------------------------|
| Julio Mario San Juan Sanguino | \$ 1.787.284 | 67,8 | \$ 4.039.262 |
| Magaly Alicastro Quiróz | \$ 1.787.284 | 69,5 | \$ 4.140.541 |
| Javier Mauricio Piñeros Peñaloza | \$ 1.787.284 | 127 | \$ 7.566.169 |

- **Auxilio de educación y guardería**, a favor del señor JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA de la suma total de **\$9.249.250**.

- **Bono navideño**

| Trabajador | 2013 | 2014 | Total |
|-------------------------------|------------|------------|--------------|
| Julio Mario San Juan Sanguino | \$ 589.500 | \$ 616.000 | \$ 1.205.500 |

| | | | |
|----------------------------------|------------|------------|--------------|
| Magaly Alicastro Quiróz | \$ 589.500 | \$ 616.000 | \$ 1.205.500 |
| Javier Mauricio Piñeros Peñaloza | \$ 589.500 | \$ 616.000 | \$ 1.205.500 |

- **Dotación**

| Trabajador | 2013 | 2014 | 2015 | Total |
|----------------------------------|------------|------------|------------|--------------|
| Julio Mario San Juan Sanguino | \$ 385.000 | \$ 445.000 | \$ 319.000 | \$ 1.149.000 |
| Magaly Alicastro Quiróz | \$ 348.333 | \$ 380.000 | \$ 272.300 | \$ 1.000.633 |
| Javier Mauricio Piñeros Peñaloza | \$ 385.000 | \$ 445.000 | \$ 161.930 | \$ 991.930 |

- **Prima quinquenal.** A favor del señor **JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA** en una suma de **\$279.360.**
- **Bonificación por firmar convención.** A favor de **JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA** en una suma de **\$566.700**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO:CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a cargo de las empresas FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN y en favor de cada uno de los señores JULIO MARIO SAN JUAN SANGUINO, MAGALY ALICASTRO QUIROZ y JAVIER MAURICIO PIÑEROS PEÑALOZA.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 111, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 6 de octubre de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54 001 31 05 002 2018 00129 00

Partida Tribunal: 19403

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: VICTOR JULIO GOMEZ RAMIREZ
Demandada (o): AEROCHARTER ANDINA S.A.S.

Tema: Contrato de Trabajo Realidad

Asunto: Consulta de Sentencia

San José de Cúcuta, **cinco (05)** de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la sentencia proferida el día 07 de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54 001 31 05 002 2018 00129 00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19403 promovido por el señor VICTOR JULIO GOMEZ RAMÍREZ en contra de AEROCHARTER ANDINA, S.A.S.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la empresa AEROCHARTER ANDINA, S.A.S. pretendiendo que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de febrero de 2010 el cual terminó unilateralmente y sin justa causa por el empleador el 10 de mayo de 2016; que se declare la nulidad y/o ineficacia del otrosí del contrato de trabajo del 01 de julio de 2014; en consecuencia, solicita que se le reliquiden las prestaciones sociales, vacaciones, aportes al SGSS, aportes parafiscales, la indemnización por despido injusto, con el salario que realmente corresponde, la sanción del artículo 99 Ley 50 de 1990, aquella por no pago de los intereses a las cesantías y la indemnización consagrada en el artículo 65 CST, sumas que solicita sean indexadas al momento del pago.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo demandatorio consignado en el expediente digital, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que tuvo un vínculo laboral con la pasiva originado mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de febrero de 2010, el cual terminó el 13 de mayo de 2016, mediante comunicación enviada por su empleadora.
2. Que recibía la suma de \$1.768.000 mensuales como salario.
3. Que el día 01 de julio de 2014, mediante la suscripción de un documento denominado OTROSÍ AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO, su empleadora, en abuso de su posición dominante, decidió modificar el monto del salario que venía percibiendo, mediante un “acuerdo” (que se vio obligado a firmar so pena de despido) donde se fijó el salario base de liquidación en \$1.060.800, suma que resulta de restar el 40 por ciento del salario base anterior, convirtiendo dicho porcentaje en una supuesta bonificación fija extralegal.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, AEROCHARTER ANDINA S.A.S. a través de su apoderado judicial dio formal contestación, aceptando parcialmente algunos hechos y se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que no existe prueba que demuestre que el trabajador fue obligado a firmar el otrosí para modificar el factor salarial; alegó que no adeuda suma alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación laboral y el pago total de la obligación.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 07 de julio de 2021, resolvió DECLARAR que entre el señor Víctor Julio Gómez Ramírez, como trabajador y Aerocharter Andina S.A.S., como entidad empleadora existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el día 1 de febrero del año 2010, hasta el día 13 de mayo del año 2016, declarando igualmente la ineficacia del acuerdo de exclusión salarial suscrito entre las partes, el 1 de julio del año 2014, el cual no produce efecto alguno, y en consecuencia condenó a la pasiva al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones,

indemnizaciones de los artículos 64, 65 y artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y de las cotizaciones al sistema general de pensiones.

Para fundamentar esta decisión, el Juez A quo manifestó que de lo advertido en la jurisprudencia expuesta en la sentencia y del análisis que se hace de las normas citadas, el despacho encuentra que el acuerdo al que llegaron las partes del 1 de julio del año 2017, se torna ineficaz por contrariar lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 43 de la misma normatividad, al excluir el 40% del salario que percibió el demandante hasta el mes de junio del año 2014 para cambiar la incidencia salarial y reducir el salario base liquidación a efectos de reconocer otra serie de derecho; que en dicho pacto no se advierte que se reconociera un mayor valor adicional por concepto de pago alimentación, vivienda, alimentación, transporte, primas extra legales, sino que, lo que se hace es restarle incidencia salarial a un pago constitutivo de salario que venía disfrutando la parte demandante, esto es, el señor Víctor Julio Gómez Ramírez hasta el día 30 de junio del año 2014.

VI. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada se encontró en desacuerdo con la anterior sentencia, por lo que interpuso en término recurso de apelación en su contra, manifestando que es necesario que se revise el tema de la flexibilización laboral frente al caso concreto, porque si bien es cierto todo el fundamento jurídico expuesto por el juzgado de instancia con la jurisprudencias anotadas, también es cierto que este tema que se trata aún más en el tema del Derecho laboral a nivel internacional, y también tiene fundamentos, no solamente legales, sino constitucionales en nuestro país, específicamente hablando de los motivos por los cuales se sustenta el otrosí que fue objeto de convenio en 1 de julio 2014; indicó que dicho acuerdo encuentra sustentación legal en el artículo 17 de la Ley 344 del 96, en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, en concordancia con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 18 y 209 de la Ley 10 del 93 sobre los pagos que no son constitutivos de salario, y la sentencia con radicado 5481 del 12 enero de 1993.

Reiteró la buena fe patronal de la empresa demandada para mantener la nómina de los trabajadores efectuando este acuerdo, porque si no hubiese sido posible, el acuerdo era entonces terminar los contratos de trabajo en ese preciso momento ya que la empresa tenía dificultades económicas, a lo cual se hizo referencia en los testimonios recaudados, respecto de que por el precio del dólar se afectaron los ingresos de la empresa, ya que esto afectó la importación de los repuestos de aeronaves, los cuales eran muy costosas en el momento en que ocurrió esta situación financiera por el alza del precio del dólar.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandante presentó sus alegaciones finales, las cuales se encuentran consignadas en el expediente digital, y una vez cumplido el término para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VIII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el “otro si” celebrado entre las partes es nulo conforme a lo expuesto por el demandante, ante la ocurrencia de vicios del consentimiento y causa ilícita, que además, vulnera los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador en los términos del art. 127 del CST, modificado por el precepto art 14 de la Ley 50 de 1990; o por el contrario, dicho pacto goza de plena validez al haberse concretado de mutuo acuerdo por las partes conforme lo estipula la figura de flexibilización salarial y fue establecido en el art. 127 del CST modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, tal como lo alega el apelante.

Resuelto lo anterior, y de accederse a la pretensión del actor, determinar si hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, e indemnización por despido injusto, al pago de la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del C.S.T. y de la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sentado lo anterior, conviene mencionar que no fue objeto de discusión entre los contendientes en litis, que suscribieron un contrato individual de trabajo a término indefinido, donde el trabajador ejerció la labor de técnico en línea de aviación con inicio el 01 de febrero de 2010 y terminación el 13 de mayo de 2016. Igualmente, no fue motivo de reparo que a partir de 2013 la empresa demandada fijó un salario mensual a favor del actor en la suma de \$1.768.000, y que el día 1º de julio de 2014 las partes celebraron un OTROSÍ al contrato de trabajo inicial que se visualiza a folios 10 a 14, pacto que es alegado por el demandante como nulo por encontrarse en contra de sus derechos laborales ciertos e indiscutibles, en este caso, la disminución del 40% del salario a título de “BONIFICACIÓN de carácter EXTRALEGAL lo cual no sería constitutivo de salario”.

Bajo las anteriores consideraciones, y revisando los hechos relevantes del proceso, se tiene que las partes efectuaron una modificación a la asignación salarial que se fijó desde el inicio de la vinculación, **constituyendo un 40% del salario en una bonificación extralegal sin connotación salarial**, luego entonces, deberá esta Sala establecer si tal acuerdo se encuentra inmerso

en vicios que indica el actor afectaron su consentimiento, pues según alega, fue obligado a suscribirlo.

VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Frente a esto debe decirse que el consentimiento es la autonomía de la voluntad, la cual es el pilar de los negocios jurídicos, ya que, es la fuente para la creación de las obligaciones y derechos que se deriven de los mismos.

Esta voluntad debe ser seria, libre y espontánea. Contra esa libertad, pueden atentar los llamados vicios del consentimiento, a saber:

- **Error:** el falso concepto que se tiene de la realidad con respecto a un contrato, una cosa o una persona.
- **Fuerza:** amenazas o vías de hecho proferidas con intención de obtener el consentimiento
- **Dolo:** maquinación fraudulenta destinada a obtener el consentimiento en un acto o contrato.

Sobre este punto debe precisar la Sala, que a pesar de que el demandante expresó haber sido constreñido por los representantes de su empleador para firmar el acuerdo, no se logró probar vicio en el consentimiento de la misma, ya que no se demostró el temor o miedo que infundiera Aereocharter Andina S.A.S. en el ánimo de GOMEZ RAMIREZ. Tampoco se evidencian amenazas frente a la realización del acto que se le propuso, que permitan inferir que tuvo coartado el grado de libertad requerido por la ley para el ejercicio de su voluntad jurídica, pues ninguno de los elementos probatorios da cuenta de ello, pese a que el testigo RICARDO ALFONSO SANCHEZ HERNANDEZ, también ex trabajador de la empresa, indicara que los obligaron a firmar, sin que tal afirmación tenga alguna clase de soporte, de tal suerte, y bajo dichas deficiencias probatorias, considera la Sala que el “otro sí” suscrito entre las partes, está exento de vicios en el consentimiento, lo cual en modo alguno deriva su legalidad, como quiera que es menester analizar si tal pacto, puede constituirse como una cláusula ineficaz al tenor de lo dispuesto en el artículo 43 del CST.

EFICACIA DEL OTROSÍ- ARTÍCULOS 127 Y 128 DEL CST

En ese orden de ideas, deberá esta Sala determinar si el empleador se encuentra facultado para modificar de manera consensuada con el trabajador la asignación salarial, como quiera que la parte apelante alega que se debe tener en cuenta lo relacionado con la flexibilización laboral lo cual le otorgaría legitimidad al pacto realizado, siendo necesario remitirnos al documento en debate, a fin de establecer si existen los yerros señalados por el A quo.

En efecto, las cláusulas multicitado convenio, dispone expresamente lo siguiente:

“(…) CONSIDERACIONES...SEGUNDA: la remuneración o salario fijado en dicho contrato, era para el mes de junio de 2014, de un millón setecientos sesenta y ocho mil pesos (\$1.768.000). La naturaleza de esta remuneración fue pactada bajo la modalidad de salario fijo.

TERCERA: el empleador se encuentra en este momento atravesando por una difícil situación económica, la cual le obliga a buscar un replanteamiento de las condiciones de pago de salarios a sus empleados como una de varias medidas tomadas para salvaguardar la empresa.

CUARTO: en tanto el empleador no desea disminuir la fuerza laboral con la que cuenta la sociedad y; más importante aún, desea proteger el derecho fundamental al trabajo de sus empleados, se ha visto en la necesidad de aliviar costos que permitan solventar el estado financiero de la misma.

(…)

ACUERDO.

PRIMERO: modificar el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes, en lo referente a la remuneración pactada.

SEGUNDO: establecer que a partir del momento de la forma de este otro sí las partes expresan su mutuo acuerdo de modificar la suma de dinero pactada como retribución directa por el trabajo realizado para el EMPLEADOR, para que de ella se disminuya un 40%, o hasta el porcentaje del salario mediante el cual se alcance el mínimo, el cual en ningún momento se verá afectado.

TERCERO: Que ese 40% del porcentaje del salario se seguirá pagando al empleado por parte del empleador a título de bonificación de carácter extralegal, el cual no será constitutivo de salario y, por ende, no hará parte de la liquidación de las prestaciones sociales ni de indemnizaciones. (…)

QUINTO: (…)

A partir de esta última se seguirán generando las prestaciones y obligaciones laborales propias del contrato de trabajo sobre una suma equivalente al 60% de la suma que se venía pagando por concepto de salario, o el mayor porcentaje que equivalga a 1 salario mínimo, cuantía que en ningún caso será afectada.

En este sentido, conforme a lo previsto en el artículo 127 del CST, **constituye salario**, no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

El art. 128 ibídem modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, autorizó a las partes, trabajadores y empleadores, entrar a acordar de mutuo acuerdo qué conceptos no constituyen salario.

El mencionado art. 128 del CST modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, es opcional y fue declarado exequible por la Corte Constitucional

mediante sentencia C-710 de 1996 fijando los siguientes criterios:

“...en esta materia, es necesario recordar que la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.

Así las cosas, debe entenderse que el artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional...”

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia de rad. No.5481 del 12 de febrero de 1993 dispuso una doctrina constante y pacífica en la que se precisó que la facultad legal que prevé el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, **no es absoluta**, advirtiendo la ineficacia de una cláusula en la que se pactó el despojo de la naturaleza de salario sobre algunos conceptos que tenían esa esencia. (Ver sentencias de radicados 5481 del 12 de febrero de 1993, No. 38832 del 12 de julio de 2011, No.39475 del 13 de junio de 2012, SL9544 rad No. 43696 del 9 de julio de 2014.).

Al compás de la doctrina anterior, en sentencia SL1437 del 2018, rad. No.54733 M.P. Doctor Fernando Castillo Cadena rememoró lo señalado en la sentencia de radicado No. 35771 del 2011 que dispuso:

“...las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado...”

En misma sentencia se aclaró, que por regla general los pagos realizados por el empleador vinculado mediante un contrato de trabajo son de carácter retributivos, bajo este concepto, si ésta obedece a una finalidad distinta, es el

empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

Siguiendo el mismo derrotero, en sentencia SL 1798 de 2018 la misma corporación, precisó el concepto llamado PACTOS DE DESALARIZACIÓN dispuesto en el art. 128 del CST modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, señalando que la validez y eficacia del pacto encaminado a determinar que ciertos beneficios o auxilios extralegales o contractuales no tendrán incidencia salarial, debe ser **expreso, claro, preciso** y deben detallarse los rubros cobijados en él, no siendo posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas. Indicó a su vez, que el pacto debe ser tan expreso y detallado, que la duda en torno a la naturaleza de los pagos así realizados, debe resolverse a favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos el pago es de naturaleza salarial.

En conclusión, a pesar de existir una disposición normativa que permite que entre los trabajadores y empleadores se fije un pacto de “desalarización” como lo ha llamado la jurisprudencia de la CSJ, es claro que ninguna manera las partes, entrarán a definir el concepto del salario y no pueden, de mutuo acuerdo interpretarlo o manipularlo para constituirlo como pacto no salarial, en caso de hacerlo, ése acuerdo nace como un acuerdo ineficaz al tenor de lo dispuesto en el artículo 43 del CST. En otras palabras, ante la existencia de un pacto de exclusión salarial, el operador judicial tiene la obligación de analizar los elementos fácticos en aras de establecer cómo fue consagrado y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados.

Así, un pago seguirá predicándose salarial si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, ya que se impone la realidad sobre las formalidades. De esta manera lo entendió la CSJ en sentencia SL5481 del 12 de febrero 1993 al referirse a la hermenéutica de los artículos 127 y 128 del estatuto laboral, según la modificación introducida en la Ley 50 de 1990.

CASO CONCRETO

Entonces, no desconoce la Sala que a folios 10 a 14 se aportó el documento denominado “OTRO SÍ AL CONTRATO DE TRABAJO...”, en el que se deja constancia que a partir del 1º de julio de 2014, el demandante devengaría un salario básico de \$1.060.800.oo., equivalente al 60% de la suma que se venía pagando por concepto de salario, más un **auxilio habitual** a título de bonificación de carácter extralegal, el cual no será constitutivo de salario por valor de \$707.200.oo equivalente al 40% de la remuneración total.

De tal manera que, al realizar un análisis integral de las pruebas tanto documentales y testimoniales practicadas en audiencia y adecuarlas a la doctrina jurisprudencial estudiada en precedencia, esta Sala concluye que el OTROSÍ transcrito, resulta ineficaz al contrariar las disposiciones consagradas en los artículos 127 y 128 del CST, que claramente establecen los emolumentos

constitutivos de salario, pues la bonificación pactada, al erigirse en un pago habitual derivado de la actividad prestada por el trabajador ostenta naturaleza salarial, de tal suerte, que la única finalidad del aludido otrosí, fue la afectación de la remuneración que percibía el VICTOR JULO para liquidar sus prestaciones sociales, quien desde el mes de marzo hasta el mes de junio de 2014 tenía un salario de \$1.768.000.00; y a partir del 1º de julio del mismo año sufrió una mengua de \$707.200.00 para tal efecto prestacional, suma ésta que hasta la fecha de terminación del vínculo laboral, la continuó percibiendo el trabajador bajo las condiciones anteriormente pactadas.

Rememorando lo expuesto, todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes con posterioridad y con aparente tintes de legalidad utilizando para ello al artículo 15 de la Ley 50 de 1990, como ocurrió en el caso bajo estudio, pues si esto ocurre, tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia la luz del artículo 43 del C.S.T.

Ahora bien, frente a la llamada FLEXIBILIZACIÓN SALARIAL la cual, según el apelante, se da en virtud de la aplicación del art. 128 del CST modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, es menester afirmar que esta es refutada por esta Sala, ya que si bien es cierto las partes contratantes pueden establecer determinados pagos como no constitutivos de salario, ello no es permitido legalmente, cuando claramente se pretenda desnaturalizar el carácter salarial de determinado emolumento, tal y como se ha señalado pacíficamente por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre estas la sentencia del 10 de diciembre de 1998, Rad. 11.310, reiterada sentencia SL9544 del 2014, donde se sostuvo:

“Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales. **Naturalmente ello no comporta que se permita desnaturalizar el carácter salarial de beneficios que por ley claramente tienen tal connotación, pues dicha estipulación no consagra una libertad absoluta sino limitada a los fines y eventos previstos por vía de ejemplo en la norma y a aquellos que configuren situaciones análogas”.**

Y en fallo de casación del 10 de julio de 2006, Rad. 27.325, sostuvo:

«De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende por salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del

trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de trabajo suplementario, horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio o en las ventas realizadas por el trabajador. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz.»

SOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Bajo los anteriores fundamentos, esta Sala concluye que, fue acertado el análisis realizado por el A quo al considerar que la finalidad del otrosí suscrito por las partes fue la de restarle incidencia salarial a un pago constitutivo de salario que venía disfrutando la parte demandante, esto es, el señor Víctor Julio Gómez Ramírez hasta el día 30 de junio del año 2014, por lo que, a pesar de la inexistencia de algún vicio del consentimiento alegada por el recurrente, es fácil deducir **que el pacto de desalarización celebrado entre las partes es ineficaz a la luz del art. 43 del C.S.T.**, no existiendo la más mínima duda que tienen connotación salarial, por cuanto el señor GOMEZ RAMÍREZ, desde principios de 2014 hasta el 30 de junio de 2014 percibió un salario de \$1.768.000.00, más a partir del día siguiente, 1º de julio de 2014, es reducido a \$1.060.800.00, todo lo cual en realidad evidencia que continuó con el mismo salario que traía a esa fecha, en tanto el excedente, esto es, la suma de \$707.200.00., la percibía bajo el concepto de BONIFICACIÓN EXTRALEGAL, denominación ésta con la que se pretendió, se insiste, ocultar la connotación salarial, que por los hechos descritos, le es propia; así las cosas, el primer problema jurídico quedará resuelto en forma favorable al demandante, siendo procedente CONFIRMAR en este sentido la sentencia proferida por el A quo.

SOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

Resuelto lo anterior, es evidente la necesidad de que sean cancelados, a favor del actor y por parte de la pasiva, la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social e indemnización por despido injusto petitionado, en tanto no era posible darle una connotación distinta a lo que la ley dispuso como salario. El pretendido reajuste de las prestaciones, debe efectuarse desde el 1º de julio de 2014 –fecha en que comenzó a devengar un salario inferior al que venía percibiendo para efectos de pago y

liquidación de prestaciones sociales y hasta el 10 de mayo de 2016, data en que terminó la relación laboral, tal y como fue realizado por el Juez A quo, sumas frente a las cuales las partes no presentaron inconformidad alguna, debiéndose CONFIRMAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, en sus literales a, b, c, d, e.

SANCIÓN MORATORIA DEL ART. 65 DEL C.S.T.

Indica la activa que la demandada que su actuar estuvo asistido de buena fe, pues el pacto aquí analizado obedeció a la mala situación económica por la cual atravesaba la empresa, en virtud del aumento de la tasa representativa del dólar, lo cual impactó el valor de los repuestos de las aeronaves.

De cara a la indemnización por falta de pago, de que trata el artículo 65 del CST, es cierto que no es de aplicación automática, sino que depende de la presencia o no de una buena fe, en el actuar del empleador. Buena fe, que se traduce en la rectitud de una conducta. En otras palabras, no es que se presuma la buena fe o que deba demostrarse su ausencia, sino que la indemnización opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que respalden un comportamiento asistido de la misma, es decir recto y leal. (Ver sentencias SL15.507-2015, SL8216-2016 y SL6621-2017).

En esta actuación no se observa probidad en el proceder de AEROCHARTER ANDINA S.A.S. al beneficiarse del trabajo de VICTOR JULIO GOMEZ RAMIREZ, y no cancelarle lo que legalmente le correspondía, bajo el débil argumento de que estaba pasando por una crisis económica, sin que dentro del plenario existe algún elemento de convicción que de prueba de ello; desconociendo así sus obligaciones, incluso si en los testimonios de los señores Juan David Betancur y Carlos Mario Calle, se menciona dicha crisis dado el aumento en el valor del petróleo y las dificultades del sector de hidrocarburos, pero sin que se hubiera presentado material probatorio alguno que otorgase certeza de la misma.

Además, la presunta “crisis económica” no constituye razón suficiente para modificar las condiciones del contrato de trabajo, siendo claro que dicha irregularidad se utilizó con la finalidad de encubrir el verdadero salario devengado y disminuir los gastos en pago de prestaciones sociales, por lo que, la actuación consciente de la empresa al celebrar el otro sí con el trabajador para obtener el “pacto de desalarización” no puede tener connotación legal de eximente de responsabilidad de la indemnización moratoria del art. 65 del CST.

En este sentido, el pacto de exclusión salarial al que fue sometido el trabajador a través de la suscripción del OTROSÍ, no tuvo una explicación objetiva, clara y precisa sobre la finalidad de disminuir el salario que venía devengando el demandante, siendo fácil concluir que se trata de un pago por la retribución directa de sus servicios prestados, con previo conocimiento del empleador quien se benefició irregularmente al liquidar el pago de las

prestaciones sociales y las respectivas cotizaciones al sistema de seguridad social integral.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado No. 47048 SL8216 del 18 de mayo de 2016 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo indicó en lo pertinente:

“...la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y, a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe....”.

Ahora, la aquiescencia del trabajador para suscribir el pacto de desalarización, no exime al empleador de la condena al pago de la indemnización moratoria, si no se demuestra, como en este caso, que su actuar estuvo revestido de buena fe.

Al respecto, en sentencia CSJ SL8652-2016, esta Corte explicó que en muchas ocasiones el trabajador se ve compelido, por la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen en el mundo del trabajo.

Ante esto, es evidente que no puede exonerarse del pago de la sanción aludida, debiéndose CONFIRMAR dicha condena contenida en el literal g del NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada.

SANCIÓN MORATORIA ARTÍCULO 99 LEY 50 DE 1990

Lo propio ocurre con la sanción por falta de consignación de las cesantías en un fondo correspondiente, condena que si bien no fue directamente atacada por la parte apelante, sí insistió la recurrente que la empresa había actuado bajo los postulados de la buena fe, y por tanto se estudian en esta sentencia los efectos que tendría esta declaratoria, como sería el de revocar esta sanción.

Frente a la misma se debe decir que, al igual que la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST previamente analizada, no opera de manera automática, debiéndose analizar la conducta del empleador en su falta al deber de consignación de las cesantías causadas a favor del trabajador en el fondo correspondiente, aclarándose igualmente que esta falta puede ser total o deficitaria, tal como lo explica la HCSJ en su sentencia CSJ SL403-2013, citada y mencionada en providencias posteriores tales como aquellas con radicado SL1451-2018 y SL500 de 2020, habiendo indicado en la primera de estas que “la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación completa del valor del auxilio de cesantías, como por su aporte deficitario o parcial”.

En tal virtud, que dado que fue concluido en precedencia que AEROCHARTER ANDINA actuó con mala fe al desalarizar parte de la remuneración obtenida por el trabajador a partir del 01 de julio de 2014, y por tanto, en utilizar, a partir de esa fecha, un salario base de liquidación menor al debido en el cálculo de las cesantías a consignar al demandante, menester resulta CONFIRMAR la condena al pago de la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en los términos liquidados por el A quo, en tanto las partes nada manifestaron al respecto.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a cargo de la empresa AEROCHARTER ANDINA, S.A.S. y en favor del señor VICTORJULIO GOMEZ RAMÍREZ.

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

IX. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 07 de julio de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a cargo de la empresa AEROCHARTER ANDINA, S.A.S. y en favor del señor VICTORJULIO GOMEZ RAMÍREZ

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 111, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 6 de octubre de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54 001 31 05 002 201900300 00

Partida Tribunal: 19412

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: FRANKLIN JESUS LIZCANO MAYORGA

Demandada (o): CINSA S.A

HUMANOS INTERNACIONAL SAS

Tema: Estabilidad Laboral Reforzada

Asunto: Apelación de sentencia

San José de Cúcuta, **cinco (05)** de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida el día 15 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2019-00300 y Partida de este Tribunal Superior No. 19412 promovido por el señor FRANKLIN JESUS LIZCANO MAYORGA en contra de COMERCIAL INDUSTRIA NACIONAL- CINSA S.A y HUMANOS INTERNACIONAL SAS.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la empresa CINSA, S.A. y en solidaridad, contra HUMANOS INTERNACIONAL, S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, pretendiendo, entre otras cosas, que se declare que entre aquella, como empresa usuaria y él como trabajador, existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido desde el 03 de enero de 2004 y hasta el 20 de febrero de 2019, existiendo una intermediación laboral ilegal por parte de PROVEEMOS E.U.- LIQUIDADA y HUMANOS INTERNACIONAL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN; solicitando también que se declare que su despido fue ineficaz, ilegal y discriminatorio, y en consecuencia, se ordene su reintegro, sin solución de continuidad, en la empresa CINSA, S.A. y se condene a esta al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales causados desde su despido hasta que sea efectivamente reintegrado, al pago de la

indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y al pago de la indemnización de invalidez por pérdida de capacidad laboral como consecuencia laboral de la enfermedad laboral ocurrida en el cumplimiento de sus funciones.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo demandatorio, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que laboró para la sociedad CINSA, S.A. por intermedio de las empresas de servicios temporales PROVEEMOS EU LIQUIDADA y HUMANOS INTERNACIONAL, S.A.S EN LIQUIDACIÓN desde el 03 de enero de 2004 y hasta febrero de 2019, a través de múltiples contratos.
2. Que prestó sus servicios de forma personal a la empresa CINSA, bajo la continua subordinación y cumpliendo estrictamente un horario establecido por esta, en el cargo de AYUDANTE 1, cumpliendo funciones de operario de máquina, siendo este un cargo permanente dentro de la empresa demandada.
3. Que en diciembre de 2014 acudió al médico por dolores que lo aquejaban, siendo diagnosticado con trastorno de discos intervertebrales no especificados (M519), y calificado como enfermedad de origen laboral de acuerdo a la calificación expedida por COOMEVA el día 25 de mayo de 2015 y con una PCL de 17.7% mediante dictamen expedido por la Junta Regional de Invalidez de Norte de Santander el 03 de noviembre de 2017.
4. Que el 19 de septiembre de 2018 la empresa PROVEEMOS EU le notificó el trámite de permiso ante el Ministerio de Trabajo para la autorización del cierre total de la empresa.
5. Que a través de memorial del 04 de diciembre de 2018 le notificó la empresa PROVEEMOS que debía presentarse en la ciudad de Bogotá el 17 de diciembre de dicho año para la asignación a otro cargo en esta ciudad, en razón a que la empresa no contaba con actividad alguna o servicio en la ciudad de Cúcuta.
6. Que tuvo incapacidades desde el 12 de diciembre al 25 de diciembre de 2018 y el día 08 de enero de 2019, se llevó a cabo diligencia administrativa de descargos por presunto ausentismo laboral donde fue escuchado e informó de la imposibilidad de trasladarse a la ciudad de Bogotá ya que se encontraba con incapacidades médicas.
7. Que el día 21 de febrero de 2019 la empresa PROVEEMOS EU informó de la terminación unilateral del contrato de trabajo, despido sustentado en supuestas causas objetivas y justas.
8. Que la empresa PROVEEMOS le consignó la suma de \$4.968.696 por concepto de indemnización estipulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
9. Que al momento de su despido devengaba un salario mensual de \$828.116.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, empresa CINSA, S.A. dio formal contestación a la misma, manifestando que celebró con PROVEEMOS EU LIQUIDADA Y HUMANOS INTERNACIONAL SAS, una serie de contratos de prestación de servicio con el objeto de que la temporal suministrara personal a ella adscrito para la ejecución de labores en favor de la empresa usuaria, esto debido al aumento de producción, por lo que toda relación existente entre la empresa usuaria y el trabajador en misión se surtió como consecuencia de estos contratos, pero no se podría concluir que hubiera existido una vinculación directa entre CINSA y el demandante; alegó que se solicitaron labores en misión de diferentes características lo que no permite deducir la prestación continua de un servicio.

Indicó que CINSA no participó de forma directa o indirecta en las decisiones emanadas de la empresa de servicios temporales frente a la terminación del contrato con el actor, y desconoce los trámites que haya realizado PROVEEMOS ante el Ministerio de Trabajo para proceder con el despido del demandante.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN, INEXISTENCIA DE CONTRATO LABORAL CON CINSA, S.A., EXCEPCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA Y LA GENÉRICA E INNOMINADA.

Por su parte, la empresa HUMANOS INTERNACIONAL, S.A.S. EN LIQUIDACIÓN dio contestación a la demanda, indicando que el demandante fue vinculado el 25 de marzo de 2004 mediante la suscripción de un contrato laboral para la realización de una obra o labor encomendada por la empresa usuaria CINSA, S.A. en el cargo de ayudante II, y su última vinculación terminó el 24 de noviembre de 2014, sin que le conste la vinculación con PROVEEMOS, EU LIQUIDADA, ni la calificación de pérdida de capacidad laboral que menciona en la demanda.

Que en los contratos suscritos con el demandante, HUMANOS INTERNACIONAL fungía como empleador directo; que diferente era que los servicios los hubiera prestado en la empresa usuaria CINSA, la cual fue la beneficiaria de la labor encomendada.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR Y COBRO DE LO NO DEBIDO, A LA FECHA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO, EL DEMANDANTE NO ERA BENEFICIARIO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR PARTE DE HUMANOS INTERNACIONAL, S.A.S. y PRESCRIPCIÓN.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 15 de junio de 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor FRANKLIN JESUS LIZCANO MAYORGA como trabajador y la entidad demandada CINSA S.A. como empleador existieron dos contratos de trabajo de la siguiente manera:

- a) Desde el día 25 de marzo 2004 hasta el día 17 de diciembre 2006.
- b) Desde el 25 de enero 2009 el cual se encuentra vigente por la ineficacia de la terminación del vínculo laboral comunicada por el empleador el día 20 de febrero 2019.

SEGUNDO: ORDENAR a CINSA S.A. a que proceda a reintegrar al señor FRANKLIN JESUS LIZCANO MAYORGA a un cargo igual o de mejores condiciones laborales y económicas el cual venía desempeñando para el día 20 febrero 2019, de conformidad con el Art. 26 de la Ley 361 de 1997. En consecuencia, de lo anterior se condena a Cinsa S.A. a reconocer y pagar en favor del demandante lo siguiente:

A).- \$23.600.860 por concepto de salario dejados de percibir, desde el día 21 de febrero 2019 hasta el día de hoy que se profiere esta sentencia, sin perjuicio de los salarios que continúan surgiendo con posterioridad a esta decisión y hasta cuando se produzca el reintegro .

B).- A consignar al fondo de cesantías escogido por el demandante la suma de \$710.699 por concepto de cesantías del año 2019 y la suma de \$877.803 por concepto de cesantías del año 2020 sin perjuicio de las cesantías que surgen para el año 2021 y hasta cuando se produzca el reintegro del trabajador.

C).- Al reconocimiento y pago de \$710.799 por concepto de prima de servicio del año 2019. \$877.803 por concepto de prima de servicios del año 2020 y la suma de \$454.263 por concepto de la prima de servicios del mes de Junio del año 2021.

D). – Al pago de \$146.424 por concepto de intereses a las cesantías del año 2019, la suma de \$210.672 por concepto de intereses a las cesantías del año 2020 sin perjuicio de los intereses a las cesantías que son para el año 2021 en adelante hasta cuando se conceda el reintegro

E). -Al pago de 815.628 por concepto de vacaciones sin perjuicio del valor que surja con posterioridad a esta sentencia hasta cuando se procesa el reintegro del trabajador.

F). - Al pago de la suma de 10.533.633 por concepto de indemnización moratoria de la ley 50 de 1990 art. 99 con la no consignación de cesantías del año 2019, igualmente al pago de 3.511.212 por la no consignación de cesantías del año 2020 al fondo de cesantías escogido por el señor Franklin Jesús Lizcano Mayorga, sin perjuicio de la liquidación o la indemnización que surge con posterioridad a esta decisión y hasta cuando se produzca el reintegro del demandante y la obligación de reconocer y pagar las cesantías al fondo correspondiente.

G). – Al pago de los aportes al sistema general de seguridad social y pensiones y al fondo de pensiones escogido por el demandante correspondientes al periodo comprendido entre el 21 de febrero del año 2019 hasta cuando se reproduzca el reintegro del trabajador Franklin Jesús Lizcano Mayorga, junto con los intereses moratorios que cobre el fondo de pensiones correspondientes teniendo como ingreso básico de cotización el salario mínimo legal vigente para cada anualidad.

TERCERO: declarar probada la excepción de mérito plateadas por humanos internacional que denomino falta de causa para demandar cobro de lo no debido

e inexistencia de la responsabilidad solidaria en consecuencia absolver a esta entidad de todas las pretensiones incoadas en la demanda por parte del señor Franklin Jesús Lizcano Mayorga.

Para fundamentar esta decisión, el Juez A quo manifestó que, al revisar la contratación realizada al actor, se evidencia un interregno de tiempo considerable que hace que no haya interrupción en la prestación del servicio, lo que demuestra la transgresión de los artículos 77 y siguientes de la Ley 50 de 1990, y particularmente por la transgresión que se evidencia del Decreto 4369, artículo 6.º del año 2006 y por tanto, el verdadero empleador del actor era la empresa CINSA, S.A.

Al corroborar la ineficacia de la terminación del vínculo laboral, indicó que se evidencia que existe una transgresión al artículo 26 de la Ley 361 del año 1997, al encontrarse el demandante en un estado de discapacidad calificado, conocido por la entidad empleadora y sin la autorización del Ministerio de Trabajo, pues advierte que no hay una justificación o una razón objetiva para proceder a la terminación del vínculo, por lo que se ordenó el reintegro del demandante a un puesto de igual o similares características que desempeñaba al día 20 de febrero del año 2019, así como a las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensión, causados entre el despido y hasta cuando se haga efectivo el reintegro.

Así mismo, manifestó que se probó la mala fe de la empresa CINSA al intentar disfrazar una relación laboral a través de la utilización de empresas de servicios temporales, por lo que la condenó al pago de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Frente a la solidaridad solicitada, concluyó que para el día 20 de febrero del año 2019, fecha a partir de la cual se decreta la ineficacia del despido, HUMANOS INTERNACIONAL no era la empresa de servicios temporales o el simple intermediario utilizado para encubrir la verdadera relación laboral, por lo que no se dan los presupuestos del artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo para acreditar la solidaridad de las condenas que se reconociera a cargo de la entidad demandada CINSA S.A.

VI. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, CINSA, S.A., se mostró inconforme con la anterior decisión, interponiendo debidamente recurso de apelación en su contra, alegando que no se logró evidenciar que haya existido un vínculo directo entre CINSA S.A. y el hoy demandante, el señor Franklin Lizcano, así como tampoco se pudo verificar que la empresa hubiera participado en el proceso de desvinculación y terminación del contrato que tuvo lugar el 20 de febrero del año 2019.

Que por lo anterior, no se le debe imponer las sanciones monetarias por el no pago de cesantías y demás sanciones que estableció el despacho.

Indicó que es la empresa PROVEEMOS EU quien realizó su desvinculación de forma directa, iniciándose los respectivos procesos de descargos y posteriormente comunicándole de la terminación unilateral de su contrato, como quiera que dicha empresa se encontraba en etapa de liquidación, dando aplicación al artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo que establece las formas de determinación del contrato (las causales objetivas para la misma) indicando en el literal E que el contrato de trabajo terminará por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; que verificado el expediente allegado por la parte demandante, se observa que es esta la causal que es finalmente invocada por la empresa PROVEEMOS EU y la cual motiva la terminación del contrato del señor Franklin Lizcano; que también es PROVEEMOS EU liquidada quien realiza el pago de las respectivas indemnizaciones a las que el señor Franklin Lizcano tuvo derecho; que así se puede verificar en la presentación de la demanda, donde se manifiesta que efectivamente recibió una serie de emolumentos tendientes a la indemnización de este despido y el pago de los salarios que se estaban adeudando al señor Franklin Lizcano.

Reiteró que era PROVEEMOS EU quien ostentaba la facultad de verdadero empleador del señor Franklin Lizcano, ya que la Ley 50 del año 1990 establece que las empresas de servicios temporales son aquellas contratadas por prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor prestada por personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene respecto de éstas el carácter de empleador; que se observa dentro del presente asunto que la empresa de servicios temporales ostentaba el verdadero carácter de empleador para el señor Franklin Lizcano, puesto que así se pudo verificar en el expediente allegado con la demanda, siendo esta empresa quien realizaba el pago de los salarios, prestaciones sociales y quien finalmente tomó la decisión unilateral de realizar la desvinculación del señor Franklin Lizcano.

Finalmente, manifestó que se dieron contradicciones en el momento de la declaración del señor Franklin, incurrieron en el delito de falso testimonio, por lo que solicita se inicie de forma oficiosa las respectivas investigaciones, se remita dicha investigación a la Fiscalía General de la Nación.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandante presentó sus alegaciones finales, y una vez cumplido el término para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VIII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S.,

que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a lo manifestado en la sustentación del recurso de apelación presentado, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la empresa CINSA, S.A. era la verdadera empleadora del señor el señor FRANKLYN JESÚS LIZCANO MAYORGA en los periodos declarados por el Juez A quo, tal y como lo alega el demandante, o si lo eran las empresas temporales HUMANOS INTERNACIONAL SAS EN LIQUIDACIÓN y PROVEEMOS EU LIQUIDADADA, según insiste la pasiva.

Determinado lo anterior, es menester revisar si el actor es acreedor de la estabilidad laboral reforzada alegada y por tanto tiene derecho al reintegro a su cargo y demás acreencias laborales a cuyo pago fue condenada la pasiva, en virtud de dicha protección especial.

CONTRATO DE TRABAJO

Procede entonces la Sala a determinar si en el presente caso existieron, tal como la alega la parte activa y como fuera declarado por el A quo, sendos contratos de trabajo entre las partes, los cuales fueron disfrazados utilizando la figura de la tercerización, a través de distintas empresas de servicios temporales, o si, como insiste la parte demandada, dichas empresas eran las verdaderas empleadoras de los demandantes, siendo el CINSA, S.A., simplemente la empresa usuaria del servicio.

Conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a nuestro procedimiento laboral por integración normativa del artículo 145 del C.P.L., quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos consagrados en una norma debe probar los supuestos de hecho consagrados en ella.

En punto de la demostración probatoria que le corresponde al trabajador, ha de decirse que inicialmente deben encausar sus pruebas en aras de comprobar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, lo que logra a través de la prueba documental aportada a folios 18 a 30 en los cuales se evidencian los múltiples contratos suscritos entre el señor FRANKLYN JESÚS y PROVEEMOS, EU LIQUIDADADA, y con HUMANOS INTERNACIONAL, EN LIQUIDACIÓN, los cuales se pactaban como de obra o labor determinada, en las siguientes fechas:

| TEMPORALIDAD | CARGO | EMPRESA SERVICIOS TEMPORALES |
|-------------------------|------------------|------------------------------|
| 25 de marzo de 2004 | Ayudante tipo II | HUMANOS INTERNACIONAL S.A.S. |
| 05 de enero de 2005 | Ayudante tipo II | PROVEEMOS E.U. |
| 10 de enero de 2006 | Ayudante tipo II | HUMANOS INTERNACIONAL S.A.S. |
| 5 de enero de 2009 | Ayudante tipo I | PROVEEMOS E.U. |
| 14 de enero de 2010 | Ayudante tipo I | HUMANOS INTERNACIONAL S.A.S. |
| 11 de enero de 2011 | Ayudante tipo I | PROVEEMOS E.U. |
| 10 de enero de 2012 | Ayudante Tipo I | HUMANOS INTERNACIONAL |
| 24 de octubre de 2013 | Ayudante Tipo 1 | HUMANOS INTERNACIONAL |
| 11 de diciembre de 2014 | Ayudante Tipo I | PPROVEEMOS E.U. |

Igualmente, la pasiva admitió en la contestación a su demanda, que únicamente se dio una interrupción a la suscripción de los contratos, entre aquel del 10 de enero de 2006, que finalizó según se probó el 17 de diciembre de dicho año, siendo contratado el actor nuevamente el 05 de enero de 2009. la prestación del servicio por parte del actor, habiendo indicado CINSA, lo siguiente:

Tal y como se puede verificar no existió una alternación de forma ininterrumpida sobre las labores, tal y como lo afirma el accionante, pues el cargo solicitado que finalmente desempeñó el demandante no fue el mismo, y tampoco se evidencia una continuidad en el tiempo para la realización de dichas labores, pues se evidencia que la terminación del contrato laboral de 10 de enero de 2006 hasta 21 de enero de 2008, no existió un despliegue de servicios por parte del demandante con las empresas de servicios temporales llamadas al proceso en favor de mi representada, descartándose entonces la continuidad de la prestación del servicio tal y como lo pretende, más aun, cuando se recalca, las labores desempeñadas fueron completamente diferentes entre ayudante tipo I y ayudante tipo II.

Así mismo, la empresa de servicios temporales HUMANOS INTERNACIONAL aceptó en su contestación que el demandante prestó sus servicios, como trabajadores en misión, a favor de la empresa usuaria CINSA, S.A.

Entonces, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 del CST, se presume que entre las partes de esta Litis, señor FRANKLIN JESUS LIZCANO MAYORGA y COMERCIAL INDUSTRIA NACIONAL- CINSA S.A, existió un contrato de trabajo, invirtiéndose la carga de la prueba recayendo en la parte demandada, la necesidad de demostrar que no existió subordinación en la relación de trabajo sostenida con el actor.

Partiendo de lo anterior, y con el fin de desvirtuar la existencia del contrato de trabajo alegado por el demandante, CINSA alegó que la relación con este, se dio a través de empresas de servicios temporales, quienes fungían como verdaderas empleadoras de aquel, y quienes lo enviaban como trabajador en misión al fondo, para ejercer los cargos de Ayudante tipo I y Ayudante tipo II.

Para dar peso a dichas manifestaciones, la demandada allegó al proceso como prueba los contratos suscritos con la empresa HUMANOS INTERNACIONAL, en 2003, 2012 y 2013, con sus correspondientes otrosí.

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

Frente a la defensa esgrimida por CINSA, S.A., es menester partir del artículo 53 de la Constitución Política, el cual consagra el principio de «primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales»; formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales.

Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Por su parte, el art. 35 del C.S.T. establece que se consideran como simples intermediarios «las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}. 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. (...)»

Como queda visto, cuando se agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de propiedad de la empresa usuaria, para el beneficio de esta y en actividades ordinarias inherentes al objeto social, se considerarán simples intermedios. Al no manifestar su calidad de tal, están obligados a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de la empresa usuaria.

Analizando entonces la figura de la intermediación laboral, la cual fue utilizada en este caso por la demandada, se encuentra que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define la empresa de servicios temporales como “aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”.

En este artículo, se resalta el **carácter temporal** de la mencionada figura, característica ésta que debe gobernar en los casos en los que la ley autoriza su utilización, consagrados de la siguiente manera en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990:

“Artículo 77. 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 60 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”.

De lo anterior, es claro que el contrato celebrado entre la empresa de servicios temporales y la compañía usuaria no puede exceder el límite máximo de seis meses, prorrogados por seis más y además solo le esta permitido contratar al empleado para realizar las labores determinadas en el artículo citado. Si se contraviene tal disposición, se considera a la empresa usuaria como verdadera empleadora del trabajador y la empresa temporal como una simple intermediaria que responde solidariamente por las

obligaciones laborales a la luz del art. 35 del C.S.T. antes mencionado, así lo definió la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3520 de 2018.

CASO CONCRETO

Lo anterior, da cuenta que el demandante se vinculó como Ayudante tipo I y tipo II, de manera alternada, durante periodos totales por más de 14 años que exceden, por mucho, el límite temporal de 6 meses prorrogables por otros 6 meses, a que se hizo referencia con anterioridad y sin que estas contrataciones se hubieran realizado para las actividades descritas en el art. 77 de la Ley 50 de 1990.

Esto, dado que las labores desplegadas por el trabajador contratado no fueron producto del reemplazo de otros empleados que gozaban de vacaciones y/o licencias, menos que fueran ocasionales, tanto así que fueron ejercidas por el trabajador por más de un año, superando el término legalmente permitido, lo que constituye a la empresa de servicios temporales en un simple intermediario, al violar la normatividad establecida y aplicables a las empresas de servicios temporales (art. 77 de la ley 50 de 1990).

Mírese como, aun cuando medió la empresa de servicios temporales, lo cierto es que las labores de Ayudante tipo I y tipo II desempeñadas por el accionante, que, en últimas, siempre benefició a la sociedad aludida, se prestaron en forma continua, subordinada y sin interrupciones. Así, lo deja ver las contrataciones que anteriormente se describieron con las empresas PROVEEMOS EU LIQUIDADA y HUMANOS INTERNACIONAL, SAS EN LIQUIDACIÓN.

Y si bien CINSA, S.A. manifestó en la contestación a su demanda que solicitó el “envío de un trabajador en misión para ocupar temporalmente y mientras dure el aumento en la producción”, este argumento se cae de su peso, ya que no se demostró, en primer lugar, dicho incremento en la producción de la empresa ni las motivos que originaron tal fenómeno, y en segundo lugar, mal se podría hablar de un “aumento de producción” de **manera ininterrumpida durante casi 15 años**, interregno dentro del cual fue contratado el trabajador demandante; y es que haber desarrollado labores en el cargo de ayudante tipo I y II, con funciones tales como “servir de apoyo en cada uno de los procesos de producción de la línea de cilindros” (Ayudante tipo II) y “operar maquinaria, equipos, dispositivos y herramientas para la fabricación de las partes, en los procesos de corte, troquelado, embutido, confirmado, rolado (...)” (Ayudante tipo I) , a favor de una empresa que cuyo objeto social principal se refiere a la “fabricación de tanques, depósitos y recipientes de metal”, no puede considerarse como una relación netamente transitoria u ocasional, sino de carácter permanente, así se hubiese intercalando la denominación del cargo para el cual era enviado en misión el trabajador .

Lo anterior, dado que, como lo manifestó la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sentencia SL35208 de 2018, “las empresas usuarias no pueden encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal,

con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado”.

Igualmente, la mencionada Corporación, en sentencia CSJ SL17025-2016, consideró lo siguiente:

“Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador”.

Entonces, con fundamento en el principio de primacía de la realidad frente a las formas y con apoyo en el artículo 34 del C.S.T., es posible afirmar que las empresas de servicios temporales a través de las cuales se vinculó a los demandantes para que prestaran sus servicios a favor de CINSA, S.A. eran simples intermediarias de la relación laboral real, en la cual fungió como verdadera empleadora dicha sociedad. Y es que, analizado en conjunto el material probatorio aportado al proceso, lo que aconteció en este caso, es que en la realidad CINSA excedió los límites impuestos en la ley para la celebración y ejecución de contratos de suministro de personal en labores misionales permanentes, con el fin de disfrazar una verdadera relación de trabajo, evitando así reconocer a su subordinado, los derechos labores que por ley le correspondían.

Lo anterior lleva a la Sala a declarar la ilegalidad y por ende, ineficacia de los anteriores contratos suscritos por el actor con la empresa PROVEEMOS, EU LIQUIDADA y HUMANOS INTERNACIONAL SA EN LIQUIDACIÓN, en tanto estas sirvieron como simples intermediarias para ocultar la verdadera relación de trabajo que aquel sostuvo con CINSA, S.A.; planteamiento que resulta acorde a lo previsto en el art. 35 del C.S.T. y al criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contiene el artículo 43 del CST, común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, facultándose en dicha medida al trabajador, para reclamar el pago de salarios y prestaciones legales adeudados.

Así las cosas, al haberse demostrado en juicio la prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la empresa demandada, faltando esta a la carga probatoria que le asiste, y probándose entonces la existencia de sendos contratos de trabajo revestidos fraudulentamente como contratos celebrados con terceros intermediarios, la conclusión de este juez de apelaciones no puede ser otra, que la de declarar que el demandante prestó en forma personal y de manera subordinada, bajo un contrato de trabajo a término indefinido, el servicio que benefició a la persona jurídica antes mencionada, como a bien lo tuvo el juzgado de primer nivel.

Es de aclarar que no serán objeto de estudio en esta instancia los extremos temporales de la relación declarada dado que escapan de la órbita de esta Sala, en cuanto no fueron objeto de reproche por alguna de las partes, debiéndose entonces CONFIRMAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 15 de junio de 2021.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Resuelto lo anterior, y teniendo sentado que el contrato de trabajo desarrollado por el señor FRANKLYN JESÚS lo fue con CINSA, S.A. como empleador, es menester estudiar lo relacionado con la **estabilidad laboral reforzada por discapacidad** alegada por aquel, al momento de finalización de dicho contrato, esto es, el 20 de febrero del año 2019.

Frente a esta protección especial, la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013, establecen reglas, medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes institucionales encaminados a garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

El principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, establece que, no podrán ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio de Protección Social; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

El art. 26 de la Ley 361 de 1997 consagra una presunción legal, esto es, protege **al trabajador con discapacidad** en la fase de la extinción del vínculo laboral, amparando su estabilidad frente a las actuaciones discriminatorias; contrario a esto, cuando las decisiones se encuentran motivadas (no es su estado biológico, fisiológico o psíquico), en **una justa causa legal**, se tiene que éstas gozan de una razón objetiva y son legítimas para dar por terminada una relación de trabajo.

Luego entonces, el trabajador deberá demostrar su ESTADO DE DISCAPACIDAD para beneficiarse de la presunción de discriminación, y al empleador, le corresponderá demostrar la ocurrencia de la justa causa y/o en la imposibilidad del trabajador de prestar el servicio; de no hacerlo, el despido se reputará **ineficaz** (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el

reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (SL1360-2018 CSJ).

Ahora, como el cuerpo legal en mención, no precisa quiénes son las personas en situación de discapacidad que gozan de estabilidad ocupacional reforzada, la Corte Suprema de Justicia inspirada en la teoría médico biológica de la discapacidad- (sentencia SL10538-2016 de junio 29 de 2016.) ha dado aplicación a la clasificación establecida en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, en donde se considera como persona en situación de discapacidad, a quien tenga una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15%, es decir, desde el grado moderado de severidad.

En conclusión, cuando el trabajador **demuestre** que para el momento del despido, padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al **15% de PCL** y acredite que el empleador **tenía conocimiento** de las patologías, deficiencias, discapacidad y minusvalía adquiridas durante el desarrollo del contrato de trabajo, **se presumirá** a favor de éste que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud, teniendo entonces el empleador la carga probatoria de destruir tal presunción, demostrando que se dio la ocurrencia real de la causa alegada (justa causa), debiendo ser esta una razón objetiva para poner fin al nexo contractual, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral en sentencias SL10538-2016 de junio 29 de 2016, SL10538-2016, SL 10538-2016, SL5163-2017 SL11411-2017 y más recientemente, en sentencia SL 471-2018 y SL 458 de 2019.

Aunado a ello, la condición de discapacidad anotada, necesariamente debe configurarse en vigencia de la relación laboral y fundamentarse en las patologías, deficiencias y minusvalía adquiridas por el trabajador durante el desarrollo del contrato de trabajo, sin que esta condición esté sujeta a ser demostrada únicamente con la expedición del dictamen de PCL al momento de la terminación del vínculo laboral, en la medida en que el mismo no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria y puede acreditar por cualquier otro medio los padecimientos y quebrantos de salud que padezca el trabajador al momento de la finalización del contrato de trabajo.

No obstante, a lo anterior, recuérdese que, si bien no necesariamente debe haberse emitido el dictamen al momento de la terminación de la relación laboral para poder determinar los quebrantos de salud de un trabajador, el mismo sí se requiere para establecer que padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y estructurada en vigencia de la relación laboral, así lo ha concluido el órgano de cierre de esta jurisdicción en Sentencia SL 11411-2017.

No desconoce la Sala la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial-1, aplicada por la Corte Constitucional, en donde el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no depende de la acreditación de una situación de pérdida de capacidad laboral o de un porcentaje de calificación de PCL específico, sino a una afectación en la salud del trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares (sentencia SU-049 de 2017). Empero, estima esta Sala de decisión que la tesis planteada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, esto es Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo un criterio objetivo para identificar la discapacidad.

Es por ello que, para otorgar el fuero por discapacidad en el ámbito laboral, **se debe estar ante una situación objetiva**, concretada en un grado de limitación relevante.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-058-2021 ratificada en la de radicado SL5700-2021, señaló en lo pertinente, que no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, siendo así ha adoctrinado:

[...]que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta *per se* una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral, solo aquella relevante; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.

En resumen, **le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados**, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una **razón objetiva** no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente

¹ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Principios Constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia, 2ª edición. Bogotá, Legis, 2015. Pág. 106.

en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales.

Bajo este panorama, la Sala considera que en orientación del criterio plasmado en la sentencia SL2586-2020, que señaló: «*si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria*»; es al trabajador a quien le corresponderá acreditar que se encuentran en los rangos de protección aceptados por la Jurisprudencia de la CSJ, y no que opere frente a cualquier afectación a la salud.

CASO EN CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala que en este caso, no existe duda acerca de las afecciones de salud sufridas por el demandante, quien fue debidamente calificado por la Junta regional de calificación invalidez de Norte de Santander (folios 65 y siguientes del expediente digital) con una pérdida de capacidad laboral del 17.70% con el diagnóstico “trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía” **y con una fecha de estructuración del 02 de marzo del año 2015, es decir, cuando aún se encontraba vigente el contrato de trabajo**, según lo declarado en el presente proceso, situación de salud que era plenamente conocido por su empleadora, CINSA, S.A., lo cual se evidencia en el momento en que el señor GILBERTO GÓMEZ ORDOÑEZ, gerente de la empresa, en su interrogatorio de parte, al cuestionársele si tenía conocimiento de aquello, indicó “tuve conocimiento en su momento que presentó una restricción para la manipulación de cargas pesadas y por consiguiente, en orientación al llamado que se nos hizo fue reubicado en una actividad que fue el almacén en donde se le brindaba esa seguridad y esa protección para que no fuera atentar contra su condición física”

Del análisis de la documental médica aportada, y tal como lo indica el juzgador de primer nivel, es un hecho indiscutible que a la fecha de rompimiento unilateral por parte de la empresa de servicios temporales PROVEEMOS, EU LIQUIDADA, el actor contaba con una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y se acreditó que la verdadera empleadora, CINSA, S.A. tenía conocimiento de las patologías, deficiencias, discapacidad y minusvalía adquiridas en virtud su trastorno, y al no haber la pasiva probado la existencia de una causal objetiva para dar por terminado el vínculo laboral existente, posible resulta para la Sala afirmar que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por el estado de salud del señor FRANKLYN JESÚS LIZCANO MAYORGA.

Y es que si bien la apelante alega que la empresa no tuvo injerencia directa o indirecta en la decisión de terminación del contrato de trabajo por su supuesta empleadora, PROVEEMOS, EU LIQUIDADA, y que la finalización del vínculo se dio por una causal legal, esto es, la liquidación de dicha empresa, en el

presente trámite fue demostrado y declarado, sin asomo de duda, que la verdadera empleadora fue CINSA, S.A., sin que esta hubiese aportado material probatorio que evidenciara la existencia de una causal objetiva para haber prescindido de los servicios prestados por el trabajador aforado.

Teniendo claro lo anterior, y al haberse dado el despido existente sin previa autorización de las autoridades administrativas de trabajo, hace que opere a favor del actor la protección especial a la estabilidad laboral reforzada y en consecuencia, son procedentes las condenas impuestas por el juzgador de primer nivel, tales como el reintegro laboral, los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral causados desde el 21 de febrero de 2019 y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, las cuales serán CONFIRMADAS, en tanto nada dijo en su contra la parte apelante en la sustentación de su recurso.

SANCIÓN MORATORIA ARTÍCULO 99 LEY 50 DE 1990

De cara a la indemnización por falta de consignación de las cesantías al fondo correspondiente es cierto que no es de aplicación automática, sino que depende de la presencia o no de una buena fe, en el actuar del empleador; buena fe, que se traduce en la rectitud de una conducta.

En otras palabras, no es que se presuma la buena fe o que deba demostrarse su ausencia, sino que la sanción opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que respalden un comportamiento asistido de la misma, es decir recto y leal.

En esta actuación no se observa probidad en el proceder de CINSA, S.A. al intentar disfrazar una relación de tinte laboral durante más de 15 años, a través de la suscripción de contratos civiles de prestación de servicio con empresas de servicios temporales, a sabiendas que su proceder no se encausaba dentro las situaciones y temporalidad establecida legalmente para el efecto, usando dicha figura de intermediación con el fin claro de evadir su responsabilidad en el pago de las acreencias causadas a favor del trabajador y por tanto, no se exonerará del pago de esta sanción a la empresa, debiéndose CONFIRMAR su procedencia, así como su valor, en tanto la pasiva nada dijo sobre la liquidación realizada por el A quo.

Por último, se aclara que no se accederá a la solicitud realizada por la pasiva respecto de que se dé inicio de forma oficiosa, a las respectivas investigaciones por el delito de falso testimonio que alega fue cometido por el señor FRANKLIN JESUS LIZCANO MAYORGA y se remita dicha investigación a la Fiscalía General de la Nación, dado que no existe, a juicio de esta Sala, mérito para el efecto.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la

segunda instancia, la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a cargo de la empresa CINSA, S.A. y en favor del demandante.

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

IX. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 15 de junio de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a cargo de CINSA, S.A. y en favor del demandante.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 111, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 6 de octubre de 2022.



Secretario