TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 20

Audiencia Pública número: 163

En Santiago de Cali, a los diecisiete (17) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se constituyeron audiencia pública con el fin de darle trámite a los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia número 222 del 25 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA contra el BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. – BBVA COLOMBIA S.A. y contra COLOMBIANA DE TEMPORALES S.A. - COLTEMPORA S.A., proceso dentro del cual se vinculó como Litisconsorte Necesario a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., y como Llamadas en Garantía a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. argumenta en los alegatos de conclusión presentados antes esta instancia, que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto absuelve a esa entidad del petitum demandatorio, dado que no se

acreditaron los requisitos legales para que COLFONDOS y MAFRE reconocerán y pagaran las incapacidades temporales.

De otro lado, el mandatario del BBVA, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, porque el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada en calidad de trabajador en misión de la EST COLTEMPORA S.A. sin que se hubiese violado las normas de la temporalidad de la contratación, resultando como verdadero empleador la empresa de servicios temporales COLTEMPORA S.A. Además, que no se puede omitir las interrupciones en la prestación de servicio, que no dan lugar a determinar los extremos señalados en la sentencia, objeto de alzada, no siendo, por lo tanto, procedente las condenas impuestas.

SENTENCIA No. 146

Pretende el demandante con la presente acción, que se declare la existencia de varias relaciones laborales de naturaleza misional con COLTEMPORA S.A. de las que fuera beneficiaria del servicio BBVA COLOMBIA S.A., durante los períodos comprendidos entre el 26 de enero al 17 de diciembre de 2004, del 11 de enero al 18 de diciembre de 2005, del 10 de enero al 25 de mayo de 2006, del 05 de junio al 17 de diciembre de 2006, del 15 de enero al 21 de diciembre de 2006, del 15 de enero al 21 de diciembre de 2007 y del 08 de enero 2008 al 10 de marzo de 2014; que se declare igualmente que como consecuencia de la duración y continuidad entre cada una de las anteriores relaciones laborales, las demandadas son responsables solidarias de las acreencias laborales a favor del actor, al violar las restricciones establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, entendiéndose que existió una verdadera vocación de contrato a término indefinido, el cual no se suspendió por encontrarse incapacitado por enfermedad de origen común; que se declare igualmente que se tenga como Salario Base de Cotización las sumas devengadas durante el último año de labores, incluyendo las comisiones recibidas, para efectos de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, los auxilios de incapacidad con posterioridad a 180 días a cargo de COLFONDOS, así como, las prestaciones sociales e indemnizaciones de Ley; peticiona también que se declare que la terminación indirecta del contrato de trabajo, acaeció por causas imputables a su empleador, por no haber cancelado todas las prestaciones de ley durante el tiempo en que estuvo incapacitado.

Como consecuencia de lo anterior, solicita con base en lo devengado en el último año de servicios o en subsidio de ello, con base en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, el reconocimiento y pago de cesantías, intereses de las mismas, primas de servicio causados desde el 09 de mayo de 2008 y hasta el 10 de marzo de 2014, vacaciones causadas desde el 10 de marzo de 2010 al 10 de marzo de 2014, la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías ante un fondo establecida en la Ley 50 de 1990, la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 ibidem, los auxilios de incapacidad dejadas de cancelar por COLFONDOS causadas desde el 09 de noviembre de 2008 y hasta el 10 de marzo de 2014, los perjuicios morales y la indexación de las sumas susceptibles de ello.

En sustento de las anteriores pretensiones aduce el demandante que se vinculó laboralmente con COLTEMPORA S.A., en distintas relaciones contractuales, discriminadas así: del 26 de enero al 17 de diciembre de 2004, del 11 de enero de 2005 al 18 de diciembre de 2005, del 10 de enero 2006 al 25 de mayo de 2006, del 05 de junio de 2006 al 17 de diciembre de 2006, del 15 de enero de 2007 al 21 de diciembre de 2007 y del 08 de enero de 2008 al 10 de marzo de 2014, lapsos temporales en que fue enviado en misión a BBVA para desempeñar el cargo de Asesor Comercial.

Afirma que desde inicio del año 2008 empezó a asistir a consultas médicas y a presentar incapacidades por quebrantos de salud asociados a trastornos depresivos, incapacidades que se alargaron desde el 09 de mayo al 09 de noviembre de 2008, siendo cancelados los primeros 180 días por parte de la EPS SANITAS.

Expone que con posterioridad a los 180 primeros días de incapacidad quedo desprotegido, en vista que ni el fondo de pensiones COLFONDOS S.A., ni COLTEMPORA S.A., le cancelaron las correspondientes incapacidades médicas, además de que su empleador en mención, sin explicación ni fundamento legal alguno dejó de cancelar las prestaciones sociales y vacaciones desde el momento mismo en que fue le fue proferida su primera incapacidad médica, el 09 de mayo de 2008 y hasta el 10 de marzo de 2014, fecha en que

presentó su renuncia, lapso en el que tuvo que soportar graves situaciones económicas, al no haber tenido como sufragar sus gastos mínimos vitales.

Que el único derecho laboral respetado por COLTEMPORA S.A. fue el pago de las cotizaciones a la seguridad social, aunque en diversas oportunidades dicho pago no fue efectuado de manera oportuna, además de que se hicieron con un Ingreso base de cotización equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y no con el promedio de los devengado durante el último año en que efectivamente cumplió con sus obligaciones como Asesor Comercial ante BBVA COLOMBIA S.A., pero aun así le permitieron contar con atención médica requerida para sus padecimientos.

Expresa que su empleador COLTEMPORA S.A., radicó a finales del año 2013, solicitud de permiso de despido en su contra ante el Ministerio de Trabajo, en vista de las prolongadas incapacidades y en el hecho de que en el año 2010, la AFP le hizo una devolución de saldos, a la que le tocó acceder por no contar con algún recurso económico que le permitiera sufragar sus gastos vitales.

Que tal solicitud de autorización de despido fue negada por el Ministerio de Trabajo, a través de la Resolución número 000010 del 13 de enero de 2014, decisión que fue recurrida por COLTEMPORA S.A., en reposición y apelación, estando pendiente por resolver el último recurso, pues en el primero fue ratificado el sentido de la resolución.

Asegura, que el día 10 de marzo de 2014 al verse cansado del trato indigno por parte de su empleador, optó por renunciar por justa causa imputable a aquel, puesto que no le habían sido canceladas las acreencias laborales durante su estado de incapacidad, sin que a la fecha de la presentación de la demanda, ni COLTEMPORA S.A. ni BBVA COLOMBIA S.A., le hubiesen cancelado su liquidación de prestaciones sociales definitivas, además de que tampoco le han expedido carta de autorización para el retiro de las cesantías, como tampoco una carta que le permita solicitar una nueva devolución de saldos ante la administradora de fondo de pensiones, bajo el argumento por parte de COLTEMPORA S.A., de encontrarse pendiente de resolver el recurso de apelación contra la resolución que les negó el despido de aquel.

Finaliza su actuar manifestando que por el maltrato al que se vio sometido por parte de sus empleadores, han acrecentado su sensación de angustia y depresión, los cuales dan pie al cobro de perjuicio morales.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El demandado **BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. – BBVA COLOMBIA S.A.**, no acepta los hechos de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, bajo el argumento de que el señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA como trabajador en misión, celebró varios contratos de trabajo con la empresa COLOMBIANA DE TEMPORALES COLTEMPORA S.A., sociedad que resulta ser una empresa de servicios temporales, contratos que al no haber superado el año, no se violó la temporalidad propia de este tipo de vinculaciones, consagradas en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 y artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Además de que durante el desarrollo de tales relaciones laborales entre dicha empresa de servicios temporales y el señor AVILA RIVERA, éste último jamás le prestó sus servicios subordinados al BANCO BBVA S.A., aunado a que cada contrato de trabajo fue en su momento debidamente terminado y liquidado, reconociéndole al actor el valor correspondiente a cada una de las prestaciones sociales causadas.

Por lo anterior, expone que dicha empresa de servicios temporales resulta ser quien tiene la calidad de verdadero y único empleador del demandante, y la única responsable del pago de los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones de cualquier naturaleza y demás derechos laborales del actor, sin que se pueda predicar la solidaridad entre las dos sociedades y mucho menos pretender la existencia de un contrato de trabajo realidad.

Formula en su defensa las excepciones de fondo de buena fe, prescripción, falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo entre el demandante y Bbva, inexistencia de solidaridad entre las sociedades demandadas, responsabilidad única de COLTEMPORA S.A. y la innominada o genérica.

El BANCO BBVA S.A. llama en garantía a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A**., entidad que expresan que la empresa COLTEMPORA S.A., constituyó a través de su representada, unas pólizas de seguro de cumplimiento para particulares a favor de BBVA COLOMBIA S.A., para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores empleados por la empresa de servicios temporales, para la ejecución de los contratos afianzados, amparo que no se extiende a lo referente a indemnizaciones laborales.

Propone como medios exceptivos de fondo las siguientes; marco de los amparos otorgados y en general, alcance contractual de las obligaciones del asegurador en virtud de la póliza de cumplimiento 34203070000922 y 3420310002431, inexistencia de cobertura de la póliza de manejo global comercial 3420309000275, subrogación, limite contractual de la eventual obligación indemnizatoria o de reembolso a cargo de mi representada y a favor de la llamante en garantía, prescripción, las exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales de las pólizas de seguro contratadas con mi representada, la genérica y otras.

Por su parte la demandada **COLOMBIANA DE TEMPORALES S.A. – COLTEMPORA S.A.,** al no haber dado contestación a la demanda dentro del término legal concedido para ello, se tuvo por no contestada la misma, según auto número 1238 del 25 de junio de 2015.

La integrada como Litisconsorte Necesario **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS,** expuso frente a los hechos de la demanda que éstos no le constaban, en vista de que la mayoría de ellos, van encaminados a la presunta relación laboral entre el demandante y terceros, por lo que se atiene a lo probado en el proceso, destacando, que en torno al tema del pago de las incapacidades médicas aduce que el actor nunca cumplió con su obligación legal de presentar su reclamación en debida forma ante dicha administradora del fondo de pensiones, por el contrario tramitó su pensión de vejez, obteniendo su devolución de saldos al no haber reunido los requisitos exigidos para la aludida prestación.

Frente a las pretensiones de la demanda, no se opone a la prosperidad de las mismas, en cuanto aquellas están encaminadas de manera exclusiva en contra de COLTEMPORA y BBVA COLOMBIA, sin que implique allanamiento alguno en contra de su representada,

empero se opone al pago de las incapacidades posteriores al día 180, como quiera que las mismas no fueron reclamadas por el actor y no se acreditó la existencia del derecho al mismo, encontrándose prescrita su reclamación, como también se opone a que tales incapacidades deban liquidarse con base en el promedio del salario devengado durante el último año, ya que su monto debe corresponder al monto del auxilio que venía percibiendo por parte de la EPS, conforme al artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

Formula en su defensa las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación de pago de incapacidades médicas, prescripción de la acción para reclamar las incapacidades médicas, limite de la obligación y la innominada o genérica.

Finalmente, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, llama en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A**., entidad que se opone al aludido llamamiento, en vista de que lo que se pretende cubrir es el pago de incapacidades reclamadas por el actor, lo cual es totalmente ajeno al amparo otorgado bajo la póliza de seguro provisional de invalidez y sobrevivencia número 9201409003175 con vigencia inicialmente desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2013.

Formula en su defensa las excepciones de fondo denominadas; falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de obligación y cobertura por parte de mi representada conforme a las pólizas números: 9201408900114 – 9201409003175 con vigencia desde el 1° de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2013, el contrato es ley para las partes, marco de los amparos y alcance contractual del asegurador, condiciones de la póliza, límites, amparos, valor asegurado, deducibles, exclusiones y demás estipulaciones y la genérica y otras.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió con sentencia mediante la cual, la A quo declaró probada la excepción prescripción propuesta por BBVA, respecto de los derechos causados con anterioridad al 04 de junio de 2011, a excepción del rubro de cesantías; declaró igualmente que entre COLTEMPORA S.A. que fungió como empresa de servicios temporales y BBVA COLOMBIA

S.A., que lo hizo como usuaria y el señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA, existió un contrato de trabajo a término indefinido, ejecutado entre el 26 de enero de 2004 y el 10 de marzo de 2014, cuando finalizó por decisión unilateral atribuible al empleador; declaró que BBVA COLOMBIA S.A. es responsable solidariamente de las obligaciones contraídas por COLTEMPORA S.A., con su trabajador LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a COLTEMPORA S.A. y solidariamente a BBVA COLOMBIA S.A., a pagar a favor del demandante, cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios, vacaciones compensadas debidamente indexadas, sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, a la suma de $27.691,50 diarios a partir del 10 de marzo de 2014 hasta el 09 de marzo de 2016, y de allí en adelante intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por concepto de cesantías y primas de servicio, a la tasa máxima de crédito de libre asignación y hasta cuando se verifique el pago efectivo de dichas prestaciones sociales, a la indemnización por despido sin justa causa – despido indirecto, debidamente indexada y a la suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia por concepto de perjuicios morales; condenó a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a concurrir en el pago de las condenas aquí irrogadas contra las sociedades demandadas en los términos de las pólizas constituidas por COLTEMPORA S.A. en favor del BBVA COLOMBIA S.A., sociedades a las que absolvió del resto de pretensiones incoadas por el demandante, así como a las demás llamadas en garantía e integradas en Litisconsorcio necesario de todas las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, la operadora judicial de primer grado partió por establecer que entre el primer y segundo de los contratos de trabajo suscritos por el actor y la empresa de servicios temporales demandada, así como entre el segundo y el tercer contrato, existen 15 días hábiles de interrupción, entre el tercero y el cuarto 5 días hábiles, entre el cuarto y el quinto existen 17 días hábiles y entre el quinto y el sexto 13 días hábiles de interrupción, suponiendo de que existe continuidad del servicio por parte del demandante, pues no se aportó prueba alguna al plenario de que el trabajador hubiese disfrutado de vacaciones durante tales días de interrupción, lo cual constituye un derecho a las mismas, las cuales no solo deben cancelarse sino también disfrutarse al ser consideradas un descanso por el

hecho de prestar un servicio, además de que según los documentos aportados por la demandada COLTEMPORA S.A., se corrobora que al demandante se le cancelaron tales vacaciones, más no existe registro alguno de que aquel hubiese disfrutado de las mismas.

Igualmente, consideró la A quo que en vista de que el actor siempre fue contratado para ejercer un mismo cargo, como lo es el de Asesor Comercial, lleva a la conclusión de que las aparentes interrupciones correspondían al tiempo de disfrute de vacaciones que de manera alguna puede significar la suspensión del contrato de trabajo, evidenciándose de esa forma una manera artificiosa de hacer aparecer como temporal un contrato de trabajo que tenía una vocación de permanencia mucho mayor al que autoriza la Ley.

Aduce también, que, conforme a lo anterior, y dada la modalidad de contratación del actor que uso la empresa usuaria BBVA a través de la empresa de servicios temporales demandada, se evidencia que se excedió del tiempo legal para este tipo de contratación, y un abuso del mismo, para obtener un provecho en detrimento de los derechos del trabajador, argumento que sirve de base para la responsabilidad solidaria de dicha empresa usuaria de las condenas impuestas a la empresa de servicios temporales.

Expresa, que al no haberse suspendido el contrato de trabajo del actor a causa de las incapacidades médicas, no podía dejar de reconocérsele al mismo las prestaciones sociales de ley que no se encontraren prescritas, esto es, a las causadas con anterioridad, al 04 de junio de 2011, con excepción de las cesantías, ello en vista de que la demanda en la que se pretenden tales emolumentos fue presentada en el año 2014 de la misma diada, prescripción a pesar de que fue propuesta por BBVA la misma se irradia a favor también de COLTEMPORA S.A., dada la condición de codemandada, sin importar que se hubiera tenido por no contestada la demanda, prestaciones que para la Juez de instancia se causaron al no haberse acreditado que en efecto habían sido pagadas al actor.

En relación con el salario base de cotización para la liquidación de las prestaciones adeudadas, la A quo consideró que para el mismo se debe tener en cuenta que el actor devengaba un salario variable, por lo que promedió los ingresos del último año laborado por el actor con anterioridad a su primera incapacidad médica.

En cuanto a la renuncia presentada por el actor, para la Juez de instancia, la misma reviste las características de un despido indirecto, en vista de que la misma tuvo origen en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de su empleador, como lo son el pago de las prestaciones sociales, configurándose de ese modo el derecho a la indemnización por despido sin justa causa.

En relación a las incapacidades médicas expresó la A quo que el mismo demandante es quien expresó que la única obligación cancelada por su empleador, fue el pago de los aportes a la seguridad social, por lo que mal podría condenársele a pagar directamente una obligación de la cual se ha subrogado con la entidad especializada.

En torno a los perjuicios morales reclamados se tuvo en cuenta la inestabilidad tanto física como mental del demandante, según se ha observado de los momentos en que se ha interactuado con el actor cuando arrimaba al Despacho, además por el total abandono por parte de su empleador.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, los apoderados de las partes formularon el recurso de alzada, de la siguiente manera:

La parte actora solicita sea modificada la decisión de primera instancia, en primer lugar en torno a la aplicación de la excepción de la prescripción respecto de la sanción no la no consignación de las cesantías, como quiera que la misma tiene su origen precisamente en las cesantías, por lo que al haberse dado aplicación a la postura constitucional según la cual la falta de pago de las mismas, no se afecta por la prescripción de las obligaciones, también se debe aplicar respecto a la aludida sanción.

Censura igualmente la sentencia en torno a la base salarial allí calculada, la que debe ser tasada para el 09 de mayo de 2018 en la suma de $830.745, y en vista de que en adelante a tal calenda no se cancelaron las prestaciones sociales de su representado, la verdadera

forma de mantener vigente el salario devengado, sería a través de la indexación año a año con base en el IPC, con el fin de que el actor no se viera afectado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Solicita igualmente, a que se accedan a los 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes deprecados en la demandada, por concepto de perjuicios morales por las actuaciones de los empleadores, al ser evidente el daño moral y psicológico causado a su poderdante, quien inicio sus incapacidades en el año 2008 y que por culpa del empleador éstas fueron agravadas hasta el año 2014.

Aduce también que en virtud de las facultades ultra y extra petita otorgadas a la Juez, ésta hubiese podido condenar a las demandadas a que cancelen con destino a los aportes a la seguridad social, la verdadera cuantía del salario devengado que encontró probado.

Finalmente, solicita que sea condenada COLFONDOS S.A., al pago de las incapacidades médicas a su cargo, en vista de que se encuentra demostrado que a dicha administradora del fondo de pensiones le fueron canceladas todos los aportes a la seguridad social, puesto que el afiliado al sistema, en este caso el demandante, no tiene por qué padecer por los conflictos generados entre las entidades del sistema, en este caso entre la EPS y el fondo de pensiones, pues el señor AVILA quedo desprotegido y sin el pago de tales auxilios.

BBVA persigue la revocatoria en lo referente a declaratoria del contrato de trabajo, a la solidaridad, así como frente a todas las condenas imputadas en su contra, bajo el argumento de que contrario a lo manifestado por la A quo, las interrupciones dadas entre cada contrato de trabajo del actor, resultan considerables como para que sean tenidas en cuenta para la declaratoria de un contrato de trabajo desde el 26 de enero de 2004 cuando iniciaron los aludidos contratos hasta el 10 de marzo de 2014, interrupciones en donde el demandante no prestó ningún servicio frente a su representada, además de que algunas de estas interrupciones resultan ser mayores a los días que adujo la operadora judicial en su sentencia, situación que deberá ser revisada por el Superior.

Aduce igualmente, que de insistirse en las condenas impuestas a su representada se tenga en cuenta que para ser acreedor de las prestaciones sociales, el aquí demandante hubiese prestado sus servicios a pesar de encontrarse suspendido el contrato de trabajo, como tampoco se puede entrar a verificar un salario entre el 09 de mayo de 2007 al 09 de mayo de 2008, pues para ello debe entrarse a verificar el salario que devengaba el actor al momento de cada periodo en que se entra a liquidar, esto es, el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente sobre el cual COLTEMPORA había establecido su salario como trabajador en misión.

En torno a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías ante un fondo, expone que la A quo únicamente se basó en la buena fe sobre de la sociedad COLTEMPORA, sin que se mencionase a su representada, además de que el aquí demandante al no haber vuelto a prestar sus servicios al BBVA desde el momento mismo en que estuvo incapacitado hasta el día en que presentó su renuncia, no podría imponerse una condena en relación a dicha sanción, al no haber prestado un servicio real en misión, lo que supone una buena fe por parte de tal entidad bancaria.

Igual sustento debe aplicarse para la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues se reitera que el aquí demandante no prestó sus servicios entre el 09 de mayo de 2008 hasta el 10 de marzo de 2014, y nunca se dirigió a su representada con la finalidad se presentar alguna reclamación de las prestaciones sociales.

Aduce que, en torno a la indemnización por despido sin justa causa, igualmente debe tenerse en cuenta la buena fe de su representada, puesto que la carta de renuncia fue presentada por el trabajador ante COLTEMPORA y no frente al BBVA.

En cuanto a los perjuicios morales expresa que los mismos no fueron demostrados en el transcurso del proceso, por ninguno de los medios probatorios legales, pues no basta la prueba documental allegada al proceso para establecer que el actor tiene derecho a tales perjuicios.

Frente al Llamamiento en Garantía solicita que de considerarse las condenas a cargo de su representada de manera solidaria y sobre los anteriores rubros, sea condenada a MAPFRE SEGUROS GENERALES COLOMBIA S.A., en sentido de que garanticen el pago de forma extensiva a todas las pretensiones en contra del BBVA.

Y en cuanto al pago de las costas del presente proceso, se debe absolver de las mismas, en vista de que BBVA siempre actuó de buena fe, al no haber excedido la temporalidad en la contratación del actor, ni al haber sido el verdadero empleador del actor.

COLTEMPORA S.A., por su parte se opone a la declaratoria del contrato de trabajo con el actor, en el sentido de que el presente proceso no se han demostrado los 3 elementos que constituyen un contrato de trabajo, especialmente con posterioridad al 08 de mayo de 2008 fecha desde la cual iniciaron las incapacidades con la parte actora y hasta el 10 de marzo de 2014, cuando el actor presentó su renuncia al cargo, lapso de tiempo en el que no se demostró tan siquiera la prestación personal del demandante.

Igualmente, no se demostró dentro del plenario que su poderdante hubiese tenido conocimiento de las incapacidades que se profirieron después del día 180, ni prueba de su entrega a COLTEMPORA, motivo por el cual dicha sociedad solicitó al Ministerio de Trabajo la solicitud de permiso para retirar al trabajador, por cuanto no tenía conocimiento de su estado ni las causas por las cuales no había vuelto a presentarse a trabajar, y al no evidenciarse el requisitos de la prestación personal del servicio por parte del actor, solicita que no se declare tal contrato realidad hasta el 10 de marzo de 2014.

Expone también que, al no tenerse claro la prestación personal del servicio, tampoco se debe condenar al pago de las prestaciones sociales hasta el día 10 de mayo de 2014, pues reitera que no se tenía conocimiento de las incapacidades promulgadas hasta dicha fecha, resaltando, además que dentro de los contratos de trabajo del actor, se evidencian unos interregnos razonables que no superan el término de 1 año, entre los varios contratos suscritos por la parte actora.

Respecto a las sanciones moratorias impuestas a su representada, solicita que se tenga en cuenta la buena fe de la misma, y que al no existir claridad respecto a la fecha de la terminación del vinculo laboral, se ha venido realizando las cotizaciones al sistema de seguridad social integral, obligación legal a su cargo.

En cuanto a los perjuicios morales expone que los mismos no pueden únicamente denotarse por la percepción de las visitas que hizo el actor al Despacho, situación que no se pudo controvertir por las demás partes, además de que a pesar de que se evidencia en la historia clínica del actor, que aquel ha venido sufriendo de múltiples patologías, las mismas no se demostraron que hubiesen sido ocasionadas por el incumplimiento a las obligaciones laborales por parte del empleador.

Finalmente, peticiona que en caso tal de que el Superior contemple la posibilidad de mantener las condenas aquí impuestas a su representada, en especial a las sanciones moratorias, éstas se hagan extensivas a la Llamada en Garantía en vista de que resultan ser la consecuencia directa del no pago de las prestaciones sociales.

La Llamada en Garantía, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. expone en su recurso de alzada que en el presente caso no existen los elementos necesarios para declarar la existencia de un contrato realidad con la demandada BBVA, y al momento de realizar la contratación del demandante, se ciñó a la normatividad aplicable para los trabajadores en misión, sin que cada contrato hubiese superado el año de labores, además que entre cada uno de ellos, existió un lapso de tiempo el suficientemente amplio, por lo que al no existir una relación laboral, como tampoco existir un incumplimiento por parte de BBVA, tampoco existiría fundamento para que se condene al pago solidario, por lo que coadyuva los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada por parte de dicha entidad bancaria.

Expone además que sobre la declaración de un contrato de trabajo entre el actor y la demandada BBVA, la misma no se encuentra asegurada en la póliza, por cuanto solo se aseguraron las prestaciones sociales de los trabajadores de la empresa COLTEMPORA, que fuesen mandados en misión al banco BBVA, sin que jamás se hubiese amparado el pago de las prestaciones sociales de los trabajadores directos de dicho banco, tal y como acaeció en

el presente asunto, y por ende no podría elevarse condena alguna contra la aseguradora que representa.

Se opone igualmente a las condenas impuestas por las sanciones moratorias, indicando que lo que se amparó por la aseguradora fue bajo el supuesto de que las aquí demandadas iban a celebrar contratos para trabajadores en misión, pero con el lleno de los requisitos legales establecidos, sin que bajo en ningún evento se hubiese querido amparar actuaciones contrarias a la ley, y en caso tal de que se considere por el Superior mantener la condena impuesta a las demandadas, se abstenga de condenar a su representada bajo el principio de la buena fe, pues aquella esperaba una estricta observancia de las leyes laborales tanto por la empresa de servicios temporales como por la empresa usuaria BBVA.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Recibido el expediente y surtido el trámite que corresponde a esta instancia, se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En atención a los argumentos expuestos en los recursos de apelación, observa esta Sala de Decisión que los problemas jurídicos a resolver son: **i)** Determinar si hay lugar o no a la declaratoria de varios contratos de trabajo entre el demandante como trabajador en misión enviado por COLTEMPORA S.A., y BBVA COLOMBIA S.A. durante los periodos comprendidos entre el 26 de enero al 17 de diciembre de 2004, del 11 de enero al 18 de diciembre de 2005, del 10 de enero al 25 de mayo de 2006, del 05 de junio al 17 de diciembre de 2006, del 15 de enero al 21 de diciembre de 2006, del 15 de enero al 21 de diciembre de 2007 y del 08 de enero de 2008 al 10 de marzo de 2014, **ii)** establecer si como consecuencia de la duración y continuidad entre cada una de las anteriores relaciones laborales, se violaron las restricciones establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, para la configuración de un único contrato de trabajo a término indefinido, **iii)** y como consecuencia de lo anterior, determinar si el mismo fue suspendido o no por encontrarse incapacitado el actor por enfermedad de origen común, **iv)** analizar la procedencia de que

con base en las sumas devengadas durante el último año de labores, incluyendo las comisiones recibidas, indexando el valor obtenido año a año, le sean reconocidas las cesantías, intereses de las mismas, primas de servicio, vacaciones, la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías ante un fondo establecida en la Ley 50 de 1990, la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales consagrada en el artículo 65 del CST, la indemnización por despido indirecto y sin justa causa prevista en el artículo 64 ibidem. **v)** se analizará si opera la prescripción de la obligación del pago de la sanción por no consignación de las cesantías , **vi)** estudiar la procedibilidad de la responsabilidad solidaria frente a los derechos laborales adeudados entre las sociedades demandadas **vii)** determinar la responsabilidad de las Llamadas en Garantía conforme a los términos de las pólizas de cumplimiento suscritas tanto con la empresa de servicios temporales como con la administradora de fondo de pensiones integrada en Litis, **viii)** analizar la procedencia del reconocimiento y pago de los auxilios de incapacidad superiores a los primeros 180 días a cargo de la administradora de fondo de pensiones COLFONDOS S.A. causadas desde el 09 de noviembre de 2008 y hasta el 10 de marzo de 2014, teniendo como salario base de cotización el promedio de lo devengado en el último año de servicio, **ix)** finalmente se determinará la procedencia de los perjuicios morales, su cuantificación, y la indexación de las sumas susceptibles de ello, **x)** Si es procedente en esta instancia dar aplicación a las facultades ex oficio, para ordenar la reliquidación de los aportes a la seguridad social.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio las siguientes situaciones:

- Que entre la sociedad BBVA COLOMBIA S.A. y COLTEMPORA S.A., se suscribió un contrato de suministro de personal que estuvo vigente para los años 2004 al 2008, a fin de que dicha empresa temporal le suministrase personal en misión, tal y como lo aceptó el representante legal de la entidad bancaria demandada, al absolver interrogatorio de parte en la audiencia adelantada en primera instancia (fls. 1173-1176).

- Que la empresa de servicios temporales en mención suscribió con el actor varios contratos de trabajo para prestar los servicios en la empresa usuaria BBVA COLOMBIA S.A., en los cargos de Asesor Comercial, según los documentos que

reposan a folios 62 a 75 del plenario y según lo aceptó el representante legal de la entidad bancaria demandada, al absolver interrogatorio de parte en la audiencia adelantada en primera instancia (fls. 1173-1176)..

- Que los anteriores contratos de trabajo suscritos entre el actor y COLTEMPORA S.A. para desarrollar el cargo de Asesor Comercial en su calidad de trabajador en misión a la empresa usuaria BBVA, tuvieron las siguientes vigencias del 26 de enero al 17 de diciembre de 2004, del 11 de enero al 18 de diciembre de 2005, del 10 de enero al 25 de mayo de 2006, del 05 de junio al 17 de diciembre de 2006, del 15 de enero al 21 de diciembre de 2007 y la última contratación suscrita entre el actor y la empresa de servicio temporal demandada a partir del 08 de enero de 2008, a través de un contrato de trabajo por el término que dure la relación de la obra o labor determinada, según los documentos que reposan a folios 62 a 75 del plenario, cuya vigencia de este último contrato se analizará a continuación, junto con los demás problemas jurídicos planteados.

SOLUCION A LOS PROBLEMAS JURIDICOS

DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS EXTREMOS

Sea lo primero en dilucidar por parte de la Sala, lo relativo a la determinación y duración de los contratos de trabajo originados entre el actor y las sociedades demandadas, para lo cual se debe precisar que la intermediación laboral en Colombia se encuentra regulada en la Ley 50 de 1990, pues dicha norma creó las denominadas empresas de servicios temporales, las cuales pueden contratar personas naturales para suplir demandas de trabajadores en empresas beneficiarias, manteniendo la empresa temporal la calidad de empleador - art. 71 L.50/90 - y por lo tanto obligándose ésta al reconocimiento de todas las prestaciones laborales que se deriven de sus contrataciones, aun cuando la actividad se desempeñe en las instalaciones de la empresa usuaria.

Sin embargo, tal intermediación no es absoluta en el sentido de liberar a la empresa beneficiaria de posibles responsabilidades patronales, pues ello depende de la no

trasgresión de las reglas que la permiten, contenidas en el artículo 77 de la mentada ley, que circunscribe cuando los usuarios de las empresas de servicios temporales podrán contratar con éstas:

> *"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 prorrogable hasta por seis (6) meses más."*

Por su parte el Decreto 4369 de 2006, que reglamentó la Ley 50 de 1990, consagró en su artículo 6o, un parágrafo que estipula lo siguiente:

> *"Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio".*

El anterior parágrafo se encuentra relacionado con el límite previsto en el inciso tercero del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, sobre la prohibición de continuar con el contrato temporal una vez se ha superado el plazo de seis (6) meses más la prórroga.

Ahora bien, siendo en principio el empleador la empresa de servicios temporales, la empresa usuaria debe por mandato mismo de la primera, ejercer la subordinación delegada, como bien lo expresó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 9435, 24 de abril de 1997. No obstante, dicha libertad subordinante otorgada a la empresa usuaria sin que sea determinada su calidad de empleadora está sujeta a que el personal contratado en misión no lo sea para ejercer actividades de carácter permanente, ni por periodos superiores a los permitidos en la norma.

La jurisprudencia emanada por nuestro órgano de cierre ha dejado sentado de vieja data, que cuando se quebrantan los términos contenidos en el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, pasando la empresa usuaria a ser el verdadero empleador del trabajador y la empresa temporal una deudora solidaria de las acreencias laborales, como bien podemos observar en sentencias del 24 de abril de 1997, Radicación 9435 y Radicación 25717 del 21 de febrero de 2006.

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 45, prevé que los contratos de trabajo podrán celebrarse por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, condición que define en general, el momento en el que ocurre el vencimiento o la terminación de la relación laboral, de tal suerte que la relación de trabajo subsiste mientras el usuario requiera los servicios del trabajador o no se haya finalizado la obra para la cual fue contratado.

En el caso de autos se tiene, que el demandante estuvo prestando sus servicios al BBVA COLOMBIA S.A., por intermedio de 6 contratos de trabajo por el término que dura la relación de la obra o labor determinada suscritos con COLTEMPORA S.A., con vigencias del 26 de enero al 17 de diciembre de 2004, del 11 de enero al 18 de diciembre de 2005, del 10 de enero al 25 de mayo de 2006, del 05 de junio al 17 de diciembre de 2006, del 15 de enero al 21 de diciembre de 2007 y del 08 de enero de 2008 hasta el día 10 de marzo de 2014, calenda donde el actor decidió elevar comunicación ante la empresa de servicios temporales aquí demandada, dando por terminado su último contrato de trabajo por justas causas supuestamente imputables al empleador, según se observa a folios 314 a 317 del proceso.

Cabe resaltar que en el desarrollo del último contrato de trabajo suscrito entre el actor y la empresa de servicios temporales demandada, el primero de ellos presentó incapacidad médica a partir del 09 de mayo de 2008, las cuales a la fecha de la presentación de la terminación del contrato de trabajo por parte del señor AVILA RIVERA continuaban prorrogándose, tal y como se observa a folios 75 y siguientes del plenario, y como se extrae de las resoluciones de fechas 13 de enero y 26 de marzo de 2014, vistas a folios 303 a 313 del proceso, por medio de las cuales el Ministerio del Trabajo negaron la solicitud de

autorización de despido del aquí demandante, elevada por COLTEMPORA S.A., en primera instancia y al resolver un recurso de reposición, respectivamente, pues a consideración de dicha autoridad el trabajador gozaba de una garantía constitucional a la estabilidad laboral reforzada por su estado de debilidad manifiesta.

Debe la Sala hacer un paréntesis en su decisión, frente a la situación de salud presentada por el señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA, en vista de que ambas llamadas a juicio BBVA COLOMBIA S.A. y COLTEMPORA S.A., arguyen insistentemente en sus recursos de alzada que el último de los contratos de trabajo que la empresa de servicios temporales suscribió con el actor, se encontraba suspendido precisamente en razón a las múltiples incapacidades médicas presentadas por el trabajador, además de que al no haber prestado aquel sus servicios personales con posterioridad al 09 de mayo de 2008 no se configuraría el contrato de trabajo alegado por la parte actora.

En torno a lo anterior, impera resaltar que los eventos o causales de suspensión del contrato de trabajo, están expresamente consagrados en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Artículo 4º de la Ley 50 de 1990, dentro de los cuales no se encuentra la incapacidad para laborar por enfermedad o accidente de cualquier origen, por lo que al no suspender el último de los contratos de trabajo suscrito entre el señor AVILA RIVERA y la empresa de servicios temporales demandada, a partir del 08 de enero de 2008, resulta claro que el mismo se encontraba vigente hasta la fecha en que el primero de ellos decidió terminar el vínculo laboral en mención, a partir del 10 de marzo de 2014.

Del mismo modo, resulta importante resaltar que es precisamente por el hecho de que el aquí demandante presentó una merma en su salud, que fue inhabilitado física y mentalmente por su médico tratante, para desempeñar en forma temporal las actividades que desarrollaba como Asesor Comercial en la empresa usuaria BBVA COLOMBIA S.A., por lo que resultaba obvio que aquel no hubiese prestado su fuerza de trabajo para ejercer personalmente tales actividades, lo que deja sin piso los argumentos expuestos en las censuras a la decisión de primera instancia, por parte de los apoderados judiciales de ambas demandadas respecto a este preciso punto, especialmente a lo expresado por COLTEMPORA S.A., quien en su apelación aseguró firmemente que no tenía conocimiento de las incapacidades que se

profirieron después del día 180, cuando en algunas de las incapacidades generadas con posterioridad a tal lapso de tiempo, allegadas con la demanda, y que reposan a folios 75 en adelante, contienen sello de entrega a dicha empresa de servicios temporales, además de la solicitud elevada por el señor AVILA RIVERA el día 22 de julio de 2010, en la que allego a tal demandada las incapacidades generadas a la fecha y la respuesta negativa dada por la misma (fl. 217 – 222), a parte de la solicitud de autorización de despido que en el mes de mayo de 2013, elevara COLTEMPORA S.A. ante el Ministerio de Trabajo y en la que alegó como argumento central las incapacidades superiores a 540 días (fl. 228 y sgtes), pruebas documentales que dejan sin asidero alguno la censura expuesta por tal demandada.

Ahora bien, la A quo en su decisión declaró la existencia de un solo contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, ejecutado entre el 24 de enero de 2004 y el 10 de marzo de 2014, en vista de que se superó el termino de temporalidad estipulado en la ley, aunado a que los intervalos de tiempo presentados entre uno y otro contrato de trabajo por el término que dura la relación de la obra o labor determinada suscritos entre el actor y COLTEMPORA S.A., correspondieron a los períodos de vacaciones a que tendría derecho el actor por sus servicios prestados y también porque aquel siempre ejerció las mismas funciones de Asesor Comercial, situaciones que la Sala comparte de manera parcial, pues si bien de quedo demostrado en el transcurso del proceso con la documental antes analizada, que el aquí demandante siempre prestó sus servicios a la empresa usuaria como Asesor Comercial, también lo es que en principio los contratos de trabajo suscritos entre el señor AVILA RIVERA y la empresa de servicios temporales demandada, no excedieron la temporalidad establecida en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, puesto que ninguno de ellos tuvo una duración igual o mayor a 12 meses, exceptuado el último de los contratos de trabajo, que como ya se dijo en líneas precedentes, se suspendió a causa de las incapacidades médicas generadas virtud del deterioro en la salud del demandante.

De igual forma, tampoco es cierto que las interrupciones dadas entre uno y otro contrato suscrito entre el actor y COLTEMPORA S.A., hubiesen correspondido a los períodos vacacionales completos a que tenía derecho el actor, al evidenciarse en las pruebas arrimadas al proceso solamente el pago de las mismas, como lo consideró la A quo en su decisión, pues en cierto modo tales interrupciones correspondían a días hábiles y laborables,

en los que no aparece probado que el actor hubiese prestado sus servicios personales ante el banco demandado durante tales interregnos temporales, y por ende perdió continuidad en sus labores como Asesor Comercial. Además de que cada uno de los 5 contratos de trabajo iniciales no tuvieron una duración mínima de 1 año, para suponer la causación de períodos vacacionales completos de 15 días hábiles, como lo preceptúa el artículo 186 del CST, inclusive en el tercer y cuarto contrato su duración no alcanzo siquiera los 6 meses de vigencia.

No obstante lo anterior, considera la Sala que a pesar de que la literalidad de las normas en cita, prevén una prohibición de continuar con el contrato temporal una vez se ha superado el plazo de seis meses más la prórroga equivalente a un periodo igual, también lo es que los mismos canones normativos establecen que si la causa originaria del servicio subsiste para la empresa usuaria, la misma no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la empresa temporal con la que contrato, o con una diferente, para la prestación del servicio, caso en el cual se deberá acudir a otra forma de contratación laboral distinta a la que se cumple a través de las empresas de servicios temporales, situación que claramente acaeció dentro del presente asunto, puesto que el señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA en el desarrollo de los citados 6 contratos de trabajo celebrados con la empresa de servicios temporales demandada, siempre ejerció las funciones del cargo de Asesor Comercial en la empresa usuaria BBVA COLOMBIA S.A, funciones que al contrastarse con el objeto social de dicha entidad bancaria, señaladas en su Certificado de Cámara de Comercio, visto a folios 42 y siguientes, no resultan tener el carácter transitorio, ocasional o accidental, o que hubiesen sido generadas por un reemplazo de personal en licencia, incapacidad o vacaciones, ni mucho menos incrementos de producción con carácter contingente, pues al contrario, el cargo ocupado por el actor era y sigue siendo permanente en la sociedad bancaria demandada, máxime que tal actividad tiene la calidad de ser una de las principales para el sostenimiento de la actividad que ejerce cualquier banco.

Así las cosas, no podía entonces haberse contratado al actor en reiteradas ocasiones, para el mismo cargo y las mismas funciones, toda vez que si la causa originaria del servicio subsiste para la empresa usuaria, la misma no podrá ni prorrogar el contrato ni mucho menos celebrar uno nuevo con la empresa temporal con la que contrató, o con una diferente,

para la prestación del servicio, caso en el cual se deberá acudir a otra forma de contratación laboral distinta a la que se cumple a través de las empresas de servicios temporales, tal y como lo estipula en mencionado parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.

Por lo anterior, y al evidenciarse una verdadera relación laboral frente al trabajador para con la empresa usuaria BBVA COLOMBIA S.A., se deben declarar la existencia de 6 contratos de trabajo a término fijo entre dichas partes, en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la formalidad, señalado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

y a la luz del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, que expresa que *"el contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido"*; imponiéndose como extremos laborales los siguientes:

- Del 26 de enero al 17 de diciembre de 2004.
- Del 11 de enero al 18 de diciembre de 2005.
- Del 10 de enero al 25 de mayo de 2006.
- Del 05 de junio al 17 de diciembre de 2006.
- Del 15 de enero al 21 de diciembre de 2007
- Y del 08 de enero de 2008 al 10 de marzo de 2014.

Entendido entonces que BBVA COLOMBIA S.A. fungió como empleador del demandante y que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de nuestro órgano de cierre, entre ellas la proferida el 24 de abril de 1997, Radicación 9435 y Radicación 25717 del 21 de febrero de 2006, la empresa temporal COLTEMPORA S.A., a través de la cual el demandante fue contratado, operó como intermediaria y son solidariamente responsables, procede en tal marco su vinculación respecto de las acreencias laborales que se adeudaran al trabajador con ocasión de los servicios prestados, lo que desestima los puntos de inconformidad formulados en los recursos de alzada por parte de los apoderados judiciales de la temporal, de la entidad bancaria demandada al respecto y de la Llamada en garantía.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES y VACACIONES

Determinada entonces la existencia de 6 contratos de trabajo a término fijo entre el actor y la sociedad BBVA COLOMBIA S.A., en las vigencias antes señaladas, procede la Sala a verificar la procedencia de las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas por el actor, para lo cual se debe advertir, que en vista de que las mismas se solicitan a partir del 09 de mayo de 2008 para el caso de las prestaciones sociales y a partir del 10 de marzo de 2010 para las vacaciones, éstas en principio se causaron en vigencia del último contrato de trabajo que tuvo lugar entre el 08 de enero de 2008 hasta el 10 de marzo de 2014, el cual como ya se dijo al no encontrase suspendido a causa de las incapacidades por enfermedad de origen común presentadas por el aquí demandante, no es descontable para efectos del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, y en consecuencia, encontrándose el contrato laboral vigente y hasta el momento de su terminación el empleador está en la obligación de liquidar y pagar al trabajador todas las prestaciones laborales establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo, y de las cuales no se encuentra demostrado por ninguna de las llamadas a juicio, que se hubiesen cancelado al señor AVILA RIVERA durante el período reclamado.

De contera, el Ministerio del Trabajo mediante la Resolución número 000010 del 13 de enero de 2014, por medio de la cual le negó la autorización de terminación del contrato de trabajo del señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA, solicitada por la aquí demandada COLTEMPORA S.A., afirmó como una presunta falla al ordenamiento jurídico por parte de la mencionada temporal, entre otras: *"…irregularidades por la no consignación de cesantías, pago de intereses a las cesantías, no pago de primas de servicio…"*, pronunciamiento que para la Sala resulta de suma importancia, en vista de que allí se determinó que el actor goza de una garantía constitucional a la estabilidad laboral reforzada por estado de debilidad manifiesta, argumento central que sirvió de base para la nugatoria de la aludida solicitud de autorización de despido, en la que la empresa de servicios temporales en mención expresó en una de sus afirmaciones que el trabajador le había reiterado la cancelación de las prestaciones sociales.

De igual forma, no debe la Sala dejar de lado el hecho de que en el presente trámite, se tuvo por no contestada la demanda a la llamada a juicio COLTEMPORA S.A., lo que trae consigo la consecuencia directa del indicio grave en su contra, según lo dispone el parágrafo 2 del

artículo 31 del CPT y SS, el cual claramente opera para concretar aún más el hecho de que no le se le hayan cancelado al demandante las prestaciones sociales y vacaciones aquí solicitadas, en virtud de las anteriores situaciones de orden probatorio, pues no debe olvidarse que el indicio es un medio de prueba, en el que demostrado un hecho indicador, el juez, mediante una inferencia lógica, llega a un indicado, que así, se tiene por demostrado, (sentencia C – 102/05)

DEL SALARIO BASE DE COTIZACION

En torno al salario base de liquidación que debe tenerse cuenta para la cuantificación de las prestaciones sociales y vacaciones reclamados, el apoderado judicial del actor censuró los valores por medio de los cuales la operadora de instancia calculó cada emolumento laboral a favor del señor AVILA RIVERA, solicitando que para la base de liquidación debe hacerse sobre el promedio de los salarios percibidos por el trabajador antes del inicio de su incapacidad.

Establecido entonces que el actor prestó sus servicios hasta el 08 de mayo de 2008, pues con posterioridad a ello presentó múltiples incapacidades médicas hasta la fecha en que elevó su renuncia el 10 de marzo de 2014, y en vista de que el último de los contratos de trabajo aquí establecido entre el demandante y BBVA COLOMBIA S.A., no se suspendió, la base a tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, se establecer sobre todos los pagos que constituyan salario en los términos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, tales como salarios, comisiones, horas extras, recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivos, y demás, para lo cual debemos remitirnos a los comprobantes de nómina del actor de los años 2007 y 2008, allegados por COLTEMPORA S.A. al proceso, en donde claramente se observa que aquel recibió una remuneración variable durante el último año de servicios prestados, tal y como lo consideró la A quo en su decisión, quien calculó un salario promedio de $830.745.

Como quiera que la demandada BBVA COLOMBIA S.A., censura que el valor con que se calculen las prestaciones sociales y vacaciones, sea el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, procede entonces la Sala a calcular el salario promedio devengado por el

demandante, durante los 12 meses anteriores a la fecha en que inició su primigenia incapacidad laboral, lo que arrojó un valor de $814.130,17, producto de las siguientes operaciones:

MES	1ra QUINCENA	2dA QUINCENA	SALARIO MENSUAL
may-07	$222,673.00	$1,540,381.00	$1,763,054.00
jun-07	$600,156.00	$1,641,253.00	$2,241,409.00
jul-07	$222,673.00	$222,673.00	$445,346.00
ago-07	$222,673.00	$222,673.00	$445,346.00
sep-07	$850,406.00	$222,673.00	$1,073,079.00
oct-07	$222,673.00	$222,673.00	$445,346.00
nov-07	$222,673.00	$222,673.00	$445,346.00
dic-07	$746,245.00	$0.00	$746,245.00
ene-08	$176,649.00	$458,382.00	$635,031.00
feb-08	$239,790.00	$247,150.00	$486,940.00
mar-08	$239,790.00	$280,730.00	$520,520.00
abr-08	$239,790.00	$282,110.00	$521,900.00
PROMEDIO			**$814,130.17**

Así las cosas, se observa que el valor aquí calculado resulta inferior que el liquidado por la A quo, lo que impera modificar tal punto de la decisión.

En cuanto a la censura alegada por el apoderado judicial del actor, en relación a que se indexe año a año el valor del salario promedio, conforme al IPC anual decretado por el DANE, a fin de que se efectúe de forma actualizada la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones adeudadas al actor, y para que aquel no se viera afectado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, la Sala advierte que en nuestra legislación especializada no se contempla norma alguna que indique el porcentaje, la periodicidad o la fecha en que se deba reajustar los salarios superiores al salario mínimo legal mensual, lo que conlleva a concluir que no se podría obligar a los empleadores a realizar dichos ajustes.

Según el artículo 148 del Código Sustantivo del Trabajo, este ajuste solo se encuentra regulado y dirigido para aquellos trabajadores que devenguen un salario mínimo mensual legal vigente, y en lo que concierne a los superiores a este, debido a que al contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades, las partes pueden elegir su monto libremente, por lo que mal haría esta Corporación al aplicar el IPC anual sobre el valor del salario promedio

aquí calculado, el cual claramente resulta superior a un salario mínimo legal mensual vigente, pues de ser así estaría transgrediendo lo expuesto en el citado artículo 148, además de que tal facultad únicamente se encuentra en estricto sentido en cabeza de las partes que integran la relación laboral, lo que conlleva a despachar de forma desfavorable el pedimento expuesto por la parte actora sobre este preciso punto de la decisión.

Esclarecido lo anterior, procede la Sala a calcular las prestaciones sociales, toda vez que la A quo declaró un sólo contrato laboral, indicando como extremos del 26 de marzo de 2004 al 10 de marzo de 2014, y de acuerdo con las consideraciones antes expuestas, no se trató de una sola relación laboral, sino fueron varias, como se indicó en líneas precedentes, donde la última vinculación tuvo lugar del 08 de enero de 2008 al 14 de marzo de 2014. Pero en la demanda en el acápite de las pretensiones, denominadas; "condenatorias", la parte actora solicita el pago de las cesantías causadas desde el 08 de mayo de 2008 al 10 de marzo de 2014, se accede a ello, haciendo la Sala las siguientes operaciones matemáticas:

PERIODO CAUSACION		DIAS	SALARIO	TOTAL
DESDE	HASTA	LABORADOS	PROMEDIO	CESANTIAS
8-mayo-08	30-dic.-08	233	$ 814,130	$ 526,923
1-ene.-09	30-dic.-09	360	$ 814,130	$ 814,130
1-ene.-10	30-dic.-10	360	$ 814,130	$ 814,130
1-ene.-11	30-dic.-11	360	$ 814,130	$ 814,130
1-ene.-12	30-dic.-12	360	$ 814,130	$ 814,130
1-ene.-13	30-dic.-13	360	$ 814,130	$ 814,130
1-ene.-14	10-mar.-14	70	$ 814,130	$ 158,303
TOTALES AUXILIOS DE CESANTIAS				**$ 4,755,876**

Se le adeuda a la actora por concepto de cesantías definitivas $4.755.876

Reclama la parte actora las primas de servicios, intereses de las cesantías y vacaciones generadas desde el 09 de mayo de 2008 hasta el 10 de marzo de 2014. Donde la A quo consideró que operaba parcialmente el fenómeno extintivo de las obligaciones, declarando que estaban prescrito los derechos causados con anterioridad al 04 de junio de 2011, consideración que fue censurada por la parte actora sólo en relación con la sanción por la no consignación de las cesantías. Razón por la cual, no se modificará la data desde la cual la

operadora de instancia liquida las acreencias laborales, salvo la que ha sido objeto de apelación, de la que nos ocuparemos más adelante.

La Sala hace las siguientes liquidaciones:

PERIODO CAUSACION		DIAS LABORADOS	CESANTIAS	TOTAL INTERESES
DESDE	HASTA			
4-jun.-11	30-dic.-11	207	$ 814,130	$ 56,175
1-ene.-12	30-dic.-12	360	$ 814,130	$ 97,696
1-ene.-13	30-dic.-13	360	$ 814,130	$ 97,696
1-ene.-14	10-mar.-14	70	$ 158,303	$ 3,694
TOTALES INTERESES DE LAS CESANTIAS				**$ 255,260**

PERIODO CAUSACION		DIAS LABORADOS	SALARIO PROMEDIO	TOTAL PRIMAS DE SERVICIO
DESDE	HASTA			
4-jun.-11	30-jun.-11	27	$ 814,130	$ 61,060
1-jul.-11	30-dic.-11	180	$ 814,130	$ 407,065
1-ene.-12	30-jun.-12	180	$ 814,130	$ 407,065
1-jul.-12	30-dic.-12	180	$ 814,130	$ 407,065
1-ene.-13	30-jun.-13	180	$ 814,130	$ 407,065
1-jul.-13	30-dic.-13	180	$ 814,130	$ 407,065
1-ene.-14	10-mar.-14	70	$ 814,130	$ 158,303
TOTALES PRIMAS DE SERVICIO				**$ 2,254,688**

PERIODO CAUSACION		DIAS LABORADOS	SALARIO PROMEDIO	TOTAL VACACIONES
DESDE	HASTA			
4-jun.-11	7-ene.-12	214	$ 814,130	$ 241,978
8-ene.-12	7-ene.-13	360	$ 814,130	$ 407,065
8-ene.-14	10-mar.-14	63	$ 814,130	$ 71,236
TOTAL VACACIONES				**$ 720,279**

De acuerdo con las anteriores operaciones matemáticas, a la actora se le adeuda por concepto de intereses a las cesantías: $255.260, por primas de servicios: $2.254.688 y por vacaciones: $720.279.

DE LA SANCIÓN MORATORIA POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ANTE UN FONDO

En atención al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria se genera por la falta de consignación oportuna de las cesantías causadas al 31 de diciembre de cada anualidad, y la omisión en el cumplimiento de este mandato legal, genera una sanción al empleador, consistente en un día de salario por cada día de retardo, el que se cuantifica hasta la terminación del contrato, así lo ha precisado en varios pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre la que podemos destacar la sentencia con Rad. 46150 de 2014.
Además, nuestro órgano de cierre, en sentencia del 24 de abril de 2012, radicación 36.167, respecto de esta temática señaló:

> *"Ahora bien, es equivocado afirmar, como lo hizo el Tribunal, que "…no se logró demostrar la mala fe patronal…", porque el mencionado artículo 65 del CST no establece una presunción de buena fe del empleador que no paga, ni tampoco la contraria, que alega la censura, simplemente dicha disposición establece que, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no soluciona lo que le adeuda a su trabajador, debe ser sancionado de acuerdo a lo allí dispuesto, de donde, conforme a la carga de la prueba que establece el artículo 177 del CPC, le corresponderá a éste último (el trabajador) demostrar que existe un crédito insoluto a su favor y, a aquél (el empleador), que pagó o, en caso contrario, que existen circunstancias atendibles que le impidieron hacerlo, toda vez que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."*

En tal sentido, le corresponde a esta Sala determinar si se logró demostrar la existencia de un crédito insoluto a favor del ex trabajador y si por su parte el empleador, logró acreditar que pagó o que existen circunstancias que justifiquen su conducta, para exonerarlo de la imposición de la condena por indemnización moratoria que reclama el actor.

En el sub lite, se tiene demostrado que al actor se le adeudan las cesantías reclamadas desde el 09 de mayo de 2008 y hasta el 10 de marzo de 2014, las que se causaron en virtud de la existencia del contrato de trabajo a término fijo aquí verificado la demandada BBVA COLOMBIA S.A., desde el 08 de enero de 2008 y hasta el 10 de marzo de 2014, sin que se hubiese demostrado como se dijo en líneas precedentes, que ninguna de las llamadas a

juicio hubiese consignado las cesantías ante un fondo destinado para ello. Por consiguiente, el demandante al haber demostrado la existencia de un crédito insoluto a su favor y la parte pasiva de la Litis no expuso circunstancias atendibles de la omisión de acatamiento de la norma antes citada, surge el reconocimiento de la indemnización moratoria reclamada.

Antes de entrar a determinar el valor de la sanción deprecada, debe resaltarse que la misma se encuentra parcialmente afectada por el fenómeno de la prescripción, en vista de que como bien se expresó con anterioridad dicha sanción moratoria se causa por la demora en la consignación de las cesantías ante un fondo, las que según el plazo determinado en la Ley, tiene como fecha límite los 14 de febrero de cada anualidad, por lo que atendiendo que los derechos sociales prescriben en un término de 3 años, conforme a lo dispuesto en los artículos 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., desde la fecha de exigibilidad de cada derecho, las sanciones causadas con anterioridad al 04 de junio de 2011, toda vez que la demanda fue presentada el 04 de junio de 2014 (fl. 1) se encontrarían prescritas, y por ende no se atenderán los argumentos expuestos en la censura del apoderado judicial del actor sobre este preciso punto.

Es necesario tener en cuenta la fecha de causación de cada prestación para contabilizar el fenómeno extintivo de las obligaciones, y tenemos que el último contrato inició el 08 de enero de 2008, por lo tanto, se adeudaría la sanción por no consignación de las cesantías de esa anualidad, la que se debía consignar a más tardar el 15 de febrero de 2009, , por lo tanto, se tenía hasta el 15 de febrero de 2012 para reclamar y sólo se hizo en junio de 2014 (fl.1), estando esta acreencia igualmente afectada por el fenómeno de la prescripción.

La cesantía del 2009, se debió consignar a más tardar el 15 de febrero de 2010, por lo tanto, se tenía hasta el 15 de febrero de 2013 para reclamar y sólo se hizo en junio de 2014 (fl.1), estando esta acreencia igualmente afectada por el fenómeno de la prescripción.

La cesantía del 2010, se debió consignar a más tardar el 15 de febrero de 2011, por lo tanto, se tenía hasta el 15 de febrero de 2014 para reclamar y sólo se hizo en junio de 2014 (fl.1), estando esta acreencia igualmente afectada por el fenómeno de la prescripción.

La cesantía del 2011, se debió consignar a más tardar el 15 de febrero de 2012, por lo tanto, se tenía hasta el 15 de febrero de 2015 para reclamar, y como ese reclamó se presentó el 04 de junio de 2014 (fl.1), no está afectada por el fenómeno de la prescripción.

La cesantía del 2012, se debió consignar a más tardar el 15 de febrero de 2013 y como ese reclamó el 04 de junio de 2014 (fl.1), no está afectada por el fenómeno de la prescripción.

La cesantía del 2013, se debió consignar a más tardar el 15 de febrero de 2014 y como ese reclamó 04 de junio de 2014 (fl.1), no está afectada por el fenómeno de la prescripción.
La cesantía causada del 01 de enero de 2014 al 10 de marzo de 2014, se cancela con la liquidación definitiva, no causándose por ella la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Del 15 de febrero de 2012 al 10 de marzo de 2014, hay un retardo en la consignación de las cesantías que genera una moratoria de 746 días. Como quiera que el salario mensual fue determinado en la suma de $814.130, valor que divido entre 30 y multiplicado por el número de días de mora arroja un total de $20.244.699. Suma inferior a la reconocida por la A quo, pero como quiera que se modificó el valor del salario.

DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

El artículo 65 del CST dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudados, debe el primero sufragar al segundo, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato, luego de lo cual deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta la fecha en que se verifique el pago.

Empero, si el trabajador no inicia su reclamación judicial por la vía ordinaria dentro los primeros 24 meses contados desde la terminación del contrato de trabajo, sólo tendrá

derecho a los intereses moratorios, en la forma indicada, sobre lo adeudado por salarios y prestaciones sociales, entre la fecha de la desvinculación y la de su pago efectivo.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre, en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, ha establecido que, para la imposición de la sanción moratoria bajo estudio, ésta no tiene una aplicación automática, pues se debe en cada caso particular estudiar si la conducta del empleador estuvo o no asistida de la buena fe, particularidad que ambas llamadas a juicio alegan en sus recursos de alzada.

En el caso que hoy ocupa a la Sala es claro no existe indicador de que las aquí demandadas hayan obrado de esa manera, pues para el efecto quedó acreditado que la forma de vinculación laboral del actor conforme a la figura prevista en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, atentó contra su derecho a la estabilidad en el empleo, pues los 6 contratos de trabajo suscritos por aquel con la empresa de servicios temporales demandada, para prestar los servicios de asesor comercial en la empresa usuaria BBVA, se desarrollaron en un total ejemplo de “tercerización laboral”, y con ello, pretender evadir la aplicación de las disposiciones que regulan la materia laboral, lo que deja sin piso los argumentos expuestos por las llamadas a juicio en sus recursos de alzada.

Como la demanda se radicó el 04 de junio de 2014, esto es, dentro de los 24 meses posteriores a la terminación del contrato, que fue el 10 de marzo del mismo año, se adeudan sobre la suma de $27.138, diarios desde el 10 de marzo de 2014 y hasta el 10 de marzo de 2016, un total de **$19.539.120**, y de allí en adelante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre lo adeudado por concepto de cesantías y primas de servicio, hasta la fecha de su pago efectivo.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA - DESPIDO INDIRECTO.

El despido indirecto tiene como hipótesis principal que es el empleado quien termina unilateralmente el contrato de trabajo, pero aduciendo una justa causa imputable a su empleador. En otras palabras, el despido indirecto se presenta cuando el trabajador acredita

que se vio compelido a renunciar por una de las justas causas que establece el artículo 62 del CST, modificado por el Artículo 7 del Decreto 2351/65 y que así lo haya manifestado en el momento de terminación de su contrato de trabajo y de probarse, su consecuencia inexorable es que la renuncia se equipara a un despido injusto.

En este tipo de eventos, como es el trabajador quien decide finiquitar su relación contractual tiene la carga probatoria de demostrar que su empleador incurrió en cualquiera de las causales de las que trata el articulo traído a cita y que debieron estar señaladas en su carta de renuncia, a su vez, si el empleador alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es preciso que los pruebe.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha tratado el tema en las sentencias del 6 de Abril de 2001 Radicación 13648, del 9 de Agosto de 2011 Radicación 41490, entre otras.

Conforme a lo expuesto, de la carta calendada radicada por el aquí demandante ante la empresa de servicios temporales demandada, el día 10 de marzo de 2014 (fl. 314 - 317) se le comunica la intensión de dar por terminado el contrato de trabajo con fundamento en lo dispuesto en los numerales 6 y 8 del literal b) del artículo 62 en concordancia con el numeral 9 del artículo 59 del CST, al haberle dejado de cancelar desde que inició su incapacidad médica, las cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicio y vacaciones, en virtud de que su contrato de trabajo no se encontraba suspendido por el hecho de haber estado incapacitado, pues tal causal no encuadra dentro de las previstas en el artículo 51 del citado CST.

Las normas que rezan la anterior comunicación que finiquitó el vínculo laboral, disponen lo siguiente:

> *"ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*
>
> *B). Por parte del trabajador:*
>
> *(…)*

6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del {empleador}, de sus obligaciones convencionales o legales.

(…)

8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."

"ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS {EMPLEADORES}. Se prohibe a los {empleadores}:

(…)

9. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad."

Demostrado se encuentra en el proceso, que ninguna de las llamadas a juicio le cancelaron al señor AVILA RIVERA, sus prestaciones sociales y vacaciones, durante el período en que inició su incapacidad laboral y hasta la fecha en que aquel decidió dar por terminado su vínculo laboral, pues tal y como quedo establecido en líneas precedentes el hecho de que aquel no hubiese prestado su fuerza de trabajo como asesor comercial a la empresa usuaria BBVA COLOMBIA S.A., en virtud del último contrato de trabajo suscrito con COLTEMPORA S.A., precisamente por encontrarse incapacitado para laborar, dada la merma constante presentada en su salud, no era un justificante legal para que dichas demandadas no cumplieran con sus obligaciones patronales, como lo es el pago oportuno de los créditos laborales a favor del trabajador, máxime que tal estado de incapacidad del actor no suspendió los efectos del último contrato de trabajo.

Tampoco resulta de recibo los argumentos expuestos por la demandada BBVA COLOMBIA S.A. en su recurso de alzada, cuando menciona que debe tenerse en cuenta la buena fe de la misma, al no haberse presentado la carta de renuncia únicamente ante COLTEMPORA S.A., pues se encuentra ampliamente demostrado que en virtud de la tergiversada contratación del señor AVILA RIVERA a través de la empresa de servicios temporales en mención, ésta en principio ostentaba la calidad de empleadora, pero debido a la mala utilización de la figura de la contratación temporal, la empresa usuaria BBVA COLOMBIA

S.A. resultó ser la verdadera empleadora del aquí demandante, por lo que los efectos de la comunicación que finiquitó el vínculo laboral del actor, le son extensibles a la misma, así como las consecuencias jurídicas que la misma trae consigo.

Así las cosas, se debe imponer contra la entidad bancaria tal indemnización por despido sin justa causa, únicamente sobre el último de los contratos de trabajo a término fijo, cuya duración fue desde el 08 de enero de 2008 hasta el 10 de marzo de 2014, puesto que respecto de los demás no se demostró la causal de finalización de los mismos, encontrándose además prescritos cualquier derecho que sobre ellos recaiga.

Para la liquidación de la indemnización por despido injusto, se atiende el artículo 64 del C.S T, dado que la relación laboral es indefinida, corresponde por el primer año 30 días y 20 días por los años subsiguientes y proporcional a la fracción, por lo tanto, corresponde el equivalente a 6 años, 2 meses y 3 días, arrojando un total de por este concepto de $3.609.309. suma inferior a la calculada por la A quo, debiéndose en consecuencia modificar tal punto de la decisión.

DE LOS PERJUCIOS MORALES

Frente a dicha pretensión la A quo en su decisión considero que los mismos se causaron, por la inestabilidad tanto física como mental del demandante, según se llegó a observar por parte de dicha operadora judicial en los momentos en que interactúo con el demandante cuando arrimaba al Despacho, además por el total abandono por parte de su empleador, posición que fue atacada por ambas llamadas a juicio al censurarle que tales perjuicios no fueron demostrados en el transcurso del proceso, por ninguno de los medios probatorios legales, y que tampoco se éstos pueden denotarse por la percepción de las visitas que hizo el actor al Juzgado, pues tal situación no se pudo controvertir por las partes, además de que a pesar de que se evidencie en la historia clínica del actor, que aquel ha venido sufriendo de múltiples patologías, las mismas no se demostraron que hubiesen sido ocasionadas por el incumplimiento a las obligaciones laborales por parte del empleador.

Parte la Sala por establecer en primer lugar, que en nuestra legislación laboral, se prevén múltiples situaciones en las que el trabajador puede llegar a ejercer el cobro de perjuicios a su favor, como consecuencia de alguna omisión o actuación a cargo de la parte a la cual se encuentra subordinado, ejemplo de ello es la contenida en el artículo 216 del CST, que prevé la causación de perjuicios cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional hoy denominada laboral, o la prevista en el artículo 64 del mismo compendio normativo, en donde se establece que la indemnización de perjuicios causados por la terminación intempestiva del vinculo laboral, serán a cargo de la parte responsable, entre otros.

Ahora bien, en vista de que la parte actora no estableció en sus pretensiones a cuál de las anteriores normatividades, se refería para ejercer el cobro de tales perjuicios morales, debe la Sala entrar a verificar el cuerpo completo de la demanda para determinar, con base en el principio de congruencia, la base legal del cobro de tal indemnización, situación que paso por alto la Juzgadora de primer grado.

Se observa entonces por la Sala que en el hecho vigésimo sexto de la demanda la parte actora afirmó: *"el maltrato a que se ha visto sometido el señor LUIS ENRIQUE AVLA RIVERA por parte de sus empleadores han acrecentado su sensación de angustia y depresión, los cuales dan pie al cobro de perjuicios morales"* y, más adelante en la pretensión declarativa décima primera deprecó: *"Que el abandono y trato indigno exhibido por las sociedades COLOMBIANA DE TEMPORALES COLTEMPORA S.A. (COLTEMPORA S.A.) y EL BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. (BBVA COLOMBIA S.A.), respecto del señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA, en su calidad de ex empleado, hace acreedor al demandante de una indemnización por perjuicios morales, toda vez que dicha conducta de las empresas empleadores acrecentó la angustia y depresión de mi patrocinado, agravando su salud mental.".* Finalmente, en la pretensión condenatoria solicitó el actor que se condene a las demandadas a cancelar: *(…) una suma equivalente a 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicio morales."*

De la lectura de lo anterior, se colige entonces que lo pretendido por el actor para determinar la causación de los perjuicios morales reclamados, se basa en el actuar de las demandadas,

lo que supuestamente le produjo angustia y depresión, situaciones que a consideración de la Sala encuadra dentro de lo previsto en el citado artículo 216 del CST, cuya responsabilidad allí establecida resulta ser de carácter subjetiva, a diferencia de la del sistema de riesgos profesionales que es objetiva, luego para su prosperidad es necesaria la demostración de la culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia de hecho y aparte de ello, de los elementos para la cuantificación de los perjuicios reclamados, requisitos que sin dubitación alguna no fueron demostrados por la parte actora, a través de los medios probatorios previstos en la ley, además de que no se cuenta con prueba alguna que rememore las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se ilustre que las patologías de *"angustia y depresión",* hubiesen sido causadas por el actuar las llamadas a juicio, o por lo menos que se demuestre que las mismas tienen origen laboral, mediante dictamen o calificación efectuada por alguna autoridad médica, situación última que tampoco se controvirtió por la parte actora en su demanda.

Así las cosas, al no encontrarse acreditadas que las patologías padecidas por el señor AVILA RIVERA, deriven de un origen laboral, así como también el demostrar la culpa leve del empleador y que la afectación a la integridad o salud, fue consecuencia por la negligencia de las aquí demandadas, siendo deber procesal de la parte actora haberlo hecho, al tenor de lo previsto en el artículo 167 del CGP, aplicable por la analogía prevista en el artículo 145 del CTP y SS., debe revocarse la decisión de primera instancia en ese preciso punto, que condenó a las sociedades demandadas al pago de perjuicios morales, y en su lugar absolver de tal indemnización a las mismas.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

En relación con la censura expuesta por la Llamada en Garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., debe precisarse que la A quo consideró que la misma debía concurrir para el pago de las condenas irrogadas contra las demandadas, en los términos de las pólizas identificadas con los números 3003007000922, 3420308000275 y 3420310002431, procediendo la Sala a verificar cada una de ellas:

- Póliza 3420308000275, la misma contempló al asegurado BBVA COLOMBIA S.A., el amparo de los riesgos de infidelidad que concurran única y exclusivamente durante la labor, contra la apropiación indebida de dinero u otros bienes de su propiedad como consecuencia de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa, en que incurran los empleados, situaciones que claramente no encuadran en lo ampliamente analizado en el presente asunto, por lo que tal póliza no podría afectarse por las condenas a imponer a las demandadas.

- Póliza 3420307000922, ésta por el contrario contempla como objeto el garantizar el cumplimiento para el servicio de suministro del personal en misión para reemplazos áreas administrativas para el BANCO BBVA COLOMBIA a nivel nacional y en la cual se incluyeron coberturas de salarios y prestaciones, cuya vigencia se dio entre el 05 de septiembre de 2007 al 05 de diciembre de 2010. (fl. 756 – 758)

- Póliza 3420310002431, al igual que la anterior la mencionada póliza contiene un objeto similar, pues garantizaría el cumplimiento del contrato referente a: ofrecer el suministro de personal en misión por parte de COLTEMPORA S.A., a BBVA COLOMBIA, idóneo y competente para las ventas previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, el número de personas constituye el personal a suministrar en misión que las condiciones que deben reunir serán determinadas en cada solicitud que el banco debe hacer a COLTEMPORA S.A. o en cada una de las ocasiones que requiera sus servicios para el desarrollo de la oferta, con una cobertura del pago de salarios y prestaciones, cuya vigencia se dio entre el 1° de julio de 2010 al 05 de enero de 2014. (fl. 759 – 764)

Ya quedo suficientemente claro que las prestaciones sociales, vacaciones así como las sanciones moratorias e indemnizaciones a favor del señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA, surgieron por la declaratoria del último contrato de trabajo con el BBVA COLOMBIA S.A., beneficiaria de las dos últimas pólizas de cumplimiento, como también que la temporal COLTEMPORA S.A., resultó ser una simple intermediaria entre dicha relación laboral, por ende a consideración de la Sala, siendo el aludido Banco el beneficiario de la prestación del servicio por parte del demandante, está obligado a responder por los derechos laborales surgidos del mentado contrato de trabajo a término fijo desarrollado desde el 08 de enero de

2008 y el 10 de marzo de 2014, y en virtud de las pólizas de seguros identificadas con los números 3420307000922 y 3420310002431 cuyas vigencias se dieron a la par de tal vinculo laboral, debe la aseguradora recurrente garantizar a ésta los desembolsos que eventualmente tenga que hacer, esto es, prestaciones sociales y vacaciones, incluyendo las sanciones moratorias contempladas tanto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como en el artículo 65 del CST, así como la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 ibidem a las cuales se encuentra obligada a cancelar el banco demandante, por mandato de la Ley, pues aquellas derivan de dicha relación laboral que tuvo origen por tal prestación de servicios por parte del señor AVILA RIVERA, asistiéndole razón a las llamadas a juicio, en torno a las censuras expuestas sobre este punto de la decisión.

DEL PAGO DE LAS INCAPACIDADES

Finalmente, en cuanto la solicitud de pago de incapacidades médicas generadas con posterioridad al día 180, precisa la Sala que la parte actora censura el hecho de las mismas debieron ser objeto de condena a cargo de COLFONDOS S.A, en vista de que se encuentra demostrado que a dicha administradora de fondo de pensiones le fueron canceladas todos los aportes a la seguridad social, para lo cual debe la Sala precisar lo siguiente:

El parágrafo 3°del artículo 5° de la Ley 1562 de 2012, determinó:

> *"El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolso y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral.*
>
> *Parágrafo 4°. El subsidio económico por concepto favorable de rehabilitación a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones se reconocerá en los*

términos del artículo 142 del Decreto-ley 19 de 2012 o la norma que lo modifique o sustituya."

Ahora bien, en la parte pertinente del artículo 142 del Decreto 019 de 2012 taxativamente ordena:

"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto".

De la lectura de las normas en cita, se concluye que para que un fondo de pensiones entre a hacerse cargo de los subsidios de incapacidad de origen común, generados con posterioridad al día 180, se debe en primer lugar haberse emitido concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS tratante, antes de cumplir el día 120 de incapacidad y enviarlo a administradora de fondo de pensiones a donde se encuentre afiliado el trabajador antes del día 150, situaciones que no fueron acreditadas en el juicio, pues la parte actora únicamente se limitó a allegar las incapacidades generadas desde el 08 de mayo de 2008 y en adelante, algunas historias clínicas y certificaciones emanadas por los médicos tratantes, sin que se observe prueba alguna que ilustre que se hubiese emitido por parte de la EPS a la cual se encontraba afiliado el actor, el rememorado concepto favorable de rehabilitación, y en consecuencia no es la integrada en litis COLFONDOS S.A., la llamada a asumir el pago de tales incapacidades reclamadas en la presente demanda. Punto de la decisión que ha de confirmarse.

Por último, solicita el apoderado de la parte actora que se de aplicación a las facultades ex oficio consagradas en el artículo 50 del CPL y SS, ordenándose el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social con el real salario. Debe recordarse que la norma en cita, sólo permite su aplicabilidad al juez de primera instancia, careciendo esta instancia de esa facultad, razón por la cual nos releva del correspondiente análisis.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., dadas las resultas de la alzada, hay lugar a condenar en costas en esta instancia a cargo de las demandadas BBVA COLOMBIA S.A. y COLTEMPORA S.A., y favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada una de ellas.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR los numerales: primero, segundo, así como los literales a), b), c), d), e) f), g) del numeral cuarto y el numeral quinto de la sentencia número 222 proferida en audiencia pública llevada a cabo el día 25 de septiembre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, los cuales quedaran así:

1°) DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por BBVA respecto de los derechos causados con anterioridad al 04 de junio de 2011, excepto sobre la obligación de la consignación de las cesantías, porque el fenómeno extintivo sólo operó respecto al depósito de las cesantías causadas en los años anteriores al 2010, e igualmente se exceptúa de la prescripción el auxilio de cesantías.

2°) DECLARAR la existencia de 6 contratos de trabajo a término fijo entre el **BBVA COLOMBIA S.A.,** y el señor **LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA,** cuyos extremos laborales son los siguientes:

- Del 26 de enero al 17 de diciembre de 2004.
- Del 11 de enero al 18 de diciembre de 2005.
- Del 10 de enero al 25 de mayo de 2006.
- Del 05 de junio al 17 de diciembre de 2006.
- Del 15 de enero al 21 de diciembre de 2007
- Y del 08 de enero de 2008 hasta el 10 de marzo de 2014, cuando terminó por decisión unilateral del trabajador, por causas atribuibles al empleador.

4°) CONDENAR a las demandadas **BBVA COLOMBIA S.A.** y a **COLTEMPORA S.A.**, a pagar solidariamente y a favor del señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA, las siguientes sumas de dinero por concepto de los emolumentos que a continuación se describen:

a) $4.755.876 por concepto de auxilios de cesantías, causadas desde el 08 de mayo de 2008 al 10 de marzo de 2014.
b) $255.260 por concepto de intereses a las cesantías.
c) $2.254.688 por concepto de primas de servicio.
d) $720.279 por concepto de compensación de vacaciones, valor que debe ser indexado al momento de su pago.
e) $20.244.699 por concepto de sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
f) $27.138, diarios desde el 10 de marzo de 2014 y hasta el 10 de marzo de 2016, un total de **$19.539.120**, y de allí en adelante cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre lo adeudado por concepto de cesantías y primas de servicio, hasta la fecha de su pago efectivo.
g) $3.609.309, por concepto de indemnización por despido sin justa causa – despido indirecto, suma que se indexará al momento de su pago.

5°) CONDENAR a la Llamada en Garantía **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** a cubrir el pago de las condenas previstas en el numeral anterior, dentro de los montos máximos asegurados o límites fijados en las pólizas identificadas con los números 3420307000922 y 3420310002431, constituidas por COLTEMPORA S.A. y a favor de BBVA COLOMBIA S.A.

SEGUNDO.- REVOCAR el literal h) del numeral 4 de la sentencia, para en su lugar absolver a las demandadas COLTEMPORA S.A. y BBVA COLOMBIA S.A., de la pretensión relativa a los perjuicio morales deprecados por el señor LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

CUARTO.- COSTAS a cargo de las demandadas BBVA COLOMBIA S.A. y COLTEMPORA S.A., y favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali) y a los correos personales de los apoderados judiciales de las partes.

DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE AVILA RIVERA
APODERADO: CARLOS FELIPE OSORIO CASTRO
Correo electrónico
CARLOSOSORIO.ABOGADOS@GMAIL.COM

DEMANDADO: BBVA COLOMBIA S.A.
APODERADA: FEDERICO URDINOLA LENIS
Correo electrónico:
FURDINOLA@GMAIL.COM

DEMANDADO: COLTEMPORA S.A.
APODERADO: JAIME ANDRES ECHEVERRY RAMIREZ
Correo electrónico:
JAIMEECHEVERRI@HOTMAIL.ES

LITIS: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS
APODERADA: CARMEN ELISA CORREA MEJIA
Correo electrónico
CAMELISASTER@GMAIL.COM

LLAMADAS EN GARANTIA: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
APODERADA: ISABELLA CARO OROZCO
Correo electrónico
ISABELLA.CARO23@OUTLOOK.COM

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los magistrados,

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 002-2016-00552-01