

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



CONTRATO DE TRABAJO - TRABAJO EN MISIÓN DE EMPRESAS TEMPORALES DE SERVICIOS - La superación de los términos legales del trabajo en misión o la inexistencia de las causales para su procedencia, desencadena en una relación jurídica diametralmente diferente, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el directo empleador del trabajador y la empresa temporal de servicios a ser solidaria de las obligaciones que de la relación se generen – **SUSTITUCION DE EMPLEADORES** – Cuando se presenta un cambio de empleador, manteniendo la unidad de empresa, tanto el nuevo como el antiguo responden solidariamente por las prestaciones causadas a favor de sus trabajadores hasta ese momento - **INDEMNIZACION MORATORIA – BUENA O MALA FE** - Para que proceda la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., debe calificarse la conducta del empleador para determinar si hubo buena o mala fe de donde pueda derivarse la imposición o no de esa sanción, y ello solo es posible cuando se examina la vía de los hechos, en tanto el análisis de la conducta del empleador comporta el examen de los hechos mediante las pruebas del proceso. No puede calificarse, como buena fe el actuar de un empleador que con el fin de desconocer los derechos de sus trabajadores, pretende hacer valer formas de trabajo precarias, sin que existan los elementos esenciales para que se presenten las mismas, mas aun, cuando las relaciones de trabajo ya habían tenido existencia, y abusando de la facultad del patrono del *ius variandi*, modifica completamente las condiciones de quienes le prestan sus servicios como trabajadores.

Proceso	Ordinario
Demandante	Wilmer Alberto García Gómez
Demandados	Inversiones Mangos S.A y Tempotrabajamos S.A.
Radicado	05360-31-05-001-2008-00389-01
Procedencia	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itaguí - Antioquia
Instancia	Apelación
Magistrado Ponente	Marino Cárdenas Estrada
Decisión	Confirma

SALA LABORAL

AUDIENCIA

El día jueves veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010), a las cuatro de la tarde (4 P. M.), el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, se constituyó en audiencia pública, en el presente proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por el señor **WILMER ALBERTO GARCÍA GÓMEZ** en contra de las sociedades **INVERSIONES MANGOS S.A. y TEMPOTRAJAMOS S.A.**, para cumplir con el auto anterior.

El Magistrado del conocimiento, doctor **MARINO CÁRDENAS ESTRADA** declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No. 337**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I.-A N T E C E D E N T E S

Se resuelve el recurso ordinario de apelación, interpuesto por el apoderado judicial de la codemandada Inversiones Mangos S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí, el día 14 de agosto de 2009, en la que se condenó solidariamente a las sociedades Inversiones Mangos S.A. y Tempotrabajamos S.A. al pago de las vacaciones, reajuste de prestaciones sociales, la indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y las costas del proceso.

II.-L A D E M A N D A

En la demanda que da origen a la litis, se expuso como supuestos facticos, que el actor se vinculo laboralmente con la empresa Inversiones Mangos S.A. desde el día 15 de enero de 2000, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñándose en el cargo de vendedor, percibiendo una asignación básica de \$20.000.00 por noche, más una comisión del 3% sobre las ventas; en el año 2004 le cancelaban \$27.000.00 por noche, a partir de abril de 2005 \$30.000.00 y desde el mes de mayo de 2006 \$32.000.00; el promedio devengado por el demandante durante el ultimo año de servicios era de \$550.000.00 mensuales; la jornada de trabajo era de 6.00 p.m. a 5.00 a.m. los días jueves, viernes y sábado; dentro de la ejecución del contrato el empleador con la finalidad de evadir las obligaciones laborales hizo suscribir al demandante un supuesto contrato con la empresa TEMPOTRABAJAMOS S.A. sin que hubiese existido solución de continuidad, habiéndose firmado varios contratos sin que existiera una desvinculación, pero el verdadero empleador nunca dejo de ser la empresa Inversiones Mangos S.A.; a partir del 1° de noviembre de 2004 el empleador de forma unilateral redujo las comisiones al demandante al 1.5% sobre las ventas reduciendo los ingresos del trabajador; durante el mes de octubre de los años 2004 y 2005 el demandante tuvo que cumplir una jornada laboral de 4.00 p.m. a 5.00 a.m., sin que se le reconocieran el pago de horas extras; con anterioridad al 1° de noviembre de 2004 la empleadora no le reconoció al demandante las cesantías, los intereses sobre las cesantías, primas de servicio y vacaciones, además a partir de esa fecha fue afiliado a la seguridad social; al actor se le hicieron varias liquidaciones las cuales resultaban deficitarias por que solo tenían en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo las comisiones; omisiones por las que se debe reconocer la indemnización moratoria contenida en el ordenamiento

social; las empleadoras solo realizaron consignaciones a un fondo de cesantías por valor de \$279.973, por un solo periodo, por lo que incurrieron en la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la relación laboral se desarrolló en forma ininterrumpida hasta el 15 de abril de 2007, fecha en la que unilateralmente le fue cancelado el contrato de trabajo al demandante.

III.-PRETENSIONES

En el libelo se presentan como peticiones principales, que se declare que el despido del señor Wilmer Alberto García Gómez fue ilegal e injusto, en consecuencia se condene a las sociedades Inversiones Mangos S.A., y Tempotrabajamos S.A. a reconocer y pagar la indemnización respectiva; se condene igualmente a las demandadas en forma solidaria a reconocer al actor las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, comisiones insolutas y rebajadas, salarios insolutos, primas de servicios, sanción por no haber consignado las cesantías en un fondo y la indemnización por mora, así como los aportes a la seguridad social integral durante el periodo que omitió hacerlo y costas del proceso.

IV.-LA RESPUESTA

Admitida la demanda, notificada y corrido el respectivo traslado, la demandada Inversiones Mangos S.A. dio respuesta a la misma en tiempo oportuno y a través de apoderado judicial idóneo, oportunidad en la que se refirió a los hechos afirmando que no son ciertos, por lo que los somete al debate probatorio, agrega que en ningún momento la demandada contrató los servicios del actor, acepta que todos los empleados de Inversiones Mangos S.A., fueron contratados por intermedio de la E.S.T. TEMPOTRABAJAMOS S.A.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y para fundamentar su defensa propuso las excepciones que denominó de “Inexistencia de la relación laboral”, “pago”, y “prescripción”.

La sociedad codemandada TEMPOTRABAJAMOS S.A., procedió a dar respuesta señalando que no le constan los hechos 1, 2, 3, y 5, los cuales deberán ser probados por la parte demandante; niega los hechos 4, 6, 7, 8, 9, 11 y 12, señalando que esa sociedad contrató los servicios del actor bajo un contrato laboral “en misión” para que prestara sus servicios a la discoteca Mangos a partir del 17 de abril de 2005 hasta el 15 de abril de 2006 y en un segundo periodo del 4 de mayo de 2006 al 15 de abril de 2007, señala que las liquidaciones siempre estuvieron acorde con el tiempo trabajado y por promedio salarial devengado; y frente al hecho 10 advierte que más que un hecho es una pretensión.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda y propuso las excepciones que denominó de “inexistencia de las obligaciones demandadas”, “pago” y “prescripción”.

V.-DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

En la providencia que se revisa por vía de apelación, el juez a-quo consideró que de conformidad con los elementos de convencimiento aportados al proceso, se encuentra demostrado que entre el demandante y la sociedad Inversiones Mangos S.A., existió un verdadero contrato de trabajo, debido a que se encuentra desvirtuada la modalidad de trabajador en misión, por inobservancia de los requisitos legales, dado que la sociedad TEMPOTRABAJAMOS S.A. actuó como una simple intermediaria, lo que

la hace solidariamente responsable de las obligaciones laborales generadas a favor del trabajador. Por estos motivos condenó solidariamente a las sociedades Inversiones Mangos S.A. y TEMPOTRABAJAMOS S.A., al pago de las vacaciones, al reajuste de las prestaciones sociales, a la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., la indemnización por despido injusto, y las costas del proceso en un 40%, absolviendo de las demás pretensiones de la demanda.

VI.- ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con esta decisión, el apoderado judicial de la sociedad codemandada Inversiones Mangos S.A., presenta recurso de apelación, frente a la sentencia que le puso fin a la instancia inicial, señalando como motivos de inconformidad, en primer lugar, que como puede extraerse del Certificado de Existencia y Representación de la Sociedad Inversiones Mangos S.A., fue constituida bajo Escritura Pública del 13 de diciembre de 2005, por lo que era imposible tener una relación laboral con el demandante desde el año 2000 ya que solo nació a la vida jurídica desde el año 2005, con lo que se pretendió la declaración de un vínculo laboral inexistente, debido a que solo existió una relación con TEMPOTRABAJAMOS; a renglón seguido sostiene que resulta inoperante el reajuste de las prestaciones sociales, debido a que se declaró la prescripción desde el 5 de agosto de 2005, fecha para la cual el actor, como quedó claro, se encontraba vinculado con TEMPOTRABAJAMOS S.A., habiendo aceptado el hecho desde la presentación de la demanda, que se le habían pagado todos los factores desde el 2004, por lo que lo pretendido en la demanda se basa en omisiones anteriores al 2004, por lo que nunca se pretendió el pago del reajuste de las prestaciones sociales posteriores al 2004; por otro lado sostiene que existe prueba de los pagos realizados entre el 17 de abril de

2005 al 15 de abril de 2007, pago que fue aceptado por el actor, además siendo consecuente con la prescripción declarada a partir del 5 de agosto de 2005, se puede concluir que el pago de las acreencias resultan canceladas en exceso, ya que se estaría reconociendo pagos por un tiempo menor al calculado; afirma que no puede condenarse al pago del reajuste de las prestaciones sociales cuando está claro que la sociedad TEMPOTRABAJAMOS fue la única y verdadera empleadora y canceló todos los conceptos, por lo que no es entendible la condena a la indemnización moratoria, existiendo pago de las acreencias laborales, sin que sea viable al fallador acomodar la interpretación de la mala fe de los demandados, sin estimar la conducta asumida con el pago; por ultimo señala que no resulta procedente la indemnización por despido injusto, si se trata de un trabajador en misión de una empresa de servicios temporales, las que pueden dar por terminado los contratos de trabajo, sin necesidad de motivar la determinación de finiquitar el vinculo laboral, además si la relación laboral fue por el periodo de dos años la liquidación debió ascender a la suma de \$815.000.

VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sanidad Procesal.- Como no se observa vicio alguno en el tramite del proceso que pueda generar nulidad de lo actuado, se procede a decidir sobre cada aspecto jurídico planteado con el recurso, bajo los lineamientos procesales de esta instancia.

Naturaleza jurídica de la pretensión. –Prueba de la Existencia del contrato de trabajo & trabajadores en misión de empresas temporales de servicios- Carga de la prueba- Extremos laborales - Sustitución de

empleadores - Reajuste de prestaciones sociales – Indemnización moratoria – Indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales-. Atendiendo a los temas objeto del recurso de apelación, de conformidad con los límites de nuestra competencia, se resuelve en esta instancia, la diferencia y elementos del contrato de trabajo en contraposición de los trabajadores en misión a través de empresas temporales de servicios, así como la procedencia del reajuste de las prestaciones sociales, los extremos temporales de la relación laboral, y la procedencia de las indemnizaciones por despido injusto, y moratoria.

En primer lugar, se centra el análisis de la litis, en determinar si entre el demandante y las sociedades accionadas existió un verdadero contrato de trabajo, o se trata de una relación regida por la normatividad especial de los trabajadores en misión, a través de una empresa de servicios temporales.

Frente a la inexistencia del vinculo laboral, sabido es que, tratándose de relaciones de trabajo, la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral constituye un principio protector del trabajo subordinado, que ha tenido expresa consagración legal y reconocimiento por parte de la jurisprudencia y doctrina nacionales, tal como ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, pero corresponde a la parte que reclama la existencia de la relación laboral demostrar que existieron los elementos que la constituyen como sería la presencia del elemento determinante de la subordinación, la prestación personal del servicio, y una remuneración según lo establece el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, el cual reza de la siguiente forma:

Art. 23.- Modificado. Ley 50 de 1990, art. 1o. Elementos esenciales.

1o) Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c) Un salario como retribución del servicio.

2o) Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Entonces, para predicar la existencia de un contrato de trabajo no basta que una persona reciba de otra un servicio para que por ese solo hecho se convierta en patrono, requiere además la concurrencia de estos dos requisitos: que el servicio sea prestado bajo la continuada dependencia o subordinación de quien lo recibe y que el beneficiario de este sea quien lo remunere.

Frente a la prestación de servicios a través de empresas temporales de servicios, éstas se encuentran consagradas en los artículos 71 y ss de la Ley 50 de 1990, los cuales son del siguiente tenor literal:

ARTICULO 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

...

ARTICULO 73. Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.

ARTICULO 74. Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categoría: Trabajadores de planta y trabajadores en misión.

Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.

Trabajadores en misión son aquéllos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

...

ARTICULO 76. Los trabajadores en misión tienen derecho a la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado, cualquiera que éste sea.

ARTICULO 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la 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) mes más.

En éste sentido el Decreto 24 de 1998, que reglamento la ley 50 de 1990, estableció en el parágrafo del artículo 3°, lo siguiente:

PARÁGRAFO: si cumplió el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta 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.

Las empresas temporales del servicio, resultan ser una figura de contratación de naturaleza temporal o subsidiaria, eventual, transitoria,

disponible solo en algunos casos, donde las empresas usuarias podrán utilizar trabajadores en misión en tres supuestos específicos y concretos, siendo ellos: 1). Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, 2). Cuando requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y 3). Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancía, los periodos ocasionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses prorrogables hasta por seis meses más.

En tal sentido, la utilización de los servicios de trabajadores en misión se justifica de manera transitoria, por la existencia de condiciones objetivas que la obligan a aumentar su número de trabajadores o reemplazos por una temporada específica y así contar con una herramienta eficaz para solucionar las circunstancias excepcionales que llevan a contratar personas distintas de las que ordinariamente trabajan en una planta de cargos determinada.

En este orden de ideas, las circunstancias de temporalidad son las que justifican la existencia de la figura jurídica, toda vez que de no existir éstas condiciones y en virtud del principio esencial de la primacía realidad regente en el derecho laboral, se configura es la existencia de una relación laboral entre el trabajador en misión y la empresa usuaria, debido a la persistencia y continuidad en el tiempo de las obligaciones que surgen entre las partes, la cual puede ser ilegalmente utilizada para desconocer la teleología de la norma para eludir prerrogativas laborales.

En éste sentido, la superación de los términos legales del trabajo en misión o la inexistencia de las causales para su procedencia, desencadena en

una relación jurídica diametralmente diferente, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el directo empleador del trabajador y la empresa temporal de servicios a ser solidaria de las obligaciones que de la relación se generen. Conclusión que fue expuesta por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 24 de abril de 1997, radicación 9435, de la cual por la contundencia de sus argumentos se transcriben los siguientes apartes:

“Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador”.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional, en la sentencia C-330 del 27 de julio de 1995, expresó:

Para la Corte es claro que la finalidad de la norma es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo un lado los permanentes. Esa finalidad resulta evidente a examinar sus tres numerales...

El fijar límites a la forma de contratar de las empresas de servicios temporales, consulta su razón de ser. Y esos límites que se establecen para la protección de los trabajadores, interpretan el inciso final de artículo 13, según el cual ¡El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta!. Pues, dígame lo que quiera, en la compleja relación empresa de servicios

temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último...” (M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

En el Derecho Laboral Colombiano rige la figura de la ineficacia de las estipulaciones de las partes cuando con ellas se desconozcan los principios laborales mínimos, dado el carácter de orden público que ostentan las normas que regulan el trabajo subordinado de conformidad con los artículos 14 y 16 del C.S.T., así mismo el artículo 13 *Ibíd*em dispone:

Art. 13. Las disposiciones del este Código contiene el mínimo de derechos y garantías consagrados a favor de los trabajadores. No produce efecto alguno, cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.

De ésta manera se encuentra demostrado con los certificados de pago de nómina y prestaciones sociales obrantes a folios 12 a 26, junto con la certificación laboral expedida por la sociedad Inversiones Mangos S.A., que el tiempo laborado por el demandante al servicio de esa empresa excedía por mucho el término permitido con su respectiva prorroga para los trabajadores en misión, por parte de empresas temporales de servicios, con lo que se desvirtúa los argumentos de la empresa demandada, frente a la inexistencia de la relación de trabajo entre las partes en contienda jurídica.

Resulta relevante señalar, que el cargo que desempeñaba el actor, el de vendedor, no correspondía a funciones ocasionales o transitorias, sino que tenía un carácter permanente, de responsabilidad hacia futuro, no solo porque se mantuvo indefinidamente en el tiempo, sino también, porque no estaba destinado a cubrir una contingencia especial, sino que era parte del giro ordinario de los servicios que se prestan en el establecimiento de comercio que explota la sociedad Inversiones Mangos S.A.

Además de lo anterior, no se demostró por parte de Inversiones Mangos S.A., como era su deber probatorio, que existían causas objetivas durante los periodos de contratación que permitían o posibilitaban el uso de mano de obra a través de empresas temporales de servicios. Deber probatorio que se encuentra a cargo de la parte demandada, toda vez que es la empresa quien pretendía desvirtuar la existencia de la relación laboral a través de la contratación con empresas temporales de servicios.

Así mismo, otro de los elementos que llevan a fortalecer la decisión de la Sala, se encuentra en el hecho de que con los documentos relacionados anteriormente, se demostró que el señor Wilmer Alberto García laboraba en el establecimiento de comercio “*Mangos Discoteca Medellín*”, desde el 15 de enero de 2000, algo mas de cinco años antes firmarse el contrato de trabajo con la E.S.T. TEMPOTRABAJAMOS S.A., con lo que se advierte, que existía el vinculo laboral el cual pretendió darle una naturaleza distinta a la que verdaderamente tenía.

En orden a lo anteriormente señalado, se encuentra establecido que entre el señor Wilmer Alberto García Gómez y la sociedad Inversiones Mangos S.A., existió un verdadero contrato de trabajo, en el cual la Empresa de Servicios Temporales TEMPOTRABAJAMOS S.A. obró como simple intermediaria de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del CST, el cual determina lo siguiente:

Art. 35.- Simple intermediario.

1o) Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

2o) Se consideran como simples intermediarios, aún cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3o) El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas.

En lo que respecta a los extremos temporales de la relación laboral, la parte recurrente señala que la Sociedad Inversiones Mangos S.A., solo nació a la vida jurídica a partir del 13 de diciembre de 2005, fecha en la que fue suscrita la Escritura Pública N° 7097 en la Notaria 29 de Medellín, por lo que le era imposible tener una relación con el demandante desde el año 2000.

Para resolver el reproche anterior, esta Colegiatura encuentra que a folios 34 a 37, se encuentra copia del Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Inversiones Mangos S.A., donde se observa claramente que dicha persona jurídica fue constituída mediante Escritura Pública N° 0007097 de Notaria 29 de Medellín, el día 13 de diciembre de 2005, inscrita ante la Cámara de Comercio el 29 de diciembre de 2005.

No obstante, resulta acreditado con las pruebas documentales y testimoniales, que la sociedad demandada en cumplimiento de su objeto social, explota operativamente el establecimiento de comercio “*Mangos Discoteca Medellín*”, como empresa que antes estaba a cargo de la sociedad Mangos Ltda. Tal y como se desprende del contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la E.S.T TEMPO TRABAJAMOS (fl. 80), donde se señala que el trabajador será remitido en misión a esta sociedad comercial.

Situación que se puede extraer de la declaración rendida por el señor Juan David Alzate Trujillo testigo de la parte demandante (fls. 99/103), quien en resumen afirmó que conoce al actor debido a que ambos trabajaron

en la Discoteca Mangos, que el cargo ocupado por el señor Wilmer García era el de mesero o vendedor, quienes ingresaron bajo contrato verbal de trabajo, que cuando el ingresó el 15 de septiembre de 2001 ya Wilmer se encontraba trabajando, siendo el horario de funciones de jueves a sábado de 6.00 p.m. a 4.00 a.m. y 5.00 a.m., quienes recibían ordenes del Administrador de la Discoteca el señor Juan Gonzalo Barrientos.

En tal sentido, si bien la sociedad Mangos Ltda. resulta ser una persona jurídica diferente a la sociedad Inversiones Mangos S.A., entre tales empresas existió una sustitución de patronos, debido a que existió una identidad de empresa, toda vez que se dedicaban a la administración del establecimiento de comercio “Mangos Discoteca Medellín”, empresa donde el demandante prestó sus servicios en el cargo de vendedor desde el 15 de enero de 2005, tal y como se advierte en la certificación obrante a folio 11 del plenario, cumpliéndose los requisitos necesarios para presentarse la figura jurídica de la sustitución de empleadores de conformidad con los artículos 67 y 68 del CST, que señalan lo siguiente:

CAPITULO VII SUSTITUCION DE PATRONOS

Art. 67.- Definición. Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad de establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Con.: 99, 100.

Art. 68.- Mantenimiento del contrato de trabajo. La sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

Así las cosas, al encontrarse establecido que el señor Wilmer Alberto García Gómez siempre prestó sus servicios en el establecimiento de

comercio “*Mangos Discoteca Medellín*”, el cual para el año 2000 era operado por la sociedad Mangos Ltda., y posteriormente se trasladó su manejo a cargo de la sociedad Inversiones Mangos S.A., tal sustitución no afectó las condiciones del contrato de trabajo del demandante, debido a que se mantuvo la unidad de empresa.

De conformidad con el artículo 69 *Ibídem*, cuando se presenta la institución jurídica de sustitución de empleadores, el nuevo patrono responde de manera solidaria con el anterior, por las obligaciones exigibles a la fecha de la sustitución, y si las reconoce podrá repetir contra el antiguo.

Es en tal sentido, que en orden a proteger los derechos de los trabajadores, el legislador estableció que cuando se presenta un cambio de empleador, manteniendo la unidad de empresa, tanto el nuevo como el antiguo responden solidariamente por las prestaciones causadas a favor de sus trabajadores hasta ese momento. En tal sentido, no puede el nuevo empleador manifestar que las obligaciones con los trabajadores solo surge a partir de la sustitución, cuando al asumir el manejo de un establecimiento de comercio ya existente, asume solidariamente todas las obligaciones causadas a favor de los obreros de la misma.

Lo anterior lleva a concluir, que si bien la relación de trabajo del señor Wilmer Alberto García Gómez con la sociedad Inversiones Mangos S.A., solo surgió a partir de la conformación de esta – diciembre de 2005-, solo existió un único contrato de trabajo desde el 16 de enero de 2000, del que las obligaciones causadas antes de la sustitución responden solidariamente tanto el nuevo como el antiguo empleador, por lo que Inversiones Mangos S.A. como nuevo patrono asume de manera conjunta,

las obligaciones a favor del demandante, así fueran exigibles antes de la creación de la sociedad demandada.

Frente al reajuste de las prestaciones sociales ordenado en la sentencia que puso fin a la primera instancia, el juez haciendo uso de las facultades ultra petita, ordenó reajustar el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, por el periodo comprendido entre el 17 abril de 2005 y el 15 de abril de 2007, al encontrar que las liquidaciones obrantes a folios 9 y 10 del expediente resultaban deficitarias e inferiores al salario mínimo legal vigente.

A simple vista se observa que las liquidaciones definitivas de prestaciones sociales que obran a folios 9 y 10 del cuaderno de autos, resultan lesivas a los intereses del trabajador, debido a que se encuentran liquidadas por debajo del valor real de las mismas, ya que en la liquidación de cesantías para el año 2006, tiene en cuenta un total de 155 días laborados entre el año 2005 y 2006 a un salario promedio mensual de \$460.350.00, los cuales causan un auxilio de cesantías por valor de \$198.206.00, no obstante fue liquidado por la sociedad TEMPOTRABAJAMOS S.A. en un total de \$102.300.00, sin que en esa liquidación se hubiese estimado el auxilio de cesantías causado para el año 2005, haciendo procedente el ajuste ordenado en primera instancia, así como de los intereses a las cesantías los cuales incrementan el valor de las cesantías y de paso también, el valor de los intereses de las mismas.

Lo mismo ocurre con la liquidación de la prima de servicios, la cual equivale a quince días en el mes de junio y quince días en el mes diciembre por cada año causado, o proporcional según el caso, por lo tanto para su liquidación se aplica la formula pertinente, que se describe a continuación:

Valor de una quincena X numero de días laborados en el semestre

180

Esta formula, si bien se aplica correctamente para el año 2006, desconoce la prima de servicios causada en el año 2005, la que liquidada por esta Colegiatura asciende a la suma de \$47.953, y en la liquidación para el año 2007 obrante a folio 10 del expediente, no se incluyó la liquidación del auxilio de cesantías para el segundo semestre del año 2006, haciendo procedente el reajuste ordenado en la sentencia de primer grado.

En lo que respecta a las vacaciones, las mismas fueron reconocidas de manera deficiente, debido a que no se tiene en cuenta la totalidad de los días laborados por el demandante, por lo tanto la liquidación proporcional sobre las mismas, no se encuentra acorde realmente con el periodo laborado.

Lo anterior, en concordancia con la prescripción decretada en primera instancia de las prestaciones que se hicieron exigibles hasta antes del 4 de agosto de 2005, extinción que no cobija a las prestaciones que se estaban causando hasta esa fecha, pero que aun no podían ser reclamadas judicialmente, toda vez que a manera de ejemplo, la prima de servicios del segundo semestre del año 2005, se causa por los días trabajados en el semestre, pero solo se hace exigible a partir del 20 de diciembre de 2005, por lo que su término de prescripción solo empieza a contar una vez entre efectivamente en el patrimonio del trabajador. En tal medida, no le asiste razón al recurrente cuando sostiene que la liquidación de las prestaciones sociales se debe contabilizar a partir del 4 de agosto de 2005, cuando habían

prestaciones que se habían comenzado a causar antes de esa fecha, pero que aun no eran exigibles.

Frente a la procedencia de la indemnización por despido injusto, queda claro para la Sala, que entre la sociedad Inversiones Mangos S.A., y el señor Wilmer Alberto García Gómez existió una relación de trabajo desde el 13 de diciembre de 2005, la cual sustituía a su anterior empleador en la relación que había surgido desde el 15 de enero del 2000, relación que mantuvo su permanencia a lo largo del tiempo hasta el 15 de abril de 2007, fecha en la que le puso fin la sociedad demandada de manera unilateral y sin mediar ninguna justa causa, pretendiendo hacer valer un contrato ineficaz de trabajo por duración de la obra con una empresa de servicios temporales, el cual, como quedo establecido en apartes anteriores no goza de ninguna validez, haciendo procedente la indemnización por despido injusto de conformidad con lo preceptuado en el artículo 64 del CST.

Frente a la indemnización moratoria generada por el no pago de prestaciones sociales, el artículo 65 del mismo estatuto del Trabajo, establece textualmente:

Artículo 65. Indemnización por falta de pago:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria [~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial~~], el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Sobre la viabilidad de la indemnización contenida en el dispositivo legal anterior, ha considerado ésta Colegiatura que por tratarse de una sanción, la misma no es de aplicación automática sino restrictiva, debido a que debe estar probada la mala fe del empleador, para incurrir en mora en el pago de las prestaciones sociales, análisis que debe hacer el juez de acuerdo con las situaciones de hecho y de derecho que se encuentren demostradas dentro de cada proceso. En este sentido se pronuncio la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, sentencia del 3 de septiembre de 2003, radicación 20348, en donde se dijo lo siguiente:

“... En diversas oportunidades la Sala ha dejado sentado que la argumentación sobre la buena o mala fe del empleador no proviene propiamente de la inteligencia que se dé al precepto legal, sino que cuando se trata de establecer si una determinada conducta del empleador lo enmarca dentro de una actitud razonable y atendible que pueda configurar buena fe o en cambio, si su comportamiento ha sido contrario a la lealtad que impone el contrato de trabajo, la cuestión no es de orden jurídico, porque tal aserto debe provenir, necesariamente, de la valoración que previamente se haga de los hechos discutidos y de las probanzas allegadas; en tales condiciones, la situación no puede discernirse por la vía de puro derecho...”

Así las cosas, para que proceda la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., debe calificarse la conducta del empleador para determinar si hubo buena o mala fe de donde pueda derivarse la imposición o no de esa sanción, y ello solo es posible cuando se examina la vía de los hechos, en tanto el análisis de la conducta del empleador comporta el examen de los hechos mediante las pruebas del proceso.

Planteadas así las cosas, primeramente se debe recordar, que acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de

manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

De igual forma, se hace necesario anotar, que la simple negación de la relación laboral no exonera *per se* al empleador demandado de la indemnización moratoria, como tampoco la demostración del contrato de trabajo trae consigo inexorablemente que se imponga dicha sanción.

En efecto, la absolución de esta clase de indemnización cuando se discute la existencia del vínculo laboral, no depende de la negación del mismo por parte del accionado al dar contestación a la demanda, ni la condena de la pretensión depende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia, habida consideración que en ambos casos se requiere del examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada, lo cual depende igualmente de la prueba de la cual se apoderó el proceso y no del simple comentario o afirmación de haberse regido el nexo por un contrato con una empresa de servicios temporales que enviaba trabajadores en misión.

En la litis, se encuentra acreditado que la relación laboral entre las partes surgió mucho antes de haberse pactado los contratos con trabajadores en misión dependientes de una empresa de servicios temporales, con los cuales únicamente pretendía evitarse el pago directo de las prestaciones

sociales a sus trabajadores, esta y no otra fue la intención, tal como lo dejan percibir los elementos de prueba, sin que se hubiese presentado en ningún momento los elementos objetivos que hacen procedentes este tipo de contrataciones, lo cual permite concluir que la sociedad demandada, no obró de buena fe con sus trabajadores, sino que por el contrario los indujo u obligó a firmar un contrato por duración de obra con una empresa ajena, para no asumir directamente las obligaciones que son propias de un contrato de trabajo, desconociendo que el demandante en este caso, llevaba varios años de servicio trabajando directamente en el establecimiento de comercio que explota la accionada.

No puede calificarse, como buena fe el actuar de un empleador que con el fin de desconocer los derechos de sus trabajadores, pretende hacer valer formas de trabajo precarias, sin que existan los elementos esenciales para que se presenten las mismas, mas aun, cuando las relaciones de trabajo ya habían tenido existencia, y abusando de la facultad del patrono del *ius variandi*, modifica completamente las condiciones de quienes le prestan sus servicios como trabajadores.

Así las cosas, concluye esta Colegiatura que en el actuar de la sociedad Inversiones Mangos S.A., en relación con el contrato de trabajo que mantuvo con el señor Wilmer Alberto García Gómez, obró con una intención nociva de desconocer los derechos laborales del mismo, situación que puede clasificarse claramente como mala fe, haciendo procedente la condena por indemnización moratoria descrita en el artículo 65 del Código de Procedimiento Laboral.

No habiéndose presentado otros temas en el escrito de sustentación de la apelación, procede la Sala a confirmar la sentencia que se revisa en alzada en su integridad.

Costas de primera instancia igual a como lo dispuso el a-quo. En esta instancia no se causaron.

VIII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia objeto de apelación, de origen y fecha conocidos.

En esta instancia no se causaron costas.

Se notificó en **ESTRADOS** lo resuelto y se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se declara cerrada la audiencia y para constancia se firma.

Los Magistrados:

MARINO CÁRDENAS ESTRADA

GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

GABRIEL RAÚL CASTAÑEDA BLANDÓN

CARLOS ARTURO VALENCIA MARTINEZ

Secretario.