El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de 8 de mayo de 2013

Radicación Nro. 66001-31-05-003-2012-00354-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Pío Eugenio Vélez Sáenz

Demandado: Servicio de Emergencia Regional “SER S.A.” y Cooperativa de Trabajadores

Asociados Independientes “Cotrain C.T.A.”

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Tema: PRIMACÍA DE LA REALIDAD E INTERMEDIACIÓN LABORAL.** Las Cooperativas de Trabajo Asociado les está prohibido ejercer funciones de intermediación laboral, enviando a sus asociados como trabajadores en misión al servicio de terceras personas, ya que de incurrir en este tipo de prácticas, se desdibujaría su naturaleza jurídica.

**IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS FACTORES SALARIALES CUANDO NO SE HA GENERADO EL DERECHO PENSIONAL:** La declaración de imprescriptibilidad de los aportes a la seguridad social en **pensión, cuando no se ha causado el derecho pensional** ha sido posición reiterada y sostenida por la Corte en la reciente sentencia de instancia proferida en el proceso radicado con el número 35554 de 8 de mayo de 2012 con ponencia del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez, cuya razón de ser deriva de la sentencia 19557 de 15 de julio de 2003, con ponencia de la doctora Isaura Vargas.

**SANCIÓN MORATORIA A PARTIR DE LA LEY 789 DE 2002.** Para aquellos trabajadores que devenguen más de un salario mínimo legal mensual, la sanción moratoria sufrió un cambio esencial a partir de la entrada en vigencia de la ley 789 de 2002, pues ella sólo corre por un término de 24 meses y si y sólo si en ese plazo ha presentado su demanda ante la jurisdicción laboral, pues de haberlo hecho con posterioridad solamente tendrá derecho a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo. Así lo viene sosteniendo la Sala de casación Laboral desde la sentencia 36577 de 2010, rememorada en la 38177 de 3 de mayo de 2011 con ponencia del doctor Mauricio Burgos Ruiz.

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIAS NÚMERO SL-3590-2019 Y SL-5274-2019, RADICACIÓN NÚMERO 64512, DE FECHAS 4 DE SEPTIEMBRE Y 4 DE DICIEMBRE DE 2019, RESPECTIVAMENTE, QUE PUEDEN SER CONSULTADAS EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN, CASÓ EL PRESENTE FALLO Y DICTÓ LA SENTENCIA DE REEMPLAZO, POR MEDIO DE LA CUAL REVOCÓ LOS NUMERALES 4º, 6º Y 12 DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y CONDENÓ A LA SOCIEDAD SER S.A. A PAGAR LOS REAJUSTES POR AUXILIO DE CESANTÍAS Y APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES.**

### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Pereira, ocho de mayo de dos mil trece

Acta número \_\_\_de 8 de mayo de 2013

AUDIENCIA PÚBLICA

## SALUDO. BUENOS DÍAS

Siendo las once (11:00) de la mañana de hoy 8 de mayo de dos mil trece, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, conformada por los Magistrados, PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR y JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, quien actúa como Ponente, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación presentado por todas las partes intervinientes en el proceso, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del circuito de esta ciudad, el día 10 de octubre de 2012, dentro del proceso ordinario laboral que el señor **PÍO EUGENIO VÉLEZ SAENZ** promovió contra el **SERVICIO DE EMERGENCIA REGIONAL (SERVICIO DE AMBULANCIA PREPAGADO) S.A. “SER S.A.”** y la **COOPERATIVA DE TRABAJADORES ASOCIADOS INDEPENDIENTES “COTRAIN C.T.A.”**, cuya radicación corresponde al No. 66001-31-05-003-2012-00354-01.

Se deja constancia que la doctora ANA LUCIA CAICEDO CALDERON se encuentra en uso de permiso concedido por la presidencia del Tribunal.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican:

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

En este estado de la diligencia, se le corre traslado a las partes empezando por **(la recurrente o la actora según sea el caso)** con el propósito de que si lo consideran necesario presenten sus alegatos de conclusión en un lapso de 8 minutos, término que considera la Sala prudente para el efecto de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 42 del C.P.T.

Oídas las argumentaciones de las partes y como quiera que los aspectos propuestos por ellas fueron tenidos en cuenta al momento de discutir el proyecto presentado por el ponente procede la Sala a resolver lo que es materia del recurso, teniendo en cuenta para ello los siguientes:

Previamente se revisó, discutió y aprobó el proyecto elaborado por el Magistrado ponente que corresponde a los siguientes,

#### **ANTECEDENTES**

1. **DEMANDA**

Pretende el actor que, una vez declarada la intermediación laboral realizada por COTRAIN CTA, la justicia laboral declare que entre él y “SER S.A.” existió un contrato de trabajo desde el 1º de abril de 2002 y el 2 de agosto de 2009 y como consecuencia de ello se les condene solidariamente al pago de reajuste de cesantías de los años 2004, 2005, 2006 y 2007. También solicita que se declare que los auxilios habituales que recibía por movilización, alimentación, vivienda y educación constituyen salario y por ende deben ser reliquidadas y pagadas las diferencias por todas las prestaciones sociales desde el 1º de julio de 2007 hasta el 2 de agosto de 2009. Así mismo aspira a que se ordene el pago de las diferencias a favor de la administradora de pensiones por los aportes hechos en menor cantidad durante toda la relación laboral. Aspira además al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 a partir del 15 de febrero de 2005 y hasta la terminación del contrato y a la del artículo 65 desde ese momento y hasta que el pago se haga efectivo. Todo ello con costas a su favor.

Para así pedir, expuso, que se vinculó con SER S.A. desde el 1º de abril de 2002 y hasta el 31 de enero de 2003 como médico, mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido por turnos quincenales con un salario de $1.566.000 mensuales. Sin solución de continuidad, suscribió un contrato escrito por seis meses el 1º de febrero de 2003 que duró hasta el 1º de febrero de 2004, con una remuneración de $1.920.000 mensuales; no obstante, a partir de ese momento, por imposición de la gerente de SER S.A. para mantener su cargo se hizo necesario vincularse por intermedio de COTRAIN CTA mediante la suscripción de un acuerdo cooperativo que duró hasta el 23 de junio de 2007, en el que existió trabajo nocturno, complementario y dominical y/o festivo, con compensaciones que fueron de $2.363.290, $2.518.300, 2.693.000 mensuales, pero los aportes a seguridad social y el valor de las cesantías consignadas sólo se hicieron, respectivamente sobre $358.000, $381.500 y $408.000 mensuales. Terminada la relación cooperativa, a partir del 1º de julio de 2007 fue vinculado a SER S.A. mediante contrato de trabajo a término fijo de 6 meses que se prorrogó hasta el 30 de junio de 2009, con trabajo nocturno, suplementario y dominical y/o festivo, por un salario de $1.375.000 mensuales y beneficios extralegales de movilización, alimentación, vivienda y educativo, por la misma cantidad, que ilegalmente fueron pactados como no constitutivos de salario, con la aclaración de que en el año 2009 la jornada de trabajo se redujo por acuerdo de las partes a medio tiempo. Finalmente, a partir del mes de julio de 2009 siguió laborando medio tiempo presentando renuncia voluntaria el 2 de agosto de 2009 cuando devengaba $715.000 mensuales y beneficios extralegales de $749.700 mensuales. La liquidación final se hizo teniendo en cuenta un salario de $774.300.

1. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Las demandadas fueron notificadas personalmente (fl 237). Oportunamente, la codemandada SER S.A. dio respuesta a la demanda (fls. 243 a 252), reconociendo la vinculación laboral de 1º de febrero de 2003 a 1º de agosto del mismo año con una remuneración de $1.045.000 y de 1º de julio de 2007 hasta 2 de agosto de 2009 con una remuneración que incluía el pago de auxilios extralegales no constitutivos de salario. Negó cualquier relación anterior a 1º de febrero de 2003 así como su prestación de servicios por intermedio de COTRAIN CTA. Igualmente negó el trabajo extra y explicó que por tratarse de trabajo por turnos los recargos que eventualmente se hubieren generado se encuentran cancelados dentro del salario cancelado tal como lo permite el artículo 170 del C.S.T. En cualquier caso, desconoció los cuadros de turnos aportados por el actor para efectos de acreditar el tiempo de servicios.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó: “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Falta de causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Buena fe” y “Prescripción”.

COTRAIN CTA, no contestó la demanda.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotadas las etapas previas, se convocó para audiencia de juzgamiento que tuvo lugar el diez (10) de octubre de 2012 (Acta a folio 283 a 286), en ésta se declaró la existencia de una relación laboral entre el actor y SER S.A. desde el 1º de febrero de 2003 y el 2 de agosto de 2009, pero regida por 3 contratos de trabajo independientes y autónomos, el primero entre el 1º de febrero de 2003 y el 30 de enero de 2004, el segundo entre el 1º de febrero de 2004 al 30 de junio de 2007 y el último entre el 1º de julio de 2007 y el 2 de agosto de 2009, actuando COTRAIN CTA como simple intermediaria en el segundo. Tuvo como no constitutivos de salario los auxilios de movilización, alimentación, vivienda y educación y asumió que el salario de $2009 fue de 1.375.000. Condenó a pagar la diferencia por cesantías consignadas en el periodo que va 1º de febrero de 2004 a 30 de junio de 2007 con sus respectivos “intereses legales” (sic) de mora. Ordenó el pago de las cesantías correspondiente a 2007; negó las demás pretensiones y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con los reajustes por concepto de aportes a pensiones, así como el pago de los reajustes de prima de servicios y vacaciones respecto a la suma que realmente debían haberse pagado con un salario de $1.375.000. para tales efectos la *a-quo*, consideró que si bien hubo una voluntad concurrente de trabajadores y empresa para vincularse por medio de la CTA, la verdad es que dado el carácter tuitivo del derecho del trabajo no puede dársele valor a tal vinculación, toda vez que con ella se desconoce el principio de primacía de la realidad y de paso los derechos del trabajador. En consecuencia consideró que se había presentado una intermediación laboral desde el primero (1º) de febrero de 2004 hasta el 30 de junio de 2007 y como quiera con anterioridad, esto es desde, el 1 de febrero de 2003 y hasta el 31 de enero de 2004 y posteriormente desde el 1º de julio de 2007 hasta el día en que el trabajador presentó su renuncia, la relación laboral se dio en consecuencia entre el 1º de febrero de 2003 y la fecha de terminación del último contrato. De manera tal que condenó a SER S.A. como verdadero empleador al pago de salarios y prestaciones sociales, eso sí precisando que los auxilios por movilización alimentación, vivienda y educación no constituyen factor salarial, por lo que el salario en 2009 del trabajador correspondía a la suma de $1.375.000, máxime si se tiene en cuenta que el “otro sí” con el que se lo pretendió modificar constituye una cláusula ineficaz. En consecuencia condenó a pagar los reajustes por cesantías por la suma de $11.568.325,55, suma de la cual autorizó se compensara lo que aparece consignado en el fondo de cesantías, a la cual ordenó adicionar la suma de $862.545,55 por concepto de reajuste de cesantía del año 2009, suma de la cual autorizó descontar lo pagado por este concepto con anterioridad. Negó la sanción moratoria y en su lugar ordenó el pago de intereses legales moratorios a la tasa máxima vigente por los saldos no consignados en el fondo de cesantías desde el año 2004 hasta el año 2007, dispuso el reajuste sobre el valor de la liquidación final, absolvió por la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. y declaró probada parcialmente la prescripción, con costas a la demandada en un 70% y señalando que las agencias en derecho se fijarán en otra oportunidad.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante solicitó oportunamente su revocatoria a través del recurso de apelación, sobre los siguientes aspectos:

1. Sobre la prescripción de los factores salariales para efectos de los aportes al sistema de seguridad social, pues ésta no debe operar en virtud de la imprescriptibilidad de los derechos de los trabajadores respecto a la prestación pensional.
2. La condena por intereses moratorios, cuando lo pedido fue la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo, resulta contraria a lo enseñado en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia radicada con el número 34393 de 24 de agosto de 2010, y resulta siendo un premio para quien ha actuado de mala fe en la relación laboral.

La demandada SER S.A. por su parte apeló para que se revocaran los siguientes puntos:

1. Existencia del vínculo cooperativo pues quedó reconocido que hubo voluntad de ambas partes de celebrar el acuerdo, incluso obrando ambas de mala fe, en razón de lo cual no debió tenerse ese periodo como regido por un contrato laboral.
2. Salario que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de prestaciones sociales, pues el pacto de salarios corresponde a las partes por lo que lo pactado por ellas tiene plena validez.
3. Vigencia del contrato a partir de enero de 2009 sin tener en cuenta el “otro si” como ineficaz, En la medida que el tiempo de servicios efectivo del trabajador a partir de ese momento solo fue de media jornada tal como se observa en el “otro si” al contrato de trabajo de seis meses, lo que implicó que el salario se redujera y pasara a ser de sólo $715.000. Este pacto resulta válido pues las partes de común acuerdo pueden modificar las condiciones de trabajo.
4. Prescripción. Partiendo de la base de que se encontraron tres contratos independientes y se declaró la intermediación respecto al contrato que se inició el 1º de febrero de 2004 hasta el 30 de junio de 2007 y posterior a este se reconoció la existencia de otro vínculo laboral totalmente diferente, es a partir del 30 de junio de 2007 que debe contarse la prescripción de los derechos laborales derivados del contrato realidad surgido de la intermediación, dado que la demanda laboral fue presentada con posterioridad a los tres años de terminación de ese segundo contrato.

COTRAIN CTA, igualmente recurrió por considerar que lo que existió fue un convenio cooperativo cuyo cumplimiento incluso mejoró las condiciones del demandante.

CONSIDERACIONES

**PRESUPUESTOS PROCESALES**

En vista de que no se observa nulidad que afecte la actuación y satisfechos, como se encuentran, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y competencia, para resolver la instancia la Sala se plantea el siguiente:

**PROBLEMAS JURÍDICOS**

*¿Se presentan en este asunto los presupuestos que se deben acreditar para declarar una intermediación laboral por parte de una Cooperativa de trabajo asociado?*

*¿Cuáles son las consecuencias que se derivan de la intermediación laboral realizada por una cooperativa?*

*¿Existió en el presente caso unidad contractual o se trata de diferentes y válidos contratos laborales sucesivos?*

*¿Qué pactos relativos a pagos no constitutivos de salario resultan ineficaces a pesar de la voluntad concurrente de las partes?*

*¿Prescriben los aportes dejados de hacer por el empleador al sistema general de pensiones?*

*¿Existe la figura de los intereses “legales moratorios” por no consignación oportuna de las cesantías?*

*¿Cómo opera la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. a partir de la vigencia de la ley 789 de 2002?*

1. **INTERMEDIACIÓN LABORAL**

El artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, determina que son simples intermediarios -o sea, no son empleadores porque con ellos no hay contrato de trabajo- las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

Por su parte, el artículo 1º del decreto reglamentario 3115 de 1997 precisa el concepto de intermediación laboral de la siguiente manera:

*“Es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están en disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de mano de obra, el requerimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacantes sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas.”*

Resulta claro entonces que el intermediario no es empleador, pues no es quien subordina al trabajador.

En el numeral 3º del artículo 35 del C.S.T., se contempla como sanción para el intermediario que oculte su verdadera calidad y el nombre de la persona que se beneficiará del trabajo, el atribuirle una responsabilidad solidaria por todas las obligaciones laborales que surjan de esa relación laboral. Dice la norma:

*“3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así,* ***responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas****.” (Negrilla fuera de texto).*

De lo expuesto, es importante resaltar, que esa responsabilidad solidaria del intermediario laboral, tiene como presupuesto, la previa declaración de la responsabilidad de quien fungió como verdadero empleador. Así lo ha establecido la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en relación a la materia objeto de análisis ha señalado:

*“Aspecto central materia de la controversia es el relativo a la obligación que es objeto de la solidaridad legal reclamada en el sub lite -la del socio con su sociedad- que, para precisarlo de partida, es la causada por la vinculación laboral del trabajador frente al empleador,* ***quien es el responsable directo de la obligación****; corolario de tal afirmación es que* ***la que se exige del solidario, no es deuda autónoma o diferente de aquella; lo que la ley manda garantizar con el pago es la debida por el empleador****.*

*“Tal premisa tiene repercusiones procesales en que la demanda judicial orientada a la determinación de la existencia de la obligación, necesariamente, ha de comprender al empleador como responsable directo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.*

*“La doctrina de la Sala ha sido reiterativa en exigir la constitución del litis consorcio necesario entre el deudor solidario y el empleador, cuando la pretensión de la demanda es establecer lo que se le adeuda al trabajador por su relación laboral.*

*“Este principio formulado por la Corte frente al beneficiario o dueño de la obra tiene cabal aplicación para cuando se convoca al proceso al intermediario laboral, pues su razón es la de una calidad que es común a aquéllos y a éste: deudor solidario de las obligaciones con trabajadores del empleador; ciertamente si lo que se persigue con el proceso es la existencia de la deuda, la unidad del objeto no puede ser rota; con el deudor solidario debe ser siempre llamado el empleador, quien es el primero que debe responder por los hechos que originan o extinguen la obligación reclamada.*”*[[1]](#footnote-1) (Negrilla fuera de texto).*

Es por lo anterior, que indispensable resulta establecer en primer lugar, si las acreencias laborales que se persiguen del empleador, como deudor principal, existen, no existen o se encuentran extintas, ya que estas circunstancias habrán de afectar de igual forma a quien se señala como deudor solidario, debido a que las obligaciones que a éste se puedan imputar no operan de manera autónoma e independiente, sino que su existencia, como ya se explicó, está sujeta a la responsabilidad que pueda recaer sobre el deudor principal.

1. NATURALEZA Y OBJETO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Conforme a la reglamentación que sobre la materia se encuentra dispuesta en la Ley 79 de 1988 y los Decretos Reglamentarios 468 de 1990, 4588 de 2006 y 1233 de 2008, las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales mediante un contrato denominado Acuerdo Cooperativo, con el fin de producir en común y de manera autogestora, bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y las de la comunidad en general, con un sistema de financiación que se caracteriza por percibir de los cooperados aportes representados en dinero y su fuerza de trabajo, de los cuales sobreviene para los mismos una compensación periódica, cuyas reglas de pago son definidas por la Cooperativa mediante un régimen de compensaciones que hará parte de sus estatutos.

Estas organizaciones tienen como objeto social, generar y mantener empleo para sus asociados, mediante la adopción de medidas auto-dirigidas que propendan por el desarrollo de las acciones productivas inherentes al ramo social o económico en el que se encuentren especializadas.

De otra parte, a las relaciones de trabajo que se celebren entre este tipo de Cooperativas y sus asociados, no se aplican las reglas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, sino las que corresponden a la legislación cooperativa y las disposiciones contenidas en estatutos, acuerdos Cooperativos y el régimen de trabajo asociado y de compensaciones que establezcan aquellas.

Es importante recordar que a las Cooperativas de Trabajo Asociado les está prohibido ejercer funciones de intermediación laboral, enviando a sus asociados como trabajadores en misión al servicio de terceras personas, ya que de incurrir en este tipo de prácticas, se desdibujaría su naturaleza jurídica. Al respecto disponía el decreto 4588 de 2006, vigente para el momento de los hechos que se estudian en este proceso:

*ARTICULO 17º. PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES.*

*Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.*

*Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.*

1. **CONTRATOS DE TRABAJO SUCESIVOS**

En nuestro sistema jurídico laboral se encuentra aceptada la suscripción de contratos de trabajo sucesivos tal como se desprende del inciso 3º del artículo 78 del C.S.T., y lo ha aceptado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias, entre las que se puede citar la proferida el 1º de diciembre de 2009, radicación 35902, con ponencia del Doctor Eduardo López Villegas, en la que si bien se reconoció la legalidad de los contratos sucesivos, no obstante se dejó sentado que la posibilidad que tienen las partes de determinar libremente cambios en la modalidad contractual no puede ser usada para modificar las condiciones que venían rigiendo el vínculo laboral, sea el inicial o los subsiguientes, de manera tal que se vulneren derechos de los trabajadores, como por ejemplo cuando los contratos sucesivos tienen por finalidad **no conceder el tiempo de descanso efectivo por vacaciones**, o cuando se procura **cambiar drásticamente las condiciones de liquidación de la indemnización por despido injusto**.

1. **LIBERTAD CONTRACTUAL Y PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO.**

De conformidad con el artículo 128 del C.S.T. las partes de común acuerdo, pueden expresamente establecer que beneficios o auxilios habituales que otorga el empleador, no constituyan salario en dinero o en especie.

Tal facultad sólo está limitada por el respeto a los derechos mínimos consagrados en la ley laboral de conformidad con el artículo 13 del C.S.T. y al decir de la Sala de decisión laboral de la Corte Suprema de Justicia, por la naturaleza salarial que la ley atribuye directamente a ciertos pagos que no pueden ser desconocidos como salario. Así se puede extractar de sentencias tales como la 30547 de 27 de enero de 2009, en la que se lee:

*“... así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que este presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de trabajo suplementario, horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio, o en las ventas realizadas por el trabajador”*

O en la 22069 de 13 de septiembre de 2004, 21941 de 26 de abril de 2004, en lo referente a la exclusión salarial de las comisiones:

*“... Pero en modo alguno puede aceptarse que esa última normatividad incluya todos los conceptos o rubros, como las comisiones, que por su origen, quedan por fuera de la posibilidad que ofrece el mencionado artículo 128, de negar la incidencia laboral de determinados pagos en la liquidación de prestaciones sociales o de otras acreencias laborales.”*

Pero, como puede verse, el entendimiento dado por la Sala de casación Laboral de la Corte, no llega hasta privar de contenido a la autorización otorgada en el artículo 128 para que las partes dispongan expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, ciertos beneficios o auxilios habituales u ocasionales otorgados en forma extralegal, tales como alimentación, habitación o vestuario; sino que excluye el pacto en los eventos de factores que literalmente están citados como salario por el artículo 127 del C.S.T., como lo son las comisiones y el trabajo suplementario.

Tampoco puede pensarse que la habitualidad del pago acordado sin efectos prestacionales, lo pueda convertir en salario en virtud de la definición traída por el artículo 127 del C.S.T., por cuanto, frente a la aparente incompatibilidad de las dos normas, siendo la autorización de que se viene hablando norma que regula un asunto especial y estando contenida en el artículo 128 del C.S.T. el intérprete debe preferirla, según lo disponen los numerales 1) y 2) del artículo 5º de la ley 57 de 1887.

1. **PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES**

Tiene dispuesto el artículo 488 que las acciones laborales prescriben en tres años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; no obstante en lo que toca con los aportes al sistema general de pensiones se ha aceptado que por ser la pensión de vejez un derecho imprescriptible, igualmente resulta imprescriptible la obligación del empleador de realizar los aportes, ello por cuanto siendo éste el responsable de hacer los pagos al sistema, su omisión no puede tener como resultado el perjuicio del trabajador respecto a la posibilidad de completar el número de semanas necesario para configurar el derecho ante la AFP.

La declaración de imprescriptibilidad de los aportes a la seguridad social en **pensión, cuando no se ha causado el derecho pensional** ha sido posición reiterada y sostenida por la Corte en la reciente sentencia de instancia proferida en el proceso radicado con el número 35554 de 8 de mayo de 2012 con ponencia del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez, cuya razón de ser deriva de la sentencia 19557 de 15 de julio de 2003, en la que la doctora Isaura Vargas explicó las posibilidades de prescripción de los factores salariales, señalando en lo que interesa a este asunto:

*“En el primer evento, esto es, cuando fueron pagados los presuntos factores salariales base de liquidación, la acción personal del pensionado prescribirá transcurrido el término que para tal efecto prevén los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,* ***ello a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión****”*

Cita que permite colegir que respecto a factores acordados como no constitutivos de salario, efectivamente pagados al trabajador, pero no tenidos en cuenta para hacer los aportes al sistema general de pensiones, cuando aun no se ha adquirido el derecho pensional, frente a la reclamación para que sean hechos los aportes que correspondía por ellos, no es posible oponer el fenómeno de la prescripción.

1. **LA SANCIÓN MORATORIA A PARTIR DE LA LEY 789 DE 2002**

Para aquellos trabajadores que devenguen más de un salario mínimo legal mensual, la sanción moratoria sufrió un cambio esencial a partir de la entrada en vigencia de la ley 789 de 2002, pues ella sólo corre por un término de 24 meses y si y sólo si en ese plazo ha presentado su demanda ante la jurisdicción laboral, pues de haberlo hecho con posterioridad solamente tendrá derecho a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo. Así lo viene sosteniendo la Sala de casación Laboral desde la sentencia 36577 de 2010, rememorada en la 38177 de 3 de mayo de 2011 con ponencia del doctor Mauricio Burgos Ruiz.

1. **CASO CONCRETO**

Los recursos presentados por las partes no disienten de la conclusión de la *a-quo* relativa a que la relación jurídica que vinculó a las partes tuvo tres momentos así: 1) Laboral entre el actor y SER S.A. desde el 1º de febrero de 2003 hasta el 30 de enero de 2004, por Cooperativa entre el 1º de febrero de 2004 y el 30 de junio de 2007 y nuevamente laboral desde el 1º de julio de 2007 hasta el 2 de agosto de 2009.

Lo que corresponde determinar es la posible existencia de intermediación laboral por COTRAIN CTA y los efectos que, de existir, se generaron.

En conjunto, las pruebas traídas al proceso no ofrecen duda respecto a que fue SER S.A. quien tomó la iniciativa de cambiar el modelo de vinculación de sus trabajadores, para lo cual, luego de buscar diferentes posibilidades, optó por el ofrecimiento que al respecto hiciera COTRAIN CTA, así dejaron consignado las partes y sus testigos en las declaraciones:

**Pio Eugenio Vélez Sáenz,** al absolver el interrogatorio de parte reconoció que trabajó con el Instituto Municipal de salud desde el año 2001 hasta el año 2006, en horario de la mañana medio tiempo de 7 a 12, que por ello sólo laboraba medio tiempo en SER S.A., con quien inicialmente tuvo un contrato de trabajo, para luego pasar, realizando idénticas funciones, con la misma remuneración, sin solución de continuidad a la Cooperativa de trabajo asociado COTRAIN CTA en la que no tuvo ninguna participación en su administración ni en sus asambleas. Que en el 2007, nuevamente fue vinculado mediante contrato de trabajo directo con el SER S.A., pactando auxilios extralegales no constitutivos de salario, contrato al que renunció el 2 de agosto de 2009.

En el interrogatorio de parte del representante de COTRAIN CTA, el señor Germán Alberto Jaramillo García manifestó que Luis Eduardo Sánchez, asociado de la cooperativa era quien colaboraba en la parte administrativa de la organización de los turnos en conjunto con el doctor José Fernando.

Al ser interrogado el representante legal de SER S.A., señor Luis Eduardo Sánchez Rodríguez, sostuvo que todo el personal de SER S.A. renunció en febrero de 2004 y se vinculó en calidad de afiliados a COTRAIN CTA, esta situación surgió como una iniciativa al interior de SER S.A. para mejorar los ingresos de los trabajadores, de manera tal que los beneficios en bonos del almacén la 14 pudieran convertirse en dinero. COTRAIN envió una propuesta y posteriormente hizo una exposición a todo el personal, la cual se analizó bajo la premisa de que se mejorara la situación de los médicos, así por ejemplo respecto a los aportes a la seguridad social, como se podía cotizar sobre el salario mínimo, el ahorro que de ello resultara aumentaría el ingreso de los trabajadores. En enero de 2004, se anunció por el dueño de SER S.A. que se había celebrado un contrato con COTRAIN CTA quien estaba dispuesta a vincular a los trabajadores que quisieran cambiarse a ella, entre los cuales se incluyó a los administradores, quienes así pasaron a ser también trabajadores asociados que actuaron como coordinadores y supervisores. Las vinculaciones fueron concluidas por la necesidad de especialización de la Cooperativa como prestadora de servicios médicos, lo cual no estaba dispuesta a hacer. El local donde funcionaba SER S.A. fue arrendado por esta sociedad sin participación de COTRAIN CTA.

**Giovanni García Castro**, testigo de la parte actora, quien reconoce que también tiene demandado a SER S.A., informa que la empresa decidió hacer un cambio en la contratación pasando a sus trabajadores a COTRAIN CTA aunque luego regresaron a SER S.A. Recuerda que el cambio coincidió con el ingreso a SER S.A. del doctor Sánchez, quien fue el que dio las directrices para el efecto. No hubo solución de continuidad entre el cambio de SER S.A. a COTRAIN CTA ni relación con el personal de ésta, no se les hizo curso de cooperativismo ni exigencia en este sentido. No recuerda haber firmado terminación del contrato de trabajo que tenía con SER S.A., ni que hubiera habido algún cambio en la prestación del servicio de todo el personal, ni interrupción alguna por el cambio. Los jefes siguieron siendo los mismos. No tuvo presente que se hiciera un cambio especial en los aportes a seguridad social ni en el valor de las prestaciones sociales. No había restricción para prestar servicios a otra entidad. Todos eran concientes de los aportes al ISS sobre un salario inferior al devengado. No había desprendibles de pago. Todos los elementos de trabajo eran suministrados por SER S.A., los cuadros de turnos eran realizados por el Dr. Fernando Giraldo, tanto en SER S.A. como en COTRAIN CTA. En SER S.A. había documentación de COTRAIN CTA para las nuevas vinculaciones. Les dijeron que la única forma de seguir vinculados con SER S.A. era firmar el acuerdo cooperativo con COTRAIN CTA. No hubo auxilios adicionales por el cambio a COTRAIN CTA. Los compañeros que faltaron a los turnos recibían llamados de atención del coordinador médico del SER .S.A.. No recuerda que se le hubieran hecho descuentos para la cooperativa.

**Ángela María Giraldo Montoya**, testigo de la parte actora, dijo que era normal que a instancias de Luis Eduardo Sánchez y José Fernando Giraldo, quienes seguían órdenes de la gerente y propietaria Liliana Hinestroza Caviedes, estuvieran constantemente cambiando la modalidad contractual. En 2004, el propietario Luis Fernando Restrepo reunió a todos los trabajadores y les dijo que a partir de esa fecha iba a pasarlos a COTRAIN CTA y así lo hizo, pero todo siguió exactamente igual y sin solución de continuidad. Se oía decir que el cambio fue para manejar los parafiscales de la empresa. Nunca tuvieron relación con COTRAIN CTA, no le exigieron curso de cooperativismo. Luego se dio cuenta que los aportes a la seguridad social eran por menor valor del salario recibido, al igual que las cesantías.

**Jhon Walter Benítez**, testigo de la parte actora quien señala que también va a demandar a SER S.A., sostiene que su única relación con COTRAIN CTA fue el día que firmó el acuerdo cooperativo, pero que con posterioridad el desarrollo del servicio era con SER S.A. Explica que al concluir su contrato, después de 8 años, su liquidación fue de $700.000, señala que todo el manejo contractual y salarial fue aceptado porque, o se tomaba así o se perdía el trabajo. Cuenta que una vez fue suspendido por dos días cuando estuvo vinculado por COTRAIN CTA pero que en realidad quienes hicieron todo el proceso sancionatorio fueron los directivos de SER S.A. Relata que Pio Eugenio estaba muy aburrido pues por su edad ya se había dado cuenta de que su pensión estaba en riesgo y por eso se salió.

**Leonardo Trilleras Guzmán**, testigo de la parte actora, afirma que tiene demanda contra SER S.A., dijo que el Dr. José Fernando Giraldo era quien hacía las pruebas técnicas al momento de la vinculación de los nuevos trabajadores, relata que un día en el año 2007 el Dr. Luis Fernando Restrepo y Luis Eduardo Sánchez informaron que todos los trabajadores iban a seguir vinculados por medio de una Cooperativa que continuaría haciendo los pagos de los salarios, pero que todo seguiría igual, pues el trabajo era el mismo y su organización seguía a cargo del SER S.A.. Sólo hacia el final de su vinculación se dio cuenta que los pagos de sus aportes a seguridad social se hacía por el mínimo mensual legal vigente. Al requerir al Dr. Luis Eduardo Sánchez por el modelo de contratación él le replicó que no “jugara con la cuchara”. Nunca le exigieron curso de cooperativismo. Al momento del paso de SER S.A. a COTRAIN CTA siguieron percibiendo el mismo salario. Posteriormente los pusieron a suscribir nuevos contratos con SER S.A., no tiene conciencia de haber hecho aportes cooperativos a COTRAIN CTA. Por el modelo de pago, todos los trabajadores sabían que no era rentable salir a vacaciones. Los cuadros de turno eran elaborados por JOSE FERNANDO GIRALDO. Los equipos de trabajo eran de SER S.A. hasta el punto que al declarante le tocó pagarle a SER una bala de oxigeno que se le perdió. La vinculación de todos los trabajadores a COTRAIN CTA no fue voluntaria sino que les fue impuesta por la empresa con el pretexto de cambio en el modelo de pago.

**José Fernando Giraldo Mejía**, testigo SER S.A., fue el primer médico que tuvo esa empresa, era el encargado de elaborar los cuadros de turno desde el principio de la compañía hasta la actualidad, sabe que Pio Eugenio Vélez trabajó medio tiempo, todos trabajaron inicialmente para la sociedad demandada y luego hicieron parte de COTRAIN CTA, para el momento del cambio se vio un aumento en el salario derivado del menor valor pagado por concepto de seguridad social, además que parte del pago que se les hacía con bonos empezó a pagarse en dinero por la Cooperativa. El cambio a COTRAIN CTA se hizo previa información a todos los trabajadores y no implicó diferencia en el trabajo y las funciones, todos los trabajadores se pasaron a la Cooperativa, y por su intermedio cotizaban sobre un salario mínimo. Los trabajadores sabían que él también era un trabajador asociado. El siguió siendo el coordinador médico, es decir el mismo puesto que ostentaba en SER S.A. no asistió curso de cooperativismo, no sabe si se pagaron las prestaciones sociales al momento del paso a COTRAIN CTA, considera que el cambio a la cooperativa fue voluntario.

**Marlon Jhonny Henao Franco**, testigo SER S.A., dijo que siempre tuvieron los mismos jefes y los mismos gerentes durante toda la relación de trabajo a pesar del cambio a la cooperativa, el cual ocurrió como un modelo de pago diferente que implicaba que recibirían más dinero. Que se les explicó que ello implicaba un menor pago a la seguridad social siendo concientes los trabajadores que ello significaba una menor pensión. El paso a la Cooperativa fue decisión de la junta directiva de SER S.A., esto es, la propuesta no nació de los trabajadores, el trabajo siguió igual, nunca se dejó de prestar el servicio. Igual política de cambio se hizo en Manizales ciudad donde él prestó servicios a partir de enero de 2004. En SER S.A. parte del salario era con bonos por eso fue mejor también el paso a COTRAIN CTA, pues allí se les pagaba todo en dinero.

De la prueba testimonial reseñada, sin dificultad se extrae como conclusión la intermediación laboral realizada por la Cooperativa COTRAIN CTA, pues en realidad su papel en las relaciones jurídicas de los trabajadores se limitó a aparecer como la entidad que los agrupaba y les hacía el pago, pero las órdenes y disposiciones laborales provenían de las directivas de SER S.A. quienes además disciplinaban a los servidores e incluso los obligaban al pago de los objetos de trabajo que se perdían estando bajo su responsabilidad. Y si bien, en los términos de la ley 79 de 1988 y el decreto 468 de 1990 no existía de manera expresa la prohibición a las cooperativas de hacer intermediación laboral, la restricción existía de manera tácita al verificar la descripción y características de tales entidades, consagradas en los artículos 4 y 5 de la citada ley, por lo que, haciendo uso del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en concordancia con el artículo 35 del C.S.T., cabía la protección de los derechos de los trabajadores en los eventos de vinculaciones surgidas de falsos acuerdos cooperativos.

Tal omisión legislativa fue cubierta por el decreto 4588 de 27 de Diciembre de 2006 que en sus artículos 16 y 17 dispuso que en los casos de desnaturalización del trabajo cooperativo por disponer el envío de los asociados a prestar servicios bajo la dependencia y subordinación de un tercero se configuraría la intermediación laboral y se generaría una verdadera relación laboral entre el trabajador asociado y quien se benefició de su trabajo.

Fue tan evidente que la cooperativa constituía una simple máscara de las verdaderas relaciones laborales que a folios 43 y 44 obra una decisión unilateral de COTRAIN CTA dirigida a su supuesto trabajador asociado, de terminar su convenio Cooperativo a partir de 28 de junio de 2007, en la que le asegura que le liquidará sus **prestaciones** y que le agradece su permanencia esperando “en un futuro poderle prestar sus servicios nuevamente”. Tal determinación permite resaltar que el doctor Pío Eugenio Vélez Sáenz, no era considerado por COTRAIN CTA como uno de sus asociados, sino como un tercero ajeno a sus decisiones administrativas al que sencillamente se le prestaba un servicio (¿De que? de intermediación) y se podía desvincular sin el procedimiento previsto para ello en los estatutos.

Adicionalmente a la intermediación, violando lo previsto en el artículo 17 del decreto 468 de 1990, COTRAIN CTA sólo cotizaba al sistema de seguridad social sobre el salario mínimo legal mensual vigente, aduciendo para el efecto que el resto de la retribución que recibía (en el 2004 $1.002.645 y en el 2005 $1.068.400 según se ve a folios154 y 155 a 176) correspondía a un supuesto auxilio por alimentación.

Los datos que se extraen de las pruebas atrás reseñadas permiten llegar a tres conclusiones:

1. Hubo una política empresarial dirigida a imponer a los trabajadores su vinculación por medio de una cooperativa de trabajo asociado, conservando SER S.A. la dirección de la actividad y por ende el poder subordinante sobre los trabajadores asociados.
2. Todas las condiciones de trabajo y el pago de los derechos salariales y prestacionales continuaron de igual manera a como se venían haciendo en SER S.A., hasta el punto que nunca se generó reclamo alguno por este concepto.
3. Los aportes a Seguridad social se siguieron haciendo sobre un salario mínimo legal mensual, lo que en la práctica implicó que en casos de incapacidad por enfermedad sólo recibieran como subsidio ésta suma y no la asignación real; mientras que, sólo con el tiempo hubo conciencia de la afectación del monto de la eventual pensión de vejez que esta modalidad implicaba.

La consecuencia jurídica de la intermediación no es otra que la de reconocer la existencia de un contrato de trabajo entre quien en realidad se benefició de los servicios del trabajador, esto es SER S.A., y el trabajador Pío Eugenio Vélez Sáenz, haciendo responsable solidariamente de todas las obligaciones laborales a cargo de aquella y a favor de éste, a COTRAIN CTA., durante el tiempo de la intermediación.

Ahora bien, como el acto antijurídico del cambio contractual al que fue sometido el trabajador no tiene porque afectar sus derechos, en el presente caso el supuesto acuerdo cooperativo no puede producir efecto alguno, por lo que debe entenderse que su primer contrato laboral, esto es, el suscrito el 1º de febrero de 2003, es el que determina sus condiciones y derechos laborales. En este sentido debe decirse que el contrato, cumplido su periodo inicial y tres prórrogas, el 1º de agosto de 2005, otorgó derecho al trabajador a que las renovaciones posteriores fueran por el término de un año, en razón de lo cual, el cambio de modalidad que se pretendió realizar al terminar la vinculación por intermedio de COTRAIN CTA, convirtiendo el contrato de trabajo en uno de término fijo de seis meses, tampoco puede producir efectos en este sentido, por cuanto, como se dijo en las consideraciones, a pesar de estar permitidos los contratos sucesivos, ellos no pueden ser utilizados para desconocer derechos de los trabajadores, tales como su descanso o para modificar drásticamente las condiciones de liquidación de la indemnización por despido injusto.

En el anterior orden de ideas debe reconocerse la existencia de una relación laboral única, a término fijo inicial inferior a un año, iniciada el 1º de febrero de 2003, que por efecto de superar las tres prórrogas venía renovándose por periodos de un año hasta el momento de la renuncia del trabajador ocurrida el 2 de agosto de 2009 (fl. 253).

Aclarado el punto inicial de intermediación laboral y modalidad contractual que unía a las partes, debe precisarse el valor de las verdaderas sumas salariales que debió percibir el señor Pío Eugenio Vélez Sáenz durante el transcurso de la relación laboral.

Según el acuerdo salarial del contrato inicial que obra a folio 38 vto, se pactó una asignación mensual de $1.920.000 de los cuales expresamente se excluyó como factor salarial lo otorgado en vales MERCAMÁS por valor de $324.000 (fls. 38 vto y 268 vto).

De los testimonios recibidos quedó claro que cuando el trabajador fue vinculado con la intermediación de COTRAIN CTA, la remuneración no sufrió cambios, excepto en cuanto a que los vales MERCAMÁS siguieron siendo cancelados en dinero, pero sólo se reconocía como compensación básica (asimilable al salario) el mínimo legal vigente, y sobre este valor se hacían los aportes a seguridad social y se liquidaban las demás compensaciones (asimilables a prestaciones sociales); tal proceder resulta ilegal e ineficaz frente al reconocimiento de la intermediación laboral y la declaración de existencia de vinculación laboral entre SER S.A. y el demandante en el periodo que va de 1º de febrero de 2004 hasta el 30 de junio de 2007.

Por lo anterior, de conformidad con las certificaciones hechas por COTRAIN CTA y teniendo en cuenta que el verdadero acuerdo salarial consistió en una remuneración inicial de $1.920.000 que incluye la entrega de un valor de $324.000 en vales MERCAMÁS sin connotación salarial, como quiera que ésta última no fue modificada mediante acuerdo de las partes, los salarios que debió recibir el demandante, descontada la cifra desalarizada, hasta el 30 de junio de 2007 fueron los siguientes:

1. En 2003: $1.920.000 - $324.000 = $1.596.000 (fl. 38 vto)
2. En 2004: $2.363.290 - $324.000 = $2.039.290 (fl. 45)
3. En 2005: $2.518.300 - $324.000 = $2.194.300 (fl. 50)
4. En 2006: $2.693.000 - $324.000 = $2.369.000 (fl. 54)
5. De 1º de enero a 30 de junio de 2007: $2.868.000 - $324.000 = $2.544.000 (fls. 201, 206, 207 y 208)

Pero la ineficacia producida por la intermediación laboral, no se puede pregonar respecto a las actualizaciones y condiciones acordadas por las partes en lo relativo a las asignaciones salariales a partir del 1º de julio de 2007, pues en esa fecha acordaron empleador y trabajador una remuneración mensual de $1.375.000, incluidos en dicha suma los recargos nocturnos y dominicales, por tratarse de trabajo en turnos sucesivos (fls. 61 a 65), adicionada con auxilios habituales de movilización, alimentación, vivienda y educativo por valor total de $1.375.000 (fl. 66), ninguno de los cuales puede considerarse como de exclusiva connotación salarial, por cuanto constituyeron un acuerdo libre y espontáneo de las partes celebrado de conformidad con el artículo 128 del C.S.T. al que no es posible restarle validez por no versar sobre factores que expresamente son salario de conformidad con el artículo 127 del C.S.T., en los términos de la posición doctrinal de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se percibe en sentencias tales como la 22069 de 2004, 30547 de 2009 y 38118 de 2 de mayo de 2012 con ponencia de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón.

De manera tal que este acuerdo aparece como libre expresión de la voluntad de los contratantes, sin que aparezca prueba en el expediente que permita restarle valor, debido a la existencia de un vicio del consentimiento.

Por ello las asignaciones salariales del señor Pío Eugenio Vélez Sáenz a partir del 1º de julio de 2007 son las siguientes:

1. Desde 1º de julio de 2007 hasta 31 de diciembre de 2008: $1.375.000 (fls. 189 a 206 y 213 a 219 y fl. 261). Haciendo claridad que a partir del 16 de septiembre de 2008, solo aparecen pagos por medio tiempo a razón de $687.534, pero ninguna manifestación ni explicación presentó la demandada sobre este punto por lo que se tendrá como salario durante todo este año la suma de $1.375.000.
2. Desde 1º de enero de 2009 hasta agosto 2 de 2009: $715.000 mensuales más auxilio de transporte.

La anterior afirmación implica que razón le asiste a SER S.A. en su recurso de apelación en cuanto el “otro sí”, suscrito el dos (2) de enero de 2009, por el cual se redujo la jornada a medio tiempo y en razón de ello el salario pasó a ser de sólo $715.000, pues contrario a lo dicho por la juez de instancia, es perfectamente válido y entendible que las partes acuerden la reducción de la jornada de trabajo, lo que obviamente conlleva una merma en la asignación mensual a percibir. De allí que habrán de revocarse los ordinales quinto y décimo de la sentencia de primer grado.

Con base en los salarios de cada anualidad se concluye que la suma total que por cesantía debió recibir el actor fue de $11.271.567 y en este sentido se modificará en lo atinente la sentencia de primer grado. Esta suma corresponde a los siguientes valores anuales:

1. $1.463.000
2. $2.039.290
3. $2.194.300
4. $2.369.000
5. $1.375.000
6. $1.375.000
7. $ 455.977

De la suma global de cesantías se autorizará al demandado descontar los valores consignados a favor del trabajador en los Fondos de Cesantías y el valor pagado directamente al momento de la terminación del contrato.

Las precisiones anteriores resuelven las inconformidades manifestadas por SER S.A., acotando que en lo relativo al tema de la prescripción alegada con base en la supuesta existencia de tres contratos sucesivos, como viene de verse, no puede aceptarse por tratarse de un contrato único que concluyó el 2 de agosto de 2009, siendo ese momento, el que sirva de referencia definitiva para determinar los efectos prescriptivos.

En lo concerniente a los cuestionamientos hechos por la parte actora a la sentencia de primera instancia, procede el análisis que a continuación se hace, no sin antes dejar sentado que no es posible acceder a los recargos por trabajo nocturno, horas extras y trabajo dominical a que aspira, toda vez que no fueron probados en el proceso los servicios prestados en tales condiciones, si se tiene en cuenta que, el actor pretendió probarlos con los cuadros de turnos que allegó con su demanda y que se ven desde el folio 76 al 143, y desde la contestación de la demanda, en el numeral 10 de los hechos y razones de la defensa, SER S.A. se opuso y desconoció el contenido de tales documentos, mismos que al ser revisados, permiten establecer que son copias informales, sin firmas que los avalen y sin signos de individualización que permitan su atribución a un determinado sujeto de derecho, en razón de lo cual, no pueden servir de base para respaldar los hechos que pretende acreditar el demandante, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 269 del C.P.C. “Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren **aceptados expresamente** por ella o sus causahabientes”.

**Sobre la prescripción de los factores salariales para efectos de los aportes al sistema de seguridad social**:

No se discute en el proceso que la empresa SER S.A., directamente, o por intermedio de la cooperativa COTRAIN CTA, siempre hizo las cotizaciones mensuales para el sistema general de pensiones: Directamente con base en las sumas acordadas como salariales, esto es sin incluir los beneficios a los que se les privó por las partes de tales efectos, e indirectamente por intermedio de COTRAIN CTA, por el monto de las compensaciones ordinarias, dada la aceptación que, según los testigos, tuvo tal decisión para disminuir las deducciones por este concepto y con ello aumentar la remuneración mensual.

Respecto a los auxilios que por acuerdo de las partes se les quitaron efectos salariales, en cualquier evento no habría lugar a reajuste alguno, pero por los valores que se tuvieron en cuenta para los aportes en el contrato inicial de 1º de febrero de 2003, eventualmente procedería el reajuste, al igual que por aquellos derivados del tiempo en que tuvo ocurrencia la intermediación de COTRAIN CTA, sin embargo ninguna prueba se trajo al expediente que permitiera determinar los valores sobre los que realmente se hicieron los aportes al sistema de seguridad social en esos periodos, para lo cual se requería la historia laboral del trabajador en la respectiva administradora de pensiones, situación que incluso, de superarse en parte, con algunos desprendibles de pago que reposan en el expediente se encontraría con la dificultad de que no obstante, la imprescriptibilidad de los aportes por factores salariales no tenidos en cuenta para hacer las cotizaciones al sistema, en este proceso no resultaría dable a la Sala acceder a lo solicitado por cuanto los aportes para pensión no pueden pagarse directamente al afiliado como aquí se pidió en la pretensión 10 de la demanda (fl. 10); Así lo ha precisado la Sala de Casación laboral en la ya citada sentencia de instancia radicada con el número 35554 de 8 de mayo de 2012, en la que si bien se dispuso el pago de las cotizaciones a quien correspondía, esto es, al Sistema de Seguridad Social, fue con ocasión de la pretensión subsidiaria que en ese sentido elevó el demandante, misma que no fue hecha por el actor en este proceso y que al no ser declarada en la primera instancia impide que la Sala ahora la acoja, por cuanto la facultad de fallar *extra y ultra petita* le está vedada al juez de segundo grado, pues de proferirse sentencia por este aspecto se violaría el principio constitucional de la doble instancia.

**Sobre la condena por intereses moratorios cuando lo pedido era la sanción moratoria:**

Las decisiones del a-quo en cuanto a las pretensiones relativas a las sanciones moratorias previstas en los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T. consistieron en convertir la primera en el pago de intereses moratorios a la tasa máxima legal con base en el numeral 4º del artículo 99 de la le 50 de 1990 y la segunda negarla porque siendo lo pedido un reajuste a la liquidación no se puede hablar de falta de pago que genere la sanción.

Ambas decisiones resultan equivocadas como pasa a verse:

1. El numeral 4º del artículo 99 de la ley 50 de 1990 prevé la orden de pago, al terminar el contrato, de las sumas que por concepto de cesantías estuvieren insolutas con los intereses legales de éstas (12% anual según el numeral 2 del mismo artículo), que no “legales moratorios”, como lo dijo la juez, a la tasa máxima. Tal disposición no tiene alcance diferente a precisar que las cesantías del año en que termine el contrato, que por obvias razones todavía no han sido consignadas al Fondo, deben entregarse directamente al trabajador con sus respectivos intereses legales del 1% mensual. Sin que en realidad el numeral establezca un interés por mora respecto a sumas insolutas anteriores, pues la consecuencia de la omisión en la consignación total, o parcial injustificada, es la prevista en el numeral 2º del artículo en comento, esto es, una sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.
2. El artículo 65 del C.S.T. dispone que si al terminar el contrato el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales incurrirá en sanción moratoria. De donde resulta que, si como fue decidido en la sentencia recurrida, se dejaron de pagar en su valor real los salarios y prestaciones sociales del periodo comprendido entre el 1º de enero de 2009 y el 2 de agosto del mismo año, no era dable argüir como lo hizo el juzgado que se absolvía de la sanción moratoria porque lo que se estaba reclamando era una reliquidación o un reajuste que correspondían como consecuencia de una interpretación sobre factores salariales que no se tuvieron en cuenta para hacer las liquidaciones.

En realidad, respecto a la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, en el caso concreto debe precisarse que al no ser acumulables las sanciones de cada anualidad, a partir del 15 de febrero de cada año corre una única sanción moratoria correspondiente a un día del salario, que se tuvo en cuenta para liquidar la cifra a consignar, por cada día de retardo hasta el 14 de febrero del año siguiente, mientras que a partir del día siguiente -15 de febrero- de ser el caso, empieza a generarse la sanción moratoria que corresponda con base en el salario del año inmediatamente anterior, y así sucesivamente, precisando que a partir de la terminación del contrato, cesa esta moratoria y empieza a correr la sanción por falta de pago.

Así las cosas, no obrando en el expediente prueba de haberse hecho reclamo escrito al empleador para el pago de las acreencias laborales y habiéndose presentado la demanda el 24 de abril de 2012, se encuentran prescritos los valores por sanción moratoria por no consignación de las cesantía que tuvieren causa anterior al 24 de abril de 2009 y como quiera que el contrato concluyó el 2 de agosto de ese año, el periodo a consignar que implicaría la condena sería el del año 2008, pero como el mismo demandante reconoce que en ese periodo se le pagaron las cesantías, sólo que sin incluir al salario con el cual se hizo la liquidación, los recargos nocturnos, horas extras y dominicales (no probados en el proceso); mientras que, como se ha explicado atrás, los pactos de desalarización hechos a partir de 1º de julio de 2007 resultan totalmente válidos, no existía por ese año de 2008 suma por la cual exista mora que genere la sanción, en razón de lo cual se debe absolver por este concepto, dado que cualquier sanción moratoria por las anualidades anteriores se encuentra sin duda prescrita.

En lo que hace relación a la sanción del artículo 65 del C.S.T. ha de señalarse que, a pesar del manejo contractual abusivo utilizado por la empleadora, las prestaciones sociales generadas durante el periodo de la intermediación laboral (1º de febrero de 2004 a 30 de junio de 2007) se encontraban prescritas para el momento de la presentación de la demanda, excepto en lo que tiene que ver con los aportes al sistema general de pensiones y la cesantía, esta última por tratarse de una prestación que se hace exigible en su totalidad, sólo al momento de la terminación del contrato de trabajo. De allí que existiendo deuda respecto al valor total de las cesantías como lo dispuso la *a-quo* en el ordinal sexto de la sentencia, en principio se podría haber generado la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., de no ser por que, como la demanda fue presentada a los 2 años, 8 meses y 23 días de haber terminado el contrato, como atrás quedó dicho, no hay lugar a imponer sanción moratoria, debiéndose pagar por tal concepto intereses de mora, desde la terminación del contrato y hasta la fecha en que se haga el pago efectivo, a la tasa máxima prevista para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre el valor que resulte de restarle a la suma total de cesantías aquí determinada, esto es, $11.271.567, los valores consignados a favor del trabajador en los Fondos de Cesantías y el valor pagado directamente al momento de la terminación del contrato.

Finalmente, como quiera que se ha evidenciado la intermediación laboral por parte de COTRAIN CTA y a favor de SER S.A., se ordenará oficiar a las entidades de control para las investigaciones y sanciones a que pueda haber lugar.

Costas en esta instancia a cargo de SER S.A. y COTRAIN CTA. Como agencias en derecho se fija la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO.- MODIFICAR** el ordinal PRIMERO de la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que entre el señor PIO EUGENIO VELEZ SAENZ y SER S.A. existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con fecha de iniciación el 1º de febrero de 2003 que por efecto de prórrogas sucesivas se renovó y tuvo vigencia hasta el 2 de agosto de 2009, fecha en que terminó por renuncia del trabajador.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** los ordinales SEGUNDO, TRECE, CATORCE

**TERCERO.- MODIFICAR** el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia para declarar que el empleador del señor PIO EUGENIO VÉLEZ SAENZ fue SER S.A., pero que en virtud de la intermediación hecha por COTRAIN CTA esta entidad es responsable solidariamente de los pagos que aquí se ordenan y que tengan causa en el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2004 y el 30 de junio de 2007.

**CUARTO.- MODIFICAR** el ordinal CUARTO de la sentencia de primer grado para precisar que los auxilios de movilización, alimentación, vivienda y educación pactados a partir del 1º de julio de 2007 no constituyen factor salarial, pero que el acuerdo de exclusión salarial respecto al periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2003 y el 30 de junio de 2007 sólo está referido a la suma de $324.000 inicialmente otorgados como vales MERCAMÁS, de donde resulta que los salarios percibidos por el trabajador durante toda la relación laboral son los siguientes:

1. En 2003: $1.920.000 - $324.000 = $1.596.000
2. En 2004: $2.363.290 - $324.000 = $2.039.290
3. En 2005: $2.518.300 - $324.000 = $2.194.300
4. En 2006: $2.693.000 - $324.000 = $2.369.000.
5. De 1º de enero a 30 de junio de 2007: $2.868.000 - $324.000 = $2.544.000.
6. Desde 1º de julio de 2007 hasta 31 de diciembre de 2008: $1.375.000.
7. Desde 1º de enero de 2009 hasta agosto 2 de 2009: $715.000 mensuales.

**QUINTO.- REVOCAR** los ordinales QUINTO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO, DÉCIMO y ONCE de la sentencia conocida en apelación.

**SEXTO.- MODIFICAR** el ordinal SEXTO de la sentencia recurrida, en el sentido de ordenar a SER S.A. que proceda al pago de la diferencia que resulte entre el valor por cesantías que aquí se determinó en la suma de $11.271.567 y el total de las cesantías efectivamente pagadas al trabajador (las consignadas en los Fondos durante la vigencia del contrato y las pagadas al momento de su terminación).

**SÉPTIMO.- CONDENAR** solidariamente a SER S.A. y COTRAIN CTA a pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, respecto al saldo insoluto que arroje la condena impuesta en el ordinal **SEXTO** anterior, desde el 3 de agosto de 2009 y hasta que el pago se haga efectivo.

**OCTAVO.- CONFIRMAR** el ordinal DOCE de la sentencia de primer grado con la aclaración de que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles.

**NOVENO.-** Para los efectos contemplados en los artículos 34, 35 y 36 del decreto 4588 de 2006, oficiar a la Superintendencia de Economía Solidaria y al Ministerio del Trabajo, para que de conformidad con sus competencias hagan las investigaciones que corresponda por la intermediación laboral realizada por COTRAIN CTA para la sociedad SER S.A. e impongan las sanciones a que haya lugar.

**DÉCIMO.-** Costas en esta instancia a cargo de COTRAIN CTA y SER S.A.. Como agencias en derecho se fija la suma de $589.500.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 En uso de permiso

1. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de abril de 2009. M.P. Eduardo López Villegas. Radicación 29522. [↑](#footnote-ref-1)