

RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN – Obligación de las empresas de servicios temporales / ILIQUIDEZ DE LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – Efectividad de la póliza de garantía

Esta Sala precisa que el artículo 18 del Decreto 4369 de 2006 establece los casos en los cuales se debe hacer efectiva la póliza de garantía que por ley constituyen las empresas de servicios temporales, en cuanto prevé que serán cinco (5) específicas situaciones las que llevarán a la presunción de una iliquidez de la empresa, a la que se llegará « [...] *sin necesidad de estudios económicos* [...]». Las cinco (5) situaciones previstas en la ley son: (i) incumplimiento en el pago de dos o más períodos consecutivos de salario, de acuerdo con el contrato suscrito; (ii) mora en el pago de los aportes a la seguridad social por más de 45 días; (iii) que durante más de 3 ocasiones en una anualidad, haya mora en el pago de los aportes a la seguridad social; (iv) entrar en proceso de acuerdo de reestructuración de obligaciones; y (v) la declaración de estado de iliquidez. De conformidad con los actos demandados, la empresa accionante incurrió en las causales (i) y (ii), tal como fue probado en sede administrativa con documentos y la declaración de su representante legal, que aceptó que se adeudaban los salarios y las prestaciones sociales de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, reclamados en la queja, con la justificación que ello se debía a que la UT Misión Vital a su vez le debía una suma considerada de dinero. Esta afirmación no fue discutida ni debatida en el trámite administrativo con los recursos de vía gubernativa, ni en sede judicial, sino que el cargo de nulidad se centra en que no se analizó su situación financiera de manera previa a la declaratoria del siniestro.(...) Sobre esta situación, es del caso advertir que la única responsable de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar y de las indemnizaciones que se llegaren a causar a favor de los trabajadores en misión, era la empresa de servicios temporales demandante, puesto que su condición en esa relación laboral era la de empleadora de ellos, obligación que no podía trasladarse a un tercero o excusarse en una deuda causada, igualmente, con un agente externo, como en efecto ocurrió en este proceso, específicamente en sede administrativa.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990 – ARTÍCULO 71 / LEY 50 DE 1990 – ARTÍCULO 74 / DECRETO 4369 DE 2006 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 4369 DE 2006 – ARTÍCULO 8 / DECRETO 4369 DE 2006 – ARTÍCULO 11 / DECRETO 4369 DE 2006 – ARTÍCULO 18

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00405-01(3504-15)

Actor: EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES GERENCIA DEL CAPITAL HUMANO COMPAÑÍA LTDA.

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (HOY MINISTERIO DEL TRABAJO)

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Declaración de siniestro por no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de abril de 2015 por el Tribunal Administrativo de Santander (subsección de descongestión), mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 95 a 116). La empresa de servicios temporales Gerencia del Capital Humano Compañía Ltda., a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Nación – Ministerio de la Protección Social (en adelante Ministerio del Trabajo), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. La actora solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones (i) «[...] TESS-14312-001339 del 29 de [o]ctubre de 2009, emitida por el Grupo de Trabajo Empleo y Seguridad Social [sic] Ministerio de la Protección Social [...]»; (ii) «[...] TESS-001461 del 22 de [d]iciembre de 2009 [...]», proferida por la misma dependencia, que resolvió el recurso de reposición y concedió el de apelación; y (iii) «[...] DTS-A-001473 del 29 de [d]iciembre de 2009, emitida por la Dirección Territorial» de esa cartera, que desató la alzada.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, (i) se «[...] DEJE SIN EFECTO LA DECLARACIÓN DEL SINIESTRO INJUSTIFICADO Y LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 96-43-101002318 DE SEGUROS DEL ESTADO» ordenada en los actos demandados; y (ii) se declare que la demandada es responsable de la declaratoria del referido siniestro y de los perjuicios materiales y morales ocasionados, sumas todas ellas que deberán actualizarse.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la actora que «[e]l 1 de febrero de 2008 [...] celebr[ó] [e]l CONTRATO DE SUMINISTRO DE PERSONAL ASISTENCIAL Y ADMINISTRATIVO No. 047, con la U.T. MISIÓN VITAL [...]», en cuya cláusula primera se dispuso que esta última «[...] en calidad de operadora del Hospital

Departamental de san andes [sic], providencia y santa catalina, y su red integral de salud, requiere contratar con una empresa legalmente constituida en Colombia, por el término de tres (3) años, el suministro de personal de apoyo asistencia y administrativo, a través de una empresa de servicios temporales [...]».

Que «[l]a U.T. MISIÓN VITAL, incumplió totalmente el referido contrato [...], en tanto que, además de dejar de lado las obligaciones contractuales a la que se había comprometido [...], no cumplió con sus obligaciones de pago de salarios y prestaciones sociales debidas a los trabajadores en misión por el que se celebro [sic] el precitado contrato, situación esta que [la] obligó a asumir de manera abrupta [...] [esa] carga prestacional».

Dice que «[e]l 23 de [a]bril de 2009, el [...] apoderado de un grupo de [sus] ex trabajadores [sic] en misión [...], interpone queja ante la Directora Territorial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por la presunta iliquidez de la empresa y solicita [que] se haga efectiva la póliza de garantía de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, conforme lo dispone el Decreto 4369 de 2006 [...]».

Que por oficio DTSAl-00228 de 27 de mayo de 2009, dicha directora territorial remitió el asunto por competencia a la dirección territorial de Santander, habida cuenta que el domicilio principal de la demandante es en la ciudad de Bucaramanga.

Afirma que «[e]l día 13 de [j]ulio de 2009, el [...] [mismo] apoderado [...] present[ó] al despacho de la Coordinación del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, queja formal [...]» por esa presunta iliquidez y con la pretensión de lograr la efectividad de la referida póliza.

Que a través de Resolución TESS-14312-001339 de 29 de octubre de 2009, dicha coordinación resolvió la queja, en el sentido de declarar ocurrido el siniestro por el no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que tienen derecho los extrabajadores en misión de la accionante y ordenar a la sociedad Seguros del Estado SA que realizara el correspondiente pago con cargo a la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales 96-43-101002318.

Agrega que, contra la anterior determinación, fue interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. El primero, desatado con Resolución TESS-001461 de 22 de diciembre de 2009, en tanto que el segundo, por la DTS-A-001473 de 29 de los mismos mes y año; en el sentido de confirmar la decisión inicial.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos demandados los artículos 13, 29, 83, 209 y 228 de la Constitución Política; 3º. del Código Contencioso Administrativo; y 11 y 18 del Decreto 4369 de 2006.

Aduce que la entidad demandada no efectuó el correspondiente estudio financiero, para efectos de declarar el siniestro por su iliquidez, según lo previsto en el

artículo 18 del Decreto 4369 de 2006, en la medida en que desconoció que se trata de un «[...] grupo empresarial que cuenta con toda la experiencia en el campo laboral y profesional, además contar con toda la infraestructura y capacidad económica necesaria, para asumir las responsabilidades que ello implica [...]».

Que la sanción impuesta resulta desproporcional, si se tiene en cuenta que su patrimonio a la fecha de presentación de la demanda era de \$224.042.311, en tanto que la cuantía por la que fue declarado el siniestro ascendió a \$86.412.495, a más que el incumplimiento se debió a que la UT Visión Vital desconoció las obligaciones a su cargo y no por actuaciones propias.

Argumenta que la accionada «[...] dejó de lado las pruebas aportadas dentro de la investigación y las diversas solicitudes elevadas [sobre] [...] documentos y testimonios [...] [con los] que **PRETENDÍAN PROBAR** la CAPACIDAD ECONÓMICA [...] para responder con las obligaciones contraídas con los trabajadores en misión [...]».

Que en ese sentido, en los actos acusados no se configuró ninguna de las causales establecidas en el artículo 18 del Decreto 4369 de 2006, por cuanto no se efectuó estudio financiero alguno y, por tanto, deben ser declarados nulos.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 144 a 148). La accionada, por intermedio de apoderado, indica que «[...] la investigación que se adelantó se hizo con el lleno de todos los requisitos, brindándole todas las garantías, respetando el debido proceso y el derecho a la defensa [...], si se tiene en cuenta todas y cada una de las situaciones administrativas adelantadas por parte del Ministerio de la Protección Social [sic] [...]».

Que «[...] una de las funciones primordiales del Ministerio [...] es propender porque al trabajador se le respete el mínimo de garantías y derechos laborales entre ellos la seguridad social integral, el salario, las prestaciones sociales entre otras y no puede [...] [ese] ente seguir permitiendo que empresas como estas vulneren los derechos de los trabajadores, máxime cuando su capital o patrimonio no son garantía para sus trabajadores, como cuando el mismo defensor manifiesta tienen más de 2000 trabajadores a nivel nacional».

1.6 Providencia apelada (ff. 186 a 196 vuelto). El Tribunal Administrativo de Santander (subsección de descongestión), mediante sentencia proferida el 30 de abril de 2015, negó las súplicas de la demanda (sin condena en costas), al considerar que «[...] lo relacionado con la presunta declaración de iliquidez de la empresa de servicios temporales, es un tema que no se puso de presente en la vía gubernativa, pues la entidad demandante centro [sic] sus argumentos del no pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones en la deuda que tenía o tiene con ella la Unión Temporal Misión Vital. Sin embargo, a la luz de la normatividad planteada [...], es claro que la iliquidez de una empresa de servicios temporales se presume cuando ocurre alguno de los eventos consagrados en el artículo 18 del decreto reglamentario 4369 de 2006, es decir, para su declaración no se requiere de un estudio financiero, contrario a lo indicado por el

demandante».

Que «[...] *está demostrado dentro del presente proceso, y no es motivo de discusión que la [actora] incumplió el deber que como empleadora de acuerdo al [artículo] 71 de ley 50 de 1190 tiene, de pagar los salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores, de acuerdo a lo indicado en el artículo 8º del decreto 4369 de 2006 reglamentario [...]*» (sic) de esa Ley.

Advierte que se encuentra probado en el proceso que (i) se constituyó una póliza de cumplimiento para garantizar el pago de las acreencias laborales; (ii) a los empleados no les fueron cancelados las prestaciones sociales y aportes al sistema general de seguridad social de los meses de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, tal como fue reconocido por la representante legal de la actora en el trámite administrativo; y (iii) la efectividad de la póliza está supeditada a la iliquidez de la empresa de servicios temporales, la que se presume sin necesidad de estudios económicos, siempre que se satisfagan las causales establecidas en el artículo 18 del Decreto 4369 de 2006, en especial cuando se compruebe el incumplimiento del pago de dos o más períodos consecutivos de salario y la mora en el de los aportes a seguridad social por más de 45 días, como ocurrió en el presente asunto.

Que «[n]o *obsta para ordenar la efectividad de la póliza de cumplimiento, el hecho de que a la empresa de servicios temporales le hayan incumplido el contrato de suministro, pues, frente a los trabajadores tiene el carácter de empleadora y por tanto está sujeta al cumplimiento de los deberes estipulados en [sic] Código Sustantivo del Trabajo [...]*» y, por tanto, la finalidad de la póliza de cumplimiento es precisamente garantizar los derechos laborales de los empleados.

1.7 Recurso de apelación (ff. 199 a 206). La actora, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación, para lo cual reiteró sus argumentos de la demanda, en especial insiste en que contaba con la solvencia económica para hacerse cargo de las acreencias laborales por las cuales se declaró el siniestro de la póliza de cumplimiento, situación que no fue valorada, por cuanto no se analizaron los balances generales aportados, esto es, no se le realizó un estudio financiero.

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la actora fue concedido mediante proveído de 17 de junio de 2015 (f. 208) y admitido por esta Corporación a través de auto de 8 de febrero de 2017 (f. 221), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 9 de abril de 2018 (f. 223), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, de conformidad con lo establecido en

el artículo 212 del CCA, oportunidad aprovechada solo por la accionada, para reiterar sus argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda (ff. 323 a 236).

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación, se contrae a determinar si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar la ilegalidad de los actos a través de los cuales se declaró el siniestro por el no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por incurrir en violación de normas superiores; o si por el contrario, como lo sostiene el accionado, la decisión obedeció al cumplimiento de la regulación en la materia, sin que estuvieran probados los motivos de censura expuestos en la demanda.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis conceptual a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990¹, la empresa de servicios temporales es «[...] *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*», la que debe constituirse como persona jurídica y se desenvuelve con ese único objeto social.

La anterior definición fue desarrollada en el artículo 2 del Decreto 4369 de 2006², así:

Artículo 2°. Definición de Empresa de Servicios Temporales. Empresa de Servicios Temporales "EST" es 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 estas el carácter de empleador.

El artículo 74 de dicha Ley 50 prevé que «[l]os *trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: 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 aquellos que la empresa de servicios*

¹ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones».

² Compilado en el Decreto único reglamentario 1072 de 2015 del sector trabajo.

temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos», para lo cual, en ambas categorías, se reitera, esas empresas tienen la condición de empleador.

De conformidad con lo previsto en el artículo 208 de la Constitución Política, los ministros y directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia, bajo la dirección del presidente de la República, por lo que, en atención al artículo 485 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), el Ministerio del Trabajo es la entidad encargada de ejercer control y vigilancia del cumplimiento de las normas laborales, en la forma como el Gobierno nacional y las políticas sobre la materia lo determinen.

El artículo 486 (numeral 2) del CST, modificado por el 97 de la Ley 50 de 1990 y por el 7 de la Ley 1610 de 2013, dispone que los funcionarios de dicho Ministerio comportan autoridades de policía en su materia, con facultades para la imposición de multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo legal mensual vigente. Esta atribución se concreta en los artículos 91, 92 y 93 de dicha Ley 50, en el sentido que esa cartera *«[...] ejercerá el control y la vigilancia de las empresas de servicios temporales, a efectos de garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y la presente ley»*, al propio tiempo que podrá suspender o cancelar las autorizaciones de funcionamiento otorgadas a tales empresas, entre otras funciones.

Por su parte, el artículo 8 del Decreto 4369 de 2006 es claro en disponer que dentro de los contratos que suscriba la empresa de servicios temporales y la usuaria³ debe establecerse que aquella *«[...] se sujetará a lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo para efecto del pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores. Igualmente, deberá indicar el nombre de la compañía aseguradora, número de la póliza, vigencia y monto de la misma, con la cual se garantizan las obligaciones laborales de los trabajadores en misión»*.

En cuanto a las garantías que deben constituirse para proteger los derechos prestacionales de los trabajadores en misión, el artículo 11 del Decreto 4369 de 2006 preceptúa lo siguiente:

Artículo 11. Constitución de póliza de garantía. Las Empresas de Servicios Temporales están obligadas a constituir una póliza de garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, a favor de los trabajadores en misión, para asegurar el pago de sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales, la cual deberá depositarse en el Ministerio de la Protección Social.

En concordancia con el artículo 18 del mencionado Decreto 4369 de 2006, que regula la efectividad de la referida póliza en los siguientes términos:

³ Llámese usuaria a *«[...] toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales»* (artículo 73 de la Ley 50 de 1990).

Artículo 18. Efectividad de la póliza de garantía. La póliza de garantía se hará efectiva a solicitud de los trabajadores en misión, cuando la Empresa de Servicios Temporales se encuentre en iliquidez la cual se presumirá, sin necesidad de estudios económicos, cuando ocurra uno o más de los siguientes eventos:

1. Que el funcionario competente del Ministerio de la Protección Social compruebe que por razones de iliquidez, la Empresa ha incumplido en el pago de dos o más periodos consecutivos de salario, de acuerdo con lo establecido en el contrato de trabajo.
2. Que exista mora en el pago de los aportes a la seguridad social por más de cuarenta y cinco (45) días, sin perjuicio de la cancelación de la autorización de funcionamiento de que trata el artículo 3° de la Ley 828 del 2003.
3. Que durante más de tres (3) ocasiones en una anualidad, exista mora en el pago de aportes a la seguridad social.
4. Que la Empresa de Servicios Temporales entre en el proceso de acuerdo de reestructuración de obligaciones.
5. Que la Empresa de Servicios Temporales se declare en estado de iliquidez.

Cuando un grupo de trabajadores presente queja formal por presunta iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales, el funcionario competente solicitará a la Coordinación del Grupo de Relaciones Individuales y Colectivas de la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, que realice el correspondiente estudio económico y determine dentro de los treinta (30) días siguientes, si se encuentra o no en estado de iliquidez.

Determinado el estado de iliquidez, sea por la ocurrencia de uno de los hechos descritos en el presente artículo o a través del estudio económico, el funcionario competente procederá por solicitud de los trabajadores en misión, a hacer efectiva la póliza de garantía, mediante acto administrativo que declara el siniestro y ordenará directamente a la compañía de seguros realizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con base en las liquidaciones que para el efecto elabore el Inspector de Trabajo del lugar donde se prestó el servicio.

En tal sentido, la póliza de garantía tiene como finalidad la de proteger que los trabajadores en misión no se vean afectados en el pago de sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (cuando sea del caso), debido a la naturaleza propia del desempeño de sus funciones, es decir, que si bien su patrono es la empresa de servicios temporales lo cierto es que su trabajo es realizado en las instalaciones o a cargo de la usuaria, dentro del contrato que esta suscribe con aquella.

Asimismo, se destaca que es función del Ministerio del Trabajo velar por el cumplimiento de las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, en especial

las referentes a las garantías prestacionales.

3.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia y al recurso de apelación impetrado. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) El 1º. de febrero de 2008, la Unión Temporal Misión Vital, en condición de operadora del Hospital departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y su red integral de salud, suscribió un contrato de suministro de personal asistencial y administrativo con la empresa de servicios temporales Gerencia del Capital Humano Compañía Ltda., por el término de 3 años (ff. 73 a 78).

b) De conformidad con la queja presentada el 23 de abril de 2009 por el apoderado de los trabajadores en misión de la demandante, referente a la falta de pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social integral, de los meses de noviembre y diciembre de 2008, y enero de 2009 (ff. 1 y 2 tomo I pruebas), la dirección territorial del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina del entonces Ministerio de la Protección Social dio apertura a un procedimiento administrativo por el presunto incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales y salarios (f. 15 *ibidem*).

d) Luego de la remisión por competencia a la dirección territorial de Santander, el trámite administrativo fue decidido mediante Resolución TESS-14312-001339 de 29 de octubre de 2009, en el sentido de declarar el siniestro y ordenar efectuar el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con cargo a la póliza 96-43-101002318 de Seguros del Estado SA, constituida con el propósito de garantizar esos derechos laborales (ff. 32 a 48).

e) Contra la anterior decisión fue interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los que se decidieron a través de las Resoluciones TESS-001461 y DTS-A-001473 de 22 y 29 de diciembre de 2009, respectivamente, con confirmación de la decisión inicial.

De las pruebas anteriormente relacionadas, se desprende que la accionante, en su condición de empresa de servicios temporales, suscribió un contrato con la UT Misión Vital para el suministro de personal asistencial y administrativo en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el que fue incumplido por esta última frente al pago de los salarios y los aportes al sistema de seguridad social integral de los trabajadores en misión de los meses de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009.

La anterior situación implicó a que fuera interpuesta una queja contra la empresa de servicios temporales demandante y ante el otrora Ministerio de la Protección Social, cuyo procedimiento administrativo culminó con la declaratoria del siniestro y la orden de pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones con cargo a la póliza de cumplimiento 96.43-101002318 de Seguros del Estado SA,

decisión con la que la actora está en desacuerdo, al considerar que no se efectuó un análisis de su situación financiera, en la medida en que sí cuenta con la capacidad para asumir esa carga prestacional y, a su juicio, no era necesario afectar dicha garantía.

Sobre el particular, esta Sala precisa que el artículo 18 del Decreto 4369 de 2006 establece los casos en los cuales se debe hacer efectiva la póliza de garantía que por ley constituyen las empresas de servicios temporales, en cuanto prevé que serán cinco (5) específicas situaciones las que llevarán a la presunción de una iliquidez de la empresa, a la que se llegará «[...] *sin necesidad de estudios económicos* [...]».

Las cinco (5) situaciones previstas en la ley son: (i) incumplimiento en el pago de dos o más períodos consecutivos de salario, de acuerdo con el contrato suscrito; (ii) mora en el pago de los aportes a la seguridad social por más de 45 días; (iii) que durante más de 3 ocasiones en una anualidad, haya mora en el pago de los aportes a la seguridad social; (iv) entrar en proceso de acuerdo de reestructuración de obligaciones; y (v) la declaración de estado de iliquidez.

De conformidad con los actos demandados, la empresa accionante incurrió en las causales (i) y (ii), tal como fue probado en sede administrativa con documentos y la declaración de su representante legal, que aceptó que se adeudaban los salarios y las prestaciones sociales de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, reclamados en la queja, con la justificación que ello se debía a que la UT Misión Vital a su vez le debía una suma considerada de dinero. Esta afirmación no fue discutida ni debatida en el trámite administrativo con los recursos de vía gubernativa, ni en sede judicial, sino que el cargo de nulidad se centra en que no se analizó su situación financiera de manera previa a la declaratoria del siniestro.

Sobre ese particular, tal como lo determinó el *a quo*, no es dable efectuar un análisis dentro de este proceso judicial, en la medida en que el argumento referente a la falta de análisis de la situación financiera no fue debatido ante la administración, por lo que hacerlo en este momento implicaría una trasgresión del debido proceso y derecho de defensa de la demandada.

Sin perjuicio de ello, esta Sala estima oportuno precisar que los actos administrativos demandados mantienen su presunción de legalidad, por cuanto se ha evidenciado que no desconocieron ninguna de las normas superiores acusadas en la demanda, sino que, por el contrario, son el resultado de su aplicación legal y en debida forma, habida cuenta de que, al encontrar la administración la configuración de dos (2) situaciones de las previstas en el artículo 18 del Decreto 4369 de 2006, en cumplimiento de esta norma, la decisión que debía adoptarse era precisamente declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza constituida en garantía de las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones de los trabajadores en misión.

Sobre esta situación, es del caso advertir que la única responsable de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar y de las indemnizaciones que se llegaren a causar a favor de los trabajadores en misión, era la empresa de servicios temporales demandante, puesto que su condición en esa relación laboral era la de empleadora de ellos, obligación que no podía trasladarse a un tercero o excusarse en una deuda causada, igualmente, con un agente externo, como en efecto ocurrió en este proceso, específicamente en sede administrativa.

En tales condiciones, no le asiste razón a la actora, en la medida en que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho y, por tanto, será confirmada.

Por último, comoquiera que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre de la accionada, se reconocerá personería al profesional del derecho destinatario de aquel (f. 224).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Confírmase la sentencia proferida el 30 de abril de 2015 por el Tribunal Administrativo de Santander (subsección de descongestión), que negó las súplicas de la demanda incoada por la empresa de servicios temporales Gerencia del Capital Humano Compañía Ltda. contra la Nación – Ministerio del Trabajo, por las razones expuestas en la parte motiva.

2.º Reconócese personería al abogado Juan Carlos Ángel Lozano, identificado con cédula de ciudadanía 1.077.434.926 y tarjeta profesional 224.641 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en representación de la parte demandada, en los términos del poder que obra en el folio 224 del expediente.

3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS