



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ANDREA STEPHAIE GONZÁLEZ HURTADO, LINA MARCELA FERNÁNDEZ LLANO y SONIA ROCÍO MARTÍNEZ REY** contra **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

LLAMADAS EN GARANTÍA: **LIBERTY SEGUROS S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2016 00548 02.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendieron los demandantes que se declare que existieron sendos contratos de trabajo con Optimizar Servicios Temporales en Liquidación, vigentes hasta el 30 de septiembre de 2015, así: con Andrea Stephaie González Hurtado desde el 18 de marzo de 2015, con Lina Marcela Fernández Llano del 1.º de diciembre de 2014 y con Sonia Rocío Martínez Rey desde el 13 de abril de 2015; y que el Fondo Nacional del Ahorro fue beneficiario del trabajo en misión, dado que concertó la prestación del servicio con la mencionada Empresa de Servicios Temporales mediante los contratos n.º 275 de 2014 y 147 de 2015, por ende, las labores desempeñadas tuvieron relación directa con el objeto social del Fondo Nacional del Ahorro.

En consecuencia, pidieron que se condene a las demandadas de manera solidaria, al pago de las cesantías, intereses de las cesantías, y vacaciones, más las primas de servicios del último semestre, la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo e indexación. Subsidiariamente, reclamaron que se declare que el verdadero empleador fue el Fondo Nacional del Ahorro, teniendo en cuenta que la Empresa de Servicios Temporales Optimizar, actuó como simple intermediaria, y en ese sentido, el Fondo debe ser condenado como verdadero empleador al pago de las acreencias reseñadas, siendo solidariamente responsable, la empresa arriba mencionada (f.º 14-17).

Para lo que interesa a la alzada, fundaron las pretensiones en que el Fondo Nacional del Ahorro pactó con Optimizar Servicios Temporales S.A. el suministro de personal en misión, mediante los contratos n.º 275 de 2014 y 147 de 2015; que se vincularon con la Empresa de Servicios Temporales a través de sendos contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, con los extremos iniciales ya mencionados, y por lo cuales, fueron enviados como

trabajadores en misión al Fondo Nacional del Ahorro, para desempeñar los cargos que existen dentro de la planta de persona de la entidad, denominados: Comercial III y Comercial V, cumpliendo un horario entre las 7 a. m. y las 5 p. m., con las funciones descritas en los hechos n.º 1.11, 2.11 y 3.11, desarrolladas en las instalaciones de la sede principal, sede Funza y sede Armenia del Fondo; que las funciones desempeñadas siempre correspondieron al giro normal de los negocios de dicha entidad, y no eran temporales, pues la *«expansión del Fondo Nacional del Ahorro no es una labor definida en el tiempo»*.

Finalmente, adujeron que la Empresa de Servicios Temporales no les canceló sus acreencias laborales, sin justificación alguna; en la actualidad, se encuentra sometida a un proceso de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades con rad. 66156, dentro del cual se reconoció como pasivo sus respectivas liquidaciones, sin que se les haya ofrecido fórmula alguna de pago, ni efectuado consignación alguna. En los informes de interventoría de los contratos de prestación de servicio mencionados, la Coordinadora del Grupo de Interventoría de la Corporación Interuniversitaria de Servicios, concluyó que la Empresa de Servicios Temporales se encuentra en inminente riesgo de incumplimiento de sus obligaciones contractuales y recomendó al Fondo Nacional del Ahorro, declarar el incumplimiento contractual (f.º 18-26).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 2 de noviembre de 2016, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 130).

El Fondo Nacional del Ahorro contestó con oposición a todas las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de carencia de causa y de objeto, inexistencia de la

relación laboral, buena fe, ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad (f.º 209-211). Llamó en garantía a Liberty Seguros S.A. (f.º 213-219), lo cual fue admitido en auto del 14 de noviembre de 2017 (f.º 355).

La Empresa de Servicios Temporales Optimizar S.A. en liquidación judicial, se opuso a las pretensiones principales, y frente a algunas de las subsidiarias no argumentó nada por no estar dirigidas en su contra; propuso como excepciones las de existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, y existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda (f.º 309-310).

La llamada en garantía Liberty Seguros S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda principal y del llamamiento en garantía, formulando como excepciones de fondo para unas y otras, las denominadas prioridad en la afectación de las pólizas n.º DL006347 – DL007987 y DL008460 expedidas por Confianza S.A., afectación de las pólizas n.º DL007987 y DL008460 expedidas por Confianza S.A., Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -Confianza S.A. recibió por parte de la liquidadora de Optimizar Servicios Temporales el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo y compensación (f.º 384-387). Llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -Confianza S.A. (f.º 463-464), lo cual fue admitido en auto del 18 de junio de 2018 (f.º 468).

La llamada en garantía Confianza S.A. contestó con oposición a las pretensiones del llamamiento y se abstuvo de emitir pronunciamiento frente a las de la demanda por no ser en su contra, y formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa de Liberty Seguros S.A. para llamar en garantía a Seguros Confianza S.A., pago, limitación de la indemnización moratoria a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización y reconocimiento de los demandantes dentro del proceso de reorganización y liquidación judicial de la sociedad Optimizar Servicios Temporales (f.º 490-494).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue notificada, pero guardó silencio (f.º 132).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de diciembre de 2020, declaró que entre los demandantes y Optimizar Servicios Temporales en Liquidación, existieron sendos contratos de trabajo vigentes hasta el 30 de septiembre de 2015, así: con Andrea Stephaie González Hurtado desde el 18 de marzo de 2015, con Lina Marcela Fernández Llano del 1.º de diciembre de 2014 y con Sonia Rocío Martínez Rey desde el 13 de abril de 2015; en consecuencia, condenó a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación judicial a pagar a los demandantes la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, generada en favor de cada una de las demandantes entre el 30 de septiembre de 2015 y el 16 de noviembre de 2016; declaró no probadas las excepciones propuestas por Optimizar S.A.; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral y ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad e inexistencia de la obligación en favor del FNA y las llamadas en garantía, por lo que las

absolvió de las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas a la demandada y a favor de los demandantes

Para arribar a las anteriores consideraciones señaló que la documental existente da constancia de la existencia de los vínculos laborales que existieron entre las demandantes como trabajadoras y la Empresa de Servicios Temporales demandada como empleador, así como de los extremos temporales de la relación. De los testimonios rendidos dedujo que la manera en que se ejecutó el contrato de trabajo atiende a las formas propias de los trabajadores en misión y sostuvo que teniendo como próspera la pretensión principal respecto a la declaración de una relación laboral con la ETS no es viable entrar a estudiar la pretensión subsidiaria que pretende la declaración de una relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro.

Ordenó el pago de la indemnización moratoria porque no resulta justificable la tardanza en el pago de las prestaciones sociales con la iniciación de la reorganización empresarial y el proceso concursal de liquidación, en la medida en que los contratos de los demandantes terminaron en septiembre de 2015 y la Superintendencia admitió el proceso de reorganización el 29 de febrero de 2016. Frente a la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro en el pago de esta condena señaló que no es viable predicar la solidaridad cuando la contratación se ha sujetado a los términos previstos en la ley y no puede asimilarse el vínculo de las relaciones alrededor de los trabajadores en misión, con el del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues para liberarse de la solidaridad se contrata una póliza.

Por lo anterior, se liquidó la sanción causada por 408 días corridos entre el 30 de septiembre de 2015, fecha de terminación de los contratos, y el 17 de noviembre de 2016, data en la que la Superintendencia dio apertura al trámite de liquidación judicial de

los bienes de la Empresa de Servicios Temporales demandada, pues conforme la jurisprudencia, no es procedente dicha indemnización en el trámite del proceso de liquidación judicial (f.º 657).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las partes apelaron así:

Optimizar Servicios temporales S.A. en liquidación, argumentó en cuanto a la indemnización moratoria, que su representada siempre actuó de buena fe y que no le fue posible realizar el pago debido a la apertura del proceso de liquidación que impedía realizar pagos de las obligaciones anteriores al 16 de febrero de 2016. Frente a las costas solicitó tener en cuenta que, si se pagaron las prestaciones de manera tardía, fue en razón del proceso concursal, por lo que pide revocar esta condena.

La parte demandante impugnó parcialmente la decisión teniendo en cuenta que a Andrea y Sonia Rocío presentaron pretensiones principales encaminadas a que se reconozca solidaridad de la empresa en virtud de las funciones que desempeñaban, el objeto social de la misma y las pólizas vinculadas que tenían contemplado este evento del litigio, pero que por cuenta de ellas no se realizó un pago en debida forma en el término adecuado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método, la Sala verificará como problemas jurídicos: i) si existió mala fe por parte de Optimizar Servicios Temporales S.A. en el no pago de los salarios y prestaciones, como requisito para imponer la condena

del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; de ser procedente dicha condena, hasta qué fecha debe emitirse; ii) si hay lugar a declarar al Fondo Nacional del Ahorro como responsable solidario en el pago de las condenas, y iii) si hay lugar a la imposición de la condena en costas.

En primer lugar, es pertinente recordar que la sanción moratoria no es de aplicación automática, sino que debe analizarse la conducta del empleador incumplido, es decir, si su omisión responde a una actuación de mala fe, caso en el cual se hará acreedor de la mencionada sanción (CSJ SL12854-2016).

En el expediente se acreditó que Confianza S.A. canceló a los demandantes las acreencias laborales por virtud del siniestro declarado de las pólizas ya reseñadas, los días 17 de octubre y 16 de noviembre de 2017, según dan cuenta las constancias de transferencia electrónica expedidas por el BBVA que obran de f.º 513 a 520, y así se tuvo como cierto desde la fijación del litigio.

Así mismo, con el certificado de existencia y representación legal visible de f.º 283-291, se verifica que la Superintendencia admitió en el proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2016, a la Empresa de Servicios Temporales Optimizar S.A., mediante auto del 15 de febrero de 2016, inscrito el 29 de febrero siguiente y en acta del 17 de noviembre de ese año, decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la sociedad en referencia.

Ahora bien, se observa que la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES Y CONFIANZA S.A., solicita que se limite la indemnización al 15 de febrero de 2016, data de apertura del proceso de reorganización por encontrarse en imposibilidad jurídica y material para realizar los pagos. No obstante, considera esta Sala

tal circunstancia no basta para eximirla de su obligación, pues no se evidencia que la demandada al acogerse a dicho proceso hubiera cumplido a cabalidad con las cargas establecidas en éste para probar su buena fe, y por el contrario, los incumplimientos desembocaron en el decreto de su liquidación judicial, sin que tampoco le asista razón al apoderado del demandante en conceder la moratoria hasta el pago efectivo de la obligación, por el contrario, la mayoría de esta Sala considera que la razón la tiene el juez de instancia, al señalar que hay lugar a la imposición de la indemnización moratoria a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA, entre el 30 de septiembre de 2015, fecha en que finalizó la relación laboral de los 3 demandantes, al 16 de noviembre de 2016, data anterior a la apertura del proceso de liquidación. Así las cosas, sobre este punto se **confirmará** la decisión apelada.

Cabe precisar, que el magistrado ponente se aparta de dicha posición, por lo que salvará parcialmente el voto, pues sin desconocer lo establecido en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, en lo referente a que los trabajadores no pueden asumir el deterioro económico de la empresa, no se puede perder de vista que al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2016, en cuanto se efectúa la solicitud de admisión al proceso de reorganización, el empresario tiene prohibido realizar pagos, transacciones o acuerdos tendientes a saldar las obligaciones a su cargo, salvo que exista autorización del juez del proceso concursal.

Por ello, considera el suscrito que el límite de la indemnización moratoria, debió establecerse hasta la fecha en que se admitió a la Empresa de Servicios Temporales Optimizar S.A., en el proceso de reorganización, esto es, el 15 de febrero de 2016. No obstante, sobre este punto se **confirmará** la sentencia apelada.

Inexistencia de solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro en el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La parte demandante pretende derivar la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro frente al pago de la indemnización moratoria a la que fue condenada la E.S.T. demandada, bajo el argumento de que fue beneficiario de los servicios prestados por los demandantes y las pólizas suscritas en su calidad de trabajadores en misión; sin embargo, ha de advertir la Sala que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, califica a la E.S.T. como empleadora de los trabajadores en misión, por tanto, en los contratos de trabajo que aquí suscribieron las demandantes, es en principio la obligada directa y exclusiva, y solo en los casos expresamente establecidos en la ley, verbigracia los artículos 33 a 36 del Código Sustantivo del Trabajo, se contempla la solidaridad de las personas que no figuran como empleadoras en el nexo contractual, sin que la situación estudiada se enmarque en alguna de las hipótesis allí previstas.

Tal como se advirtió en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997 rad. 9435, recordada entre otras, en la SL16350-2014, *«como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión. (...) los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la EST (...)»*.

Además, no se acreditó que en este caso se hubiera trasgredido la finalidad del servicio temporal regulado por el artículo 77 de la Ley

50 de 1990, en concordancia con el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006; tampoco, se discutió que Optimizar S.A. en liquidación judicial, hubiera sido una empresa de servicios temporales irregular, que diera paso a catalogarla como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculte su calidad en los términos del numeral 2.º del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, y que en virtud de esta mala práctica, el usuario ficticio se considerara como verdadero empleador, caso en el que este se haría responsable con solidaridad de la E.S.T.; y no se debatió que las funciones desarrolladas por los trabajadores hubieran sido paralelas y distintas a las pactadas en los contratos de trabajo, como para que el usuario respondiera exclusivamente frente al trabajador en misión.

Tampoco se adujo que la E.S.T. hubiera actuado como una contratista independiente, como para de allí desprender la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo; y adicional a ello, según lo manifestado por los demandantes en interrogatorios de parte el Fondo no ejerció subordinación directa alguna dentro de los períodos en los que se declaró la existencia de los contratos de trabajo, ya que sus jefes inmediatos o coordinadores, eran personal de la E.S.T. Optimizar S.A., ubicados en las instalaciones del Fondo.

Ahora, frente a la póliza, se trata precisamente del cumplimiento de un requisito legal dispuesto para prevenir o evitar contingencias como las que ocurrieron en el presente asunto, en que la Empresa de Servicios Temporales falla en el pago de los salarios y acreencias de los trabajadores en misión, como lo ordena el artículo 2.2.6.5.11 del Decreto 1072 del 2015.

A propósito, fue como consecuencia del inicio del proceso de reorganización que el Ministerio de Trabajo declaró el siniestro de las

reseñadas pólizas, de las cuales resultaron siendo beneficiarios todos los trabajadores en misión *«para la vigencia de vinculación según sea el caso, 2015 y 2016, hasta el máximo del valor asegurado»*, mediante Resoluciones n.º 003863 de 2016, 0922 y 001230 de 2017, por virtud de lo establecido en los artículos 2.2.6.5.11., 2.2.6.5.17. y 2.2.6.5.18. del Decreto 1072 de 2015, que regulan la efectividad de las pólizas de garantía.

Por tanto, el Ministerio ordenó *«directamente a la compañía de seguros realizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones»*, previa remisión del *«listado de trabajadores en misión a quienes se debe cobijar y garantizar el reconocimiento y pago por concepto de liquidación de las acreencias laborales»*, por parte de la Empresa de Servicios Temporales Optimizar S.A. (f.º 427-441); y aquí se demostró que tal listado fue remitido el 18 de julio de 2017 (f.º 540-543), dentro del que se encuentran los aquí demandantes como acreedores beneficiarios de la póliza DL007987 de 2015, e identificados con los n.º de acreedor 2475, 3109 y 4468, con el fin de que Confianza S.A. efectuara el pago en los términos descritos en la contestación de la demanda.

Lo anterior, debido a que la mencionada póliza tiene como objeto *«el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de liquidez de la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., que hayan sido vinculados en la vigencia de la póliza»*, esto es, entre el 1.º de enero de 2015 y el 1.º de enero de 2016, el tomador fue la Empresa de Servicios Temporales demandada, y los beneficiarios – asegurados son los trabajadores en misión al servicio del tomador, lo que permite colegir que la ocurrencia del siniestro amparado y declarado por autoridad administrativa revestida legalmente para tal fin, se dio durante su cobertura, dado que los demandantes trabajaron entre diciembre de 2014 y septiembre de 2015 (f.º 502-503).

En consecuencia, no existe razón alguna para considerar que la Empresa de Servicios Temporales desvió su objeto social o que el Fondo Nacional del Ahorro hubiese disfrazado una relación laboral con otras figuras y herramientas jurídicas, y por tanto será confirmada la decisión impugnada en este aspecto.

Finalmente, comoquiera que Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación fue vencida en juicio y conforme lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, resulta procedente la condena en costas impuesta en su contra en primera instancia.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

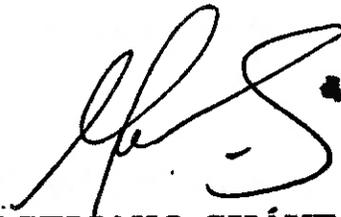


DAVID A. J. CORREA STEER

(Con salvamento parcial de voto)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DORA LEONOR PEÑA ROJAS** contra **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

LLAMADA EN GARANTÍA: **LIBERTY SEGUROS S.A.**

LITIS NECESARIO: **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA S.A.**

EXP. 11001 31 05 007 2018 00091 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare que Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación y el FNA no pagaron sus prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, respecto del periodo comprendido entre el 17 de marzo de 2015 y el 30 de septiembre de 2015 y, en consecuencia, se condene a dichas entidades al pago de la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo desde el 1.º de octubre de 2015 hasta el 27 de octubre de 2017, cuando se efectuó el pago de las prestaciones sociales, y que se declare que las enunciadas entidades son responsables solidarias en el pago de la sanción moratoria (f.º 54).

Como fundamento de las anteriores peticiones adujo que se vinculó a la Empresa de Servicios Temporales el 17 de marzo de 2015 mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada; que la empresa la envió en misión a trabajar en el cargo de Profesional II en el Fondo Nacional del Ahorro en donde desempeñó las funciones de vicepresidencia financiera, devengando \$5.200.000 mensuales; que presentó el 25 de septiembre de 2015 la cual se hizo efectiva el 30 de los mismos mes y año; que en diligencia de levantamiento de acreencias laborales que tuvo lugar el 20 de diciembre de 2016 ante la Inspección de Trabajo RCC14 Grupo de Resolución de Conflictos y Conciliaciones, Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación se comprometió a pagar la suma de \$5.370.758 por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones; que el 27 de octubre de 2017 la Compañía Aseguradora de Fianza Confianza le canceló la suma de \$5.585.758; que desde julio de 2015 el FNA tenía conocimiento del estado de incumplimiento e iliquidez de Optimizar S.A. y aun así en el mes de septiembre de ese año pagó a un tercero la factura presentada por este en razón a la cesión de la misma; que el FNA y Optimizar S.A. actuaron de mala fe al no pagar las prestaciones sociales de los trabajadores (f.º 52 a 53).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez subsanada, la demanda se admitió el 15 de marzo de 2018, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 61).

El Fondo Nacional del Ahorro, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de buena fe, compensación y prescripción (f.º 73 a 74). Llamó en garantía a Liberty Seguros S.A. (f.º 85-87), lo cual fue admitido en auto del 19 de septiembre de 2018 (f.º 132).

Optimizar Servicios Temporales S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, carencia de norma jurídica, pago y buena fe (f.º 107 a 108).

La llamada en garantía Liberty Seguros S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda principal y del llamamiento en garantía, formulando como excepciones de fondo para unas y otras las denominadas prioridad en la afectación de las pólizas Nos. DL006347 – DL007987 y DL008460 expedidas por Confianza S.A., afectación de las pólizas DL007987 y DL008460 expedidas por Confianza S.A., la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -Confianza S.A. recibió por parte de la liquidadora de Optimizar Servicios Temporales el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral, extinción de la acción

generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, y compensación (f.º 187-191).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 67).

Ante la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario formulada por el Fondo Nacional del Ahorro, fue vinculada al proceso la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de julio de 2019, declaró que entre la demandante y Optimizar Servicios Temporales S.A. existió un contrato de trabajo entre el 17 de marzo y el 30 de septiembre de 2015 y condenó al empleador al pago de \$3.276.531,19 por concepto de la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, liquidada desde el 1.º de octubre de 2015 hasta el 27 de octubre de 2017, bajo la modalidad de pago de intereses por haberse presentado la demanda transcurridos 24 meses que establece la norma. De otra parte, absolvió al Fondo Nacional del Ahorro, Liberty Seguros S.A. y a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a las anteriores consideraciones señaló que las pruebas del plenario dan constancia de la existencia del vínculo laboral que existió entre la demandante como trabajadora y la Empresa de Servicios Temporales demandada como empleador, vínculo que cumplió con los requisitos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990. También encontró acreditada la mala fe del empleador en el no

pago oportuno de las acreencias laborales de la demandante, pues para la fecha de terminación de la relación laboral, no se encontraba en el proceso de reorganización que, según aduce, la imposibilitaba para realizar el pago de tales acreencias, por lo que es procedente la condena por la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en la modalidad de pago de intereses, pues la terminación del vínculo se dio el 30 de septiembre de 2015 y la demanda fue instaurada el 21 de febrero de 2018, habiendo transcurrido más de los 24 meses que contempla la norma (f.º 353 a 357).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora solicitó tener en cuenta que la demanda se instauró por fuera del término de 24 meses que dispone la norma por cuanto ante el Fondo Nacional del Ahorro agotó la vía gubernativa para efectos de que se le resolvieran los recursos interpuestos; adicionalmente, el empleador inició acercamientos y llamados de pago desde octubre de 2017, pero el pago solo fue realizado hasta febrero de 2018.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, debe ser liquidada en su modalidad de un día de salario por cada día de mora o únicamente intereses moratorios, teniendo en cuenta la data en que se interpuso la demanda.

En primer lugar, según lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y conforme lo ha entendido la jurisprudencia

de la Corte Suprema de Justicia, es deber del trabajador que gana más de un salario mínimo mensual dar inicio al proceso ordinario, dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del contrato, con el fin de obtener el pago de los salarios y prestaciones adeudados, si lo que pretende es obtener el pago de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, de lo contrario, solo tendrá derecho a los intereses moratorios, «a partir de la terminación del contrato de trabajo», a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera (CSJ, SL, 6 may. 2010, rad. 36577, SL, 25 jul 2012 rad. 46385, SL458 y SL516 de 2013, SL10632 y SL16280 de 2014).

En el presente asunto el vínculo laboral que existió entre la demandante y Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación, estuvo vigente entre el 17 de marzo y el 30 de septiembre de 2015, por lo que la demandante tenía hasta el 30 de septiembre de 2017 para presentar la reclamación por la vía judicial si pretendía obtener la sanción correspondiente a un día de salario por cada día de mora. No obstante, tal como se ve en el acta de reparto de f.º 48, la demanda fue instaurada el 21 de febrero de 2018.

Frente a los argumentos de la recurrente, debe considerarse que el lapso que otorga la referida norma es un espacio suficiente para presentar las reclamaciones correspondientes, por ello es responsabilidad de quien pretende obtener el pago de la mencionada sanción a su favor, realizar todas las gestiones necesarias e instaurar la demanda dentro del lapso dispuesto, pues el artículo es claro en indicar que el término para «iniciar su reclamación por la vía ordinaria» transcurre, «desde la fecha de terminación del contrato»; sin que para tal efecto se deba considerar ni sea relevante tener en cuenta la reclamación administrativa de que trata el artículo 6.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y en algunos casos el

agotamiento de la vía gubernativa, que dicho sea de paso son figuras totalmente distintas, para efectos de saber en qué modalidad se debe imponer la sanción moratoria, como parece entenderlo equivocadamente la apelante, porque estas dos situaciones se verifican con el fin de establecer la eventual interrupción o suspensión de la prescripción de las acreencias reclamadas.

Conforme lo expuesto, la sentencia recurrida será **confirmada** en su integridad.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARINA MARTÍNEZ QUINTERO** contra **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, LIBERTY SEGUROS S.A. y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

EXP. 11001 31 05 033 2016 00282 02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación presentados por la demandante y Optimizar S.A. contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a Optimizar Servicios Temporales S.A., Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros S.A. a cancelar la prima, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por no pago de intereses a la cesantía, indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indemnización moratoria por el no pago de cesantías e indexación (f.º 64 a 65).

Como fundamento de las anteriores peticiones, adujo que se vinculó a la Empresa de Servicios Temporales Optimizar, el 12 de junio de 2015, mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada, el cual terminó 30 de septiembre de 2015; la empresa la envió en misión a trabajar en el cargo de Comercial III en el Fondo Nacional del Ahorro, en donde desempeñó las funciones de vicepresidencia financiera, devengando \$1.750.000 mensuales; a la terminación del contrato no fueron cancelados los rubros correspondientes a su liquidación; el Fondo Nacional del Ahorro requirió a Liberty Seguros S.A., a efectos de hacer efectivas las pólizas del contrato de prestación de servicios suscrito con Optimizar Servicios Temporales, pago que la aseguradora se comprometió a hacer el pago a más tardar el 30 de noviembre de 2015; Optimizar Servicios Temporales entró en reorganización el 19 de febrero de 2016, y a la fecha de presentación de la demanda no había recibido el pago de su liquidación de acreencias laborales (f.º 65 a 67).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez subsanada, la demanda se admitió el 26 de septiembre de 2016, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 72).

EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de carencia de causa y de objeto, inexistencia de la relación laboral, buena fe, ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad (f.º 167 a 170). Llamó en garantía a Liberty Seguros S.A. (f.º 107-116), lo cual fue admitido en auto del 26 de septiembre de 2017 (f.º 255-257).

LIBERTY SEGUROS S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda principal y del llamamiento en garantía, formulando como excepciones de fondo de una y otra las denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral y compensación (f.º 189-190 y 293-295).

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., contestó por intermedio de *curador ad litem*, quien manifestó que se atiene a lo que resulte probado, y en su defensa, propuso como excepciones de fondo las de buena fe de la demandada y prescripción (f.º 383 a 285).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de julio de 2021, condenó a Optimizar Servicios Temporales S.A. al pago de \$510.417 por concepto de cesantías, \$17.865 por intereses a las cesantías, \$510.417 por prima de servicios y \$255.208 por vacaciones, causadas durante la vigencia de la relación laboral. Así mismo, la condenó a \$42.000.000, por concepto de indemnización moratoria que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, liquidada desde el 1.º de octubre de 2015 hasta el 30 de

octubre de 2017, y desde el 1.º de octubre de 2017, bajo la modalidad de pago de intereses moratorios a la tasa máxima acreditada por la Superintendencia Financiera, tomando como capital la suma de \$1.020.833, y a \$17.865 por sanción por el no pago de los intereses a las cesantías. De otra parte, absolvió al Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros S.A. de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación a su favor.

Para arribar a las anteriores consideraciones, señaló que las pruebas del plenario dan constancia de la existencia del vínculo laboral que existió entre la demandante como trabajadora por obra o labor y la Empresa de Servicios Temporales demandada como empleador, vínculo que cumplió con los requisitos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Indicó que la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro frente a las obligaciones de la empresa laboral, alegada por la demandante no fue objeto de debate y que, no obstante, no se advierte una transgresión del artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, en tanto, el lapso laborado no superó el plazo establecido en el numeral 3.º de la mencionada norma.

Refirió, que la póliza suscrita entre el Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros S.A., solo se hace efectiva en caso de que se genere un daño al beneficiario de la misma y, al no tenerse al Fondo como un verdadero empleador ni responder solidariamente con las obligaciones laborales, no es posible afectar la póliza.

Frente a Optimizar Servicios Temporales, indicó que existe prueba de confesión al haberse aceptado en el interrogatorio de parte que la empresa adeuda el valor de las prestaciones sociales a la demandante y si bien, se alega negligencia de esta en el reclamo de las cifras que se encuentran a su disposición por cuenta de la póliza

con la aseguradora Confianza, lo cierto es, que dichas cifras no han sido puestas a disposición del despacho, por lo que debe entenderse que no ha habido pago y no se encuentra acreditado dentro del proceso que se hubiera notificado a la demandante de las sumas a su favor, por lo que el hecho de que su nombre aparezca en un listado elaborado por un tercero, en este caso la aseguradora Confianza, no tiene un poder liberatorio para el empleador.

Así mismo, se encontró acreditada la mala fe del empleador en el no pago oportuno de las acreencias laborales de la demandante, pues no justificó la mora, y conforme al artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador no puede participar de las deudas del empleador, por lo que la situación de la empresa no es justificación válida para el no pago. Hay mala fe de la demandada por la simple omisión del pago por más de 6 años, lo cual es un acto desproporcionado frente al corto lapso de prestación del servicio, por lo que es procedente la condena por la sanción moratoria del artículo 65 *ídem* en la modalidad de un día de salario por cada día de mora por los primeros 24 meses, y a partir del 1.º de octubre de 2017, mes 25, se deberán cancelar intereses moratorios sobre la cifra de \$1.020.833.

En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías, adujo que cuando se termina el vínculo antes de que ocurra la fecha para cumplir la obligación de consignar las cesantías, las recibe el directamente el trabajador, por lo que no opera esta sanción. Ordenó el pago de la sanción por no pago de los intereses a las cesantías en razón a lo dispuesto en el Decreto 72 de 1965.

Adujo, que no hay lugar a la declaratoria de prescripción por cuanto la demandante terminó su vínculo en septiembre de 2015, y la demanda se presentó en junio de 2016 (f.º 343 a 347).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante, manifestó su inconformidad parcial con la decisión, concretamente en lo que respecta a la absolución del Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros S.A. Indicó, que el primero es solidariamente responsable por el pago de las prestaciones sociales y vacaciones adeudadas, pues la vinculó de manera fraudulenta al hacerlo mediante una empresa de servicios temporales sin tener en cuenta la normativa propia de ese tipo de vinculación, pues no se contrató para realizar una actividad ocasional, accidental o transitoria, sino para desarrollar actividades propias de la entidad como lo es la comercialización de productos y servicios; y su vinculación no fue para atender un aumento en la producción ni para suplir una vacancia temporal.

Señaló, que bajo esta modalidad el Fondo contrató más del 95% del total de su planta, constituyéndose en un verdadero empleador y la temporal en una intermediaria. Como consecuencia de lo anterior, debe condenarse de manera solidaria a la aseguradora demandada toda vez que mediante pólizas 2436541 y 2433958, aseguró el pago de las prestaciones de los trabajadores en misión de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la E.S.T. y el Fondo Nacional del Ahorro.

Por su parte, Optimizar Servicios Temporales presentó recurso de apelación, en lo que atañe a la sanción moratoria impuesta, para lo cual adujo que no se tuvo en cuenta el proceso de reorganización por el que atraviesa la empresa, y que inició el 15 de febrero de 2016, razón por la que no le era posible realizar pagos a los ex trabajadores. Aunado a lo anterior, solicitó tener en cuenta que la demandante no aparece en el proyecto de graduación y calificación de créditos, más aún por el valor de las prestaciones sociales adeudadas, por lo que

no existe vocación de pago por la sanción que se le impuso, pues era obligación de la demandante hacerse parte dentro del proceso de reorganización. Finalmente, señaló que a través del *curador ad litem* se informó a la demandante y a su apoderado, de los pagos disponibles en razón a la póliza con la aseguradora Confianza, y que la demandante debía conocer del asunto pues se realizaron las publicaciones respectivas dentro del proceso de reorganización, y se publicaron los edictos en el Ministerio de Trabajo, lo que demuestra la buena fe de la empresa.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si existe solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro y, consecuentemente, de la aseguradora Liberty en el pago de las prestaciones sociales de la demandante, y se analizará si hay lugar al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ordenada por el *a quo*.

La parte demandante, pretende derivar la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro, frente al pago de la indemnización moratoria a la que fue condenada la E.S.T. demandada, bajo el argumento de que fue beneficiario de los servicios prestados por la demandante, en su calidad de trabajadora en misión; sin embargo, ha de advertir la Sala que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, califica a la E.S.T. como empleadora de los trabajadores en misión, por tanto, en los contratos de trabajo que aquí suscribieron los demandantes, es en principio la obligada directa y exclusiva, y solo en los casos expresamente establecidos en la ley, verbigracia los artículos 33 a 36 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, se contempla la solidaridad de las personas que no figuran como empleadoras en el

nexo contractual, sin que lo establecido en el curso del proceso, se enmarque en alguna de las hipótesis allí previstas.

Tal como se advirtió en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997 rad. 9435, recordada entre otras, en la SL16350-2014, *«como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión. (...) los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la EST (...)»*.

En el presente caso, no se acreditó que se hubiera trasgredido la finalidad del servicio temporal regulado por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006; tampoco, se discutió que Optimizar S.A. en liquidación judicial, hubiera sido una empresa de servicios temporales irregular, que diera paso a catalogarla como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculte su calidad en los términos del numeral 2.º del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, y que en virtud de esta mala práctica, el usuario ficticio se considerara como verdadero empleador, caso en el que este se haría responsable con solidaridad de la E.S.T.; por lo que no se debatió que las funciones desarrolladas por los trabajadores hubieran sido paralelas y distintas a las pactadas en los contratos de trabajo, como para que el usuario respondiera exclusivamente frente al trabajador en misión.

Tampoco, se adujo que Optimizar Servicios Temporales, hubiera actuado como una contratista independiente, como para de allí desprender la solidaridad del artículo 34 *ibidem*; y además, según lo manifestado por la demandante en interrogatorio de parte el Fondo no ejerció subordinación directa alguna dentro del período en el que se declaró la existencia del contrato de trabajo, por lo tanto, no se

encuentra superado el plazo dispuesto en el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, para establecer una irregularidad en la manera de contratación.

En consecuencia, no hay lugar a declarar la solidaridad alegada por la parte actora y, dado que las pólizas n.º 2436541 y 2533998, emitidas por Liberty Seguros S.A., tienen como beneficiario al Fondo Nacional del Ahorro, y cuyo objeto es: *“garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado”* (f.º 220 a 235), el siniestro que da efectividad a la garantía no se cumple en este asunto, en tanto se ha encontrado ausencia de responsabilidad de dicho Fondo en el pago de las prestaciones y vacaciones adeudadas a la demandante.

Ahora bien, respecto de la procedencia de la sanción dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, lo primero por decir es que, en diligencia de interrogatorio de parte, la representante legal de la empresa de servicios temporales admitió no haber cancelado las prestaciones y vacaciones a que tenía derecho la demandante, a la terminación de la relación laboral.

En reiterada jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer la procedencia de la indemnización moratoria es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago, total o parcial,

a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016).

Frente a lo anterior, con el certificado de existencia y representación legal visible de f.º 305 a 307, se verifica que la Superintendencia admitió en el proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2016, a la Empresa de Servicios Temporales Optimizar S.A., mediante auto del 15 de febrero de 2016, inscrito el 29 de febrero siguiente, y en acta del 17 de noviembre de ese año, decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la sociedad en referencia.

Ahora bien, se observa que la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES Y CONFIANZA S.A., solicita que se limite la indemnización al 15 de febrero de 2016, data de apertura del proceso de reorganización por encontrarse en imposibilidad jurídica y material para realizar los pagos. No obstante, considera esta Sala tal circunstancia no basta para eximirla de su obligación, pues no se evidencia que la demandada al acogerse a dicho proceso hubiera cumplido a cabalidad con las cargas establecidas en éste para probar su buena fe, y por el contrario, los incumplimientos desembocaron en el decreto de su liquidación judicial, sin que tampoco le asista razón al apoderado del demandante en conceder la moratoria hasta el pago efectivo de la obligación, por el contrario, la mayoría de esta Sala considera que la razón la tiene el juez de instancia, al señalar

que hay lugar a la imposición de la indemnización moratoria a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA, entre el 30 de septiembre de 2015, fecha en que finalizó la relación laboral de la demandante, al 16 de noviembre de 2016, data anterior a la apertura del proceso de liquidación. Así las cosas, sobre este punto se **modificará** la decisión apelada, en tanto que el *a quo* tuvo como extremos temporales para calcular la indemnización moratoria, el 1.º de octubre de 2015, y el 30 de octubre de 2017, y a partir de dicha data los intereses moratorios, cuando debió tener como extremos temporales, el 1.º de octubre de 2015, y el 16 de noviembre de 2016, para un total de 412 días.

Así, teniendo en cuenta el salario devengado para la demandante era de \$1.750.000 (f.º 12-14), el total a pagar por concepto de indemnización moratoria será de \$58.333 diarios desde el 1.º de octubre de 2015 al 16 de noviembre de 2016, para una única suma de \$24.033.196.

Cabe precisar, que el magistrado ponente se aparta de dicha posición, por lo que salvará parcialmente el voto, pues sin desconocer lo establecido en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, en lo referente a que los trabajadores no pueden asumir el deterioro económico de la empresa, no se puede perder de vista que al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2016, en cuanto se efectúa la solicitud de admisión al proceso de reorganización, el empresario tiene prohibido realizar pagos, transacciones o acuerdos tendientes a saldar las obligaciones a su cargo, salvo que exista autorización del juez del proceso concursal.

Por ello, considera el suscrito que el límite de la indemnización moratoria, debió establecerse hasta la fecha en que se admitió a la

Empresa de Servicios Temporales Optimizar S.A., en el proceso de reorganización, esto es, el 15 de febrero de 2016.

Finalmente, no es admisible el argumento según el cual no existe vocación de pago de la sanción que aquí se impone por no estar relacionada en el proyecto de graduación y calificación de créditos, pues allí solo se incluyen las obligaciones ciertas, calidad de la cual carecía la indemnización moratoria al momento de la elaboración del mencionado proyecto.

En los anteriores términos, quedan estudiados los recursos de apelación propuestos. Sin costas en la instancia ante su no casación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 15 de julio de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual para efectos prácticos, quedará así, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia:

“SEGUNDO: CONDENAR a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación, a pagar a Marina Martínez Quintero, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, correspondiente a un día de salario por cada día de mora, equivalente a \$58.333, liquidados desde el 1.º de octubre de 2015 al 16 de noviembre de 2016, para una única suma de \$24.033.196.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

(Con salvamento parcial de voto)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

