

*En el caso de autos teniendo en cuenta el término de prescripción declarado no fue objeto de controversia, esto es, por reclamado frente a los contratos anteriores al iniciado el 1° de febrero de 2014, se tiene que el demandante inició su último contrato el 1° de febrero de 2014, por lo que este se entiende que va hasta el 31 de julio de esa misma anualidad conforme la normatividad citada, en tal sentido como la última prórroga del contrato lo fue el 8 de enero de 2017, según lo certificado mismo que finalizaba el 7 de julio de 2017 y siendo que el contrato terminó antes de que venciera el plazo presuntivo objeto de prórroga, el 15 de junio de 2017, como lo certifico la entidad demandada (fls 217 a 219, por lo que acorde con el contenido del artículo 51 ya citado corresponde el pago de lo que hiciera falta para cumplirse el plazo presuntivo, esto es, 23 días que corresponden \$1.125.384.00, siendo del caso modificar el ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar establecer que la demandada adeuda por indemnización por despido sin justa causa la suma antes mencionada.*

*Los demás aspectos no fueron objeto de controversia por ninguna de las partes en la alzada.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

#### RESUELVE

*Primero.- Recovar parcialmente el ordinal quinto y adicionar el ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a la demandada Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur a reconocer y pagar al demandante:*

- 1. La suma de \$7.484.073,00 por diferencia de salarios insolutos.*
- 2. La suma de \$508.413,72 por intereses a las cesantías*
- 3. La suma de \$1.125.384,00 por concepto de indemnización por despido injusto*

*Segundo.- Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.*

*Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia*

*Notifíquese y cúmplase.*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL LUIS FERNANDO HOYOS OSORIO Y OTROS CONTRA EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3::00 a.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.*

*Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas s contra la sentencia del 28 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

**A N T E C E D E N T E S**

*Sandra Milena Bermúdez Contreras, Nelcy Johana Pulgarín Bustos y Luís Fernando Hoyos Osorio, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandaron a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación y solidariamente al Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo durante los extremos temporales que relacionan para cada uno de ellos y que la primera incumplió con el pago de sus acreencias laborales. En consecuencia se condene al pago en favor de cada uno de ellos por concepto de cesantías,*

*intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria art. 65 CST, indexación, por las costas y agencias de Derecho, y lo extra y ultra petita. Subsidiariamente piden que se condene al Fondo Nacional del Ahorro como directo empleador y solidariamente a la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación al pago de las citadas acreencias laborales.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 15 a 23 del expediente, en los que en síntesis se indica que: entre las demandadas suscribieron dos contratos de prestación de servicios No. 275-2014 y 147-2015, para el suministro de personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA; con ocasión de ello Optimizar Servicios Temporales S.A. contrató a los demandantes bajo la modalidad de obra o labor contratada, como trabajadores en misión del FNA, en el caso de **Sandra Milena Bermúdez Contreras** como Comercial V con salario de \$1.500.000,00; **Nelcy Johana Pulgarín Bustos** en el cargo de Administrativo I con salario de \$3.200.000,00, entre el 1° de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015; y con el señor **Luís Fernando Hoyos Osorio** como Profesional IV con salario de \$3.200.000,00, desde el 19 de enero al 24 de septiembre de 2015. Señala que los servicios prestados por cada uno de los demandantes no eran de carácter temporal, ya la expansión del FNA no es una labor definida en el tiempo y los cargos para los cuales fueron contratados existen en la planta de personal de la entidad oficial; que laboraron en jornadas diarias de ocho horas de 7:00 a 5:00 p.m. y cumplieron sus funciones en las instalaciones del Fondo Nacional del Ahorro. Finalmente indican que Optimizar Servicios Temporales S.A. no canceló las acreencias laborales reclamadas causadas durante la relación laboral y las causadas a la terminación del contrato y dicha empresa se encuentra en liquidación definitiva no se ha ofrecido fórmula de pago a sus trabajadores por parte de las enjuiciadas.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor. Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación, dio contestación mediante escrito obrante a*

folios 182 a 195, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos señaló que son ciertos los referentes a la existencia de contrato de prestación de servicios entre las entidades demandadas para el suministro de personal en misión de acuerdo con los perfiles y cargos que requiriera la empresa usuaria FNA, la suscripción de contrato de trabajo con cada uno de los demandantes, los cargos desempeñados y los salarios acordados, señalando que su terminación obedeció a la terminación del contrato comercial suscrito con el FNA; frente a los demás dijo no ser ciertos y no constarles. Propuso como excepciones de mérito: existencia de proceso concursal para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica.

Por su parte el Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo dio contestación mediante escrito obrante a folios 281 a 323, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó como ciertos los relacionados con la celebración de contratos comerciales de prestación de servicios con Optimizar Servicios Temporales S.A. para el suministro de personal en misión, indicando que de su parte ha cumplido con las obligaciones derivadas de los mismos y frente a los demás manifestó, no constarle y no ser ciertos. Como medios de defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas al FNA por los demandantes, buena fe, compensación e improcedencia de doble reconocimiento de las obligaciones.

El Fondo Nacional del Ahorro en escrito incorporado a folios 325 a 327 del plenario, propuso llamamiento en garantía a las aseguradoras Liberty Seguros S.A. y Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., con fundamento en que la demandada empresa de servicios temporales constituyó pólizas de cumplimiento de los contratos comerciales de prestación de servicios suscritos con esa entidad, el cual fue admitido mediante autos de 20 de abril de 2018 (fol 231 y 232 y 440 y 441)

Notificada Liberty Seguros S.A., dentro del término y en legal forma dio contestación, en escrito allegado a folios 337 a 364, en el que se opuso a las

*pretensiones formuladas por cada uno de los demandantes, así como las del llamamiento en garantía; frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta ninguno de ellos y los del llamamiento acepta el relacionado con la suscripción de la póliza de cumplimiento con Confianza S.A. para el cumplimiento de obligaciones laborales. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: Prioridad en la afectación de las pólizas expedidas por Confianza S.A.; 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, compensación y la genérica.*

*A su vez la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. dio respuesta a la demanda y al llamamiento a través de escrito visto a folios 520 a 540 en el que se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos de la demanda inicial manifestó no contarle ninguno de ellos y frente a los del llamamiento en garantía aceptó el relacionado con la expedición de la póliza de cumplimiento en virtud del contrato comercial de prestación de servicios suscrito entre las demandadas. Propuso las excepciones que denominó: Falta de legitimación en la causa por parte del FNA para llamar en garantía Confianza S.A.; ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas, ocurrencias por fuera de la vigencia de la póliza; ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza 24 DL006347, pago y limitación de la indemnización moratoria a la fecha que fue admitido el empleador al proceso de reorganización.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD folio 621) en la que condenó al Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales S.A. a pagar a la demandante NELCY YOHANA PULGARIN BUSTOS la indemnización moratoria en la suma de \$76'799.520 de un día de salario por cada día de mora entre el 17 de septiembre de 2015 hasta el 23 de noviembre de 2017; a*

*la señora Sandra Milena Bermúdez Contreras la indemnización moratoria en la suma de \$36'000.000 y a partir del 2 de octubre de 2015 hasta el 25 de octubre de 2017; y al señor Luis Fernando Hoyos Osorio la indemnización moratoria en la suma de \$76'799.520 y a partir del 26 de septiembre de 2015 hasta el 27 de noviembre de 2017; así mismo, que las demandadas pagarán a los promotores los intereses moratorios causados sobre el valor de las prestaciones sociales debidas a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, absolvió de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía; declaró probadas las excepciones de falta de legitimación den la causa por parte del FNA para llamar en garantía a Confianza S.A. y no probadas las demás propuestas por las demandadas, condenó en costas a las demandadas en favor de los promotores y al FNA en favor de las aseguradoras convocadas en llamamiento en garantía.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la demandas la recurren así: El Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo, señala que dentro del proceso se demostró la existencia de contrato comercial de servicios con Optimizar Servicios Temporales S.A. y no vinculación laboral entre éste y los demandantes; que la contratación realizada por el FNA para la ampliación del personal con la empresa de servicios temporales, se hizo dentro los parámetros legales; igualmente indica que no fue objeto de controversia la existencia del vínculo laboral de los demandantes con Optimizar teniendo en cuenta que desde la contestación de la demanda aceptó tal circunstancia por lo que no correspondía el estudio de las pretensiones subsidiarias en la forma analizada por el a quo; que no se dan los presupuestos ara declarar la solidaridad del artículo 34 del CST para responder por las indemnizaciones y prestaciones reclamadas por los demandantes y solicita que se revoque la decisión de primera instancia.*

*Por su parte Optimizar Servicios Temporales S.A., indica que con los demandantes se suscribió contrato de obra o labor determinada, con sujeción a lo señalado en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, numeral 3°, sin que la temporalidad permitida se haya sobrepasado; y en cuanto a la*

*solidaridad señala que la temporal siempre actuó frente a sus trabajadores en misión conforme a la legalidad que regula esta clase de vinculaciones y de ninguna manera puede ser considerada como responsable por las actuaciones de la empresa usuaria FNA y en cuanto a la indemnización moratoria se debe tener en cuenta que las acreencias laborales causadas e favor de los accionante fueron canceladas con afectación de la póliza DL 007987 ordenado por el Ministerio de Trabajo, según resoluciones 3863 de 2016 y 922 de 2017 en virtud de trabajado realizado por la liquidadora de Optimizar con dicho Ministerio y la aseguradora, y su actuar siempre fue de buena fe y en caso de mantenerse la sanción moratoria se debe limitar esta hasta el proceso de apertura del proceso concursal de liquidación de ésta debido a limitación de sus obligaciones, por lo que solicita se revoque la decisión del a quo.*

## CONSIDERACIONES

### NEXO LABORAL

*No es objeto de controversia en la alzada, que los demandantes fueron vinculados por Optimizar Servicios Temporales S.A., mediante contratos de trabajo por obra o labor contratada como trabajadores en misión al servicio del Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo, lo cual fue aceptado por las demandas desde la contestación de la demanda.*

*La controversia en la alzada se suscita porque la demandada FNA, afirma que el verdadero empleador durante la vigencia del vínculo contractual, fue la empresa de servicios temporales Optimizar S.A. y no el Fondo Nacional del Ahorro, como lo definió el a quo.*

*Así, cumple recordar que las empresas de servicios temporales son personas jurídicas conformadas por sociedades comerciales, centrándose su actividad en enganchar y remitir el personal que requieren otras personas naturales o jurídicas, es decir, colaboran temporalmente con las actividades de la empresa usuaria contratando para ello trabajadores y frente a éstos tiene la calidad de empleador (art. 71 de la ley 50 de 1990). Vinculación que se da en los siguientes casos: a) Para atender labores ocasionales, accidentales o transitorias. La duración debe ser inferior a un mes y las labores realizadas*

*deben ser diferentes a las habituales de la empresa. b) Cuando se trate de reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y c) Para atender el incremento en la producción, el transporte o las ventas, los períodos estacionales de cosechas y en las prestaciones de servicios por un término de 6 meses prorrogables por otros 6. Pero cuando la contratación se da por fuera de casos y tiempo permitidos por la ley (art. 77 de la ley 50 de 1990), la E.S.T. viene a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales.*

*De tal modo, verifica la Sala que el 26 de noviembre de 2014, se celebró entre el Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo y la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. contrato de prestación de servicios No. 275 con el siguiente objeto: la prestación del servicio de una Empresa de Servicios Temporales que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, según documento que obra en medio magnético a folio 250 del plenario.*

*De igual manera se verifica que el plazo de ejecución del referido contrato sería de 6 meses o hasta agotar el presupuesto lo primero que ocurra, a partir de la firma del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.*

*El 1º de julio de 2015 se celebró entre las mismas partes el contrato de prestación de servicios No. 147 con el siguiente objeto: prestación de servicios de suministro y administración de personal en misión para satisfacer las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo y la Planeación Estratégica 2015 - 2019, según documento que obra en medio magnético a folio 250 del plenario.*

*El plazo de ejecución del referido contrato sería de 3 meses o hasta agotar el presupuesto asignado.*



*En virtud de lo anterior, los demandantes demandante suscribieron con la accionada Optimizar servicios temporales S.A. contrato de trabajo por duración de la obra o labor, así: El 27 de noviembre de 2014 Sandra Milena Bermúdez Contreras suscribió en citado contrato en virtud del cual se le vinculó al cargo de comercial V por el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria o con justa causa o sin justa causa cuando el verdadero empleador lo determine cuya fecha de iniciación fue el 1º de diciembre de 2014 (folios 196 y 197); el 28 de enero de 2015, Optimizar Servicios Temporales S.A. certificó que la citada Bermúdez Contreras laboró bajo el contrato No. 52285007-07-FA desde el 1º de diciembre de 2014 para la empresa cliente FNA, por duración de la obra o labor (folio 103); y el 30 de septiembre de 2015, dicha empresa, le comunicó la terminación de su contrato de trabajo, en virtud de la finalización del contrato comercial que existía con el Fondo Nacional del Ahorro y, por ende, por finalización de la obra o labor contratada (folio 110).*

*En cuanto a Nelcy Yohana Pulgarín Bustos, el 27 de noviembre de 2014 se celebró contrato con Optimizar Servicios Temporales S.A. un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, para desempeñarse en virtud del cual se le vinculó al cargo de Administrativo I por el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria o con justa causa o sin justa causa cuando el verdadero empleador lo determine cuya fecha de iniciación fue el 1º de diciembre de 2014 (folios 198 y 199). La citada empresa certificó que ésta trabajó bajo el contrato No. 52889422-07-01 desde el 1º de diciembre de 2014 hasta el 15 de septiembre de 2015 y desempeñó el cargo de administrativo I para la empresa cliente Fondo Nacional del Ahorro, por duración de la obra o labor contratada (folio 114), así mismo conforme a la certificación vista a folio 115 del plenario se tienen que ésta cumplió funciones de apoyar los tramites y procedimientos necesarios para la realización de los procesos de contratación de acuerdo con las necesidades del área, con fin de adquirir los bienes y servicios de la empresa; Adelantar trámites y procedimientos necesarios para la realización de las actas de recibo final de los contratos objeto de supervisión del área, si como el seguimiento en la etapa de liquidación de los mismos demás actividades; adelantar trámites y demás actividades de los asuntos precontractuales y contractuales atendiendo el reparto efectuado por el jefe*

*de división, según la cuantía y naturaleza de los mismos; entre otras relacionadas con el áreas a de contratación en la entidad.*

*En declaración rendida por Dora Olivia Palacios Aranguren, señaló que la señora Pulgarín Bustos era abogada de gestión humana del FNA y apoyaba al abogado principal en asuntos relacionados con contratos con terceros, bienestar, viáticos y seguridad social, que eran funciones de carácter permanente, no remplazó a nadie ni atendió incrementos de producción.*

*El 15 de septiembre de 2015, la empresa Optimizar SA comunicó a la antes nombrada su decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, por cuanto el FNA ,informó la terminación de las labores y tareas que de manera particular desempeñaba en esa entidad, por ende, por finalización de la obra o labor contratada (folio 116).*

*Ahora, en relación con Luis Fernando Hoyos Osorio el 17 de enero de 2015 se celebró con Optimizar S.A. un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada en virtud del cual se le vinculó al cargo de profesional IV por el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria o con justa causa o sin justa causa cuando el verdadero empleador lo determine cuya fecha de iniciación fue el 19 de enero de 2015 (folios 200 y 201). La citada empresa certificó que el señor Hoyos Osorio trabajó bajo el contrato No. 80419969-01-01 desde el 19 de enero de 2015 hasta el 24 de septiembre de 2015 en el cargo antes dicho para la empresa cliente FNA por duración de la obra o labor contratada (folio 119).*

*En testimonio rendido por Angélica María Granja Delgado indicó que el señor Fernando Hoyos Osorio laboraba en la Unidad de Habitat adscrita al área comercial del Fondo Nacional del Ahorro y laboró allí desde el 19 de enero de 2015, se encargaba del proceso de bases de datos para implementar el proyecto línea con enfoque territorial, hacía toda la parte logística, eventos y depuración de las bases de datos. Explicó que el demandante no remplazó personal en vacaciones, ni atendió incrementos de producción, sino que sus funciones se requerían durante un período indefinido de tiempo.*

*El 1º de octubre de 2015 Optimizar Servicios Temporales S.A. comunicó al señor Hoyos Osorio la terminación de su contrato de trabajo a partir del 24 de septiembre de 2015, en virtud de la finalización del contrato comercial que existía con el Fondo Nacional del Ahorro y, por ende, por finalización de la obra o labor contratada (folio 131).*

*De lo anteriormente expuesto, si bien los vínculos laborales con cada uno de los demandantes, no se extendieron más allá del término fijado para esta clase de contratos de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 6º del Decreto 4369 de 2006; del material probatorio recaudado emerge que el Fondo Nacional del Ahorro no demostró que la contratación de los señores promotores de esta acción haya obedecido a incrementos de producción, transporte, ventas de productos o mercancías, periodos estacionales de cosechas o aumento en la producción de servicios en forma temporal, es decir, por una situación excepcional que ameritara su contratación durante el tiempo de vigencia de su contrato de trabajo, pues ni siquiera el contrato de prestación de servicios celebrado entre Optimizar Servicios Temporales y el FNA, se precisó con claridad esa situación excepcional, simplemente de manera abstracta se indicó como objeto del primer contrato "cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro" y como objeto del segundo contrato: "satisfacer las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo y la Planeación Estratégica 2015 - 2019", sin que por ningún medio probatorio se haya demostrado cuáles eran esas necesidades de expansión y crecimiento que ameritaban contratar personal a través de empresas de servicios temporales, para desarrollar las funciones que normalmente realiza el personal de planta, pues a las dos primeras se les contrató en los cargos de comercial V y Administrativo I para apoyar los trámites y procedimientos necesarios para la realización de los procesos de contratación del Fondo; y al señor Hoyos Osorio en el cargo de profesional IV para implementar el proyecto línea con enfoque territorial, en todo lo que tenía que ver con logística, eventos y depuración de las bases de datos y, en general todas las empresas públicas y privadas tienen permanentemente necesidades de crecimiento y expansión.*

*Es tan abstracto e impreciso fue el objeto del contrato de prestación de servicios celebrado entre la EST y la usuaria que los contratos de trabajo de los demandantes también se celebraron con la misma imprecisión, ya que en ninguno de ellos se enuncia a el objeto del mismo y en el término de duración al indicarse en cada uno de ellos que se celebraría por el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria.*

*Teniendo en cuenta lo anterior y lo señalado, ante la ilicitud de la contratación del Fondo Nacional del Ahorro a través de la E.S.T. Optimizar Servicios Temporales S.A., esta última solo puede catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35 inciso 2º del C.S.T, y el Fondo Nacional del Ahorro debe considerarse como verdadero patrono y al haber actuado Optimizar Servicios Temporales S.A., como simple intermediario resulta es responsable solidario de las obligaciones laborales de los demandantes conforme al art. 34 del CST, por lo que se deberá confirma la decisión de primera instancia en este aspecto, acotando que conforme lo analizado.*

#### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**

*Es de precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 4532 de 1998 El Fondo Nacional de Ahorro, establecimiento público creado mediante el Decreto - Ley 3118 de 1968, se transformó en empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase, por lo que no es acertado el estudio de la pretensión bajo los postulados del artículo 65 del CST conforme lo determinó el a quo; sino, conforme las previsiones del artículo 1º de la Ley 797 de 1949.*

*En efecto el artículo 1o. del decreto 797 de 1949, cuyo texto ha sido asimilado, en su alcance, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia al contenido del artículo 65 del C.S. del T., esto es, que sí dentro de los noventa días siguientes a la terminación de un contrato de trabajo la administración no cancela los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le adeude al trabajador o no hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente,*

*se sancionará con un día de salario por cada día de retardo en el pago de estos haberes sociales, para lo cual se tendrá en cuenta los motivos aducidos por la entidad oficial que la ha llevado a la mora a efectos de exonerarla, cuando sean razonables y se acredite de esta manera que ha actuado de buena fe.*

*Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o no consignación de la cesantía lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 999 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".*

*Pues bien, alega la parte recurrente que no pagó las prestaciones laborales a la terminación del vínculo laboral, toda vez que atravesaba por una crisis económica y financiera que le impidió cumplir con sus obligaciones que la llevaron al proceso de reorganización y posterior liquidación de la Empresa de Servicios Temporales que vinculó a los promotores y si bien es cierto la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras en las sentencias 20.764 del 10 de octubre de 2003 y la 53.793 del 1° de marzo de 2017, ha señalado que la entrada en liquidación de la empresa empleadora, es una circunstancia que puede eximirla de la indemnización moratoria por su imposibilidad de pagar la totalidad de las prestaciones sociales al trabajador o incluso el proceso de reorganización que implica que los pagos se efectúan conforme lo dispone el acuerdo de reorganización y que fue esta justamente la razón que esgrimió la demandada para justificar su omisión, también lo es que para la fecha de*

*finalización de los vínculos laborales de los demandantes, el 15, 24 y 30 de septiembre respectivamente, la demandada ni siquiera se había admitido al proceso de reorganización y no puede entonces ahora escudar la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones como empleadora en la imposibilidad de pagar las acreencias laborales de los trabajadores cuando la obligación de pago surgió 5 meses antes de ser admitida al proceso de reorganización, de manera pues para la Sala que en concepto de esta juzgadora, no está demostrada una situación atendible y justificable del no pago oportuno de las prestaciones sociales a los trabajadores demandantes, que pueda eximir a la demandada de la indemnización moratoria, por lo que se mantendrá la decisión en este aspecto.*

*Ahora en cuanto a la limitación de la sanción moratoria, es de precisar que ésta debe contarse desde el momento del vencimiento del término con que cuenta la entidad oficial para el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 797 de 1949; y teniendo en cuenta que con cargo a la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 24 DL007987 y por orden del Ministerio de Trabajo, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, pagó a los demandantes las siguientes sumas: \$2'136.320 el 26 de octubre de 2017 a la señora Sandra Milena Bermúdez Contreras; \$4'118.974 el 28 de noviembre de 2017; al señor Luis Fernando Hoyos Osorio; y \$4'371.834 el 24 de noviembre de 2017 a Nelcy Yohana Pulgarín Bustos, conforme los documentos de folios 541 al 543 y la documental que obra en medio magnético a folio 488 del plenario, considera la sala pertinente modificar los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia apelada en el sentido de precisar que la sanción moratoria ordenada deberá limitarse hasta la fecha en que se realizó el pago de las prestaciones sociales a cada uno de los demandantes, así: a la demandante **Nelcy Yohana Pulgarín Bustos** la indemnización moratoria en la suma de \$69.760.000 por un día de salario por cada día de mora entre el 29 de enero de 2016 hasta el 23 de noviembre de 2017, es decir 654 días de mora; a la señora **Sandra Milena Bermúdez Contreras** la indemnización moratoria en la suma de \$30'550.000 y a partir del 15 de febrero de 2016 hasta el 25 de octubre de 2017 es decir 611 días de mora; y al señor **Luis Fernando Hoyos Osorio** la indemnización moratoria en*

Exp. No. 027 2016 00687 01

la suma de \$68'906.667 y a partir del 11 de febrero de 2016 hasta el 27 de noviembre de 2017, es decir 646 días de mora.

En lo demás no se presentó reparo por ninguna de las partes.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**Primero.-** Modificar los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia apelada para en su lugar condenar al Fondo Nacional del Ahorro y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación e reconocer y pagar a cada uno de ellos demandantes indemnización moratoria de que trata el artículo 1° de la Ley 797 de 1949, así:

1. Para **Nelcy Yohana Pulgarín Bustos** la indemnización moratoria en la suma de \$69.760.000 por un día de salario por cada día de mora entre el 29 de enero de 2016 hasta el 23 de noviembre de 2017, es decir 654 días de mora.
2. Para la señora **Sandra Milena Bermúdez Contreras** la indemnización moratoria en la suma de \$30'550.000 y a partir del 15 de febrero de 2016 hasta el 25 de octubre de 2017 es decir 611 días de mora;
3. Y para el señor **Luis Fernando Hoyos Osorio** la indemnización moratoria en la suma de \$68'906.667 y a partir del 11 de febrero de 2016 hasta el 27 de noviembre de 2017, es decir 646 días de mora.

Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**Segundo.-** Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.

**Tercero.-** Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación definitiva la suma de \$400.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas y en favor de casa uno de los demandantes.

Notifíquese y cúmplase.

Exp. No. 027 2016 00687 01

~~MILLER ESQUIVEL GAYTAN~~  
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~  
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado