



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 012 2016 00511 01

Daniel Steven Ramírez Castañeda y Otros vs. Optimizar Servicios Temporales S.A. y Otros.

Bogotá D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto

Estando el proceso para proferir sentencia de segunda instancia, el demandante **Wilmer Jaimes Carvajal** otorgó poder al doctor Jair Samir Corpus Vanegas, identificado con CC 18.004.443 y TP 106.701 del CSJ, a quien se reconoce personería como su apoderado, en los términos y para los efectos del poder conferido.

De otra parte, el demandado **Fondo Nacional del Ahorro** confirió poder a la firma Comjurídica Asesores S.A.S., identificada con Nit 900.084.353-1, sociedad que a su vez sustituyó el poder al doctor Luis Carlos Padilla Suarez, identificado con CC 79.784.646 y TP 175.034 del CSJ, a quienes se reconocen como apoderado principal y sustituto de dicha parte, por reunir los presupuestos de los artículos 74 y 75 CGP, sin perjuicio de las eventuales actuaciones que se adelanten conforme el numeral 20 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, por cuanto aceptaron el poder sin paz y salvo de la firma Litigar Pinto Com S.A.S., identificada con Nit 830.070.346-3, antigua representante judicial del FNA.

Elucidado lo anterior, en cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación del demandante Daniel Steven Ramírez Castaneda y de la litisconsorte necesaria por pasiva Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Conforme a los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente,



Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Daniel Steven Ramírez Castañeda, Deicy Mercedes Urrego Herrera y Wilmer Jaimes Carvajal, mediante apoderado judicial, presentaron demanda contra **Optimizar Servicios Temporales S.A. – en liquidación judicial** y el **Fondo Nacional del Ahorro - FNA**, con el fin de que se declaren los contratos de trabajo con la empresa de servicios temporales por los periodos reclamados, en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales y vacaciones e indemnización moratoria, indexación, lo *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho y la responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro como beneficiario del servicio. En subsidio, piden que se declare que el Fondo fue el verdadero empleador y Optimizar actuó como simple intermediario, por ende, solicitan se condene al FNA, al pago de las mismas acreencias e indemnizaciones laborales pedidas en la demanda, siendo el empleador el obligado directo y el intermediario responsable solidariamente (pdf 3).

Como fundamento fáctico de lo pretendido manifestaron, en síntesis, que el **Fondo Nacional del Ahorro - FNA** y **Optimizar Servicios Temporales S.A. – en liquidación judicial**, suscribieron los contratos de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, cuyo objeto fue la contratación de una empresa de prestación de servicios temporales para el suministro de personal en misión que *“permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro”*. Además, alegan que dicha entidad por un espacio de más de 10 años incurrió en *“rotación”* de empresas de servicios temporales, para proveerse de personal que en la mayoría de los casos es el mismo, pero a través de un intermediario distinto.

Respecto del demandante **Daniel Steven Ramírez Castañeda**, se indicó que Optimizar lo vinculó mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada, para ejercer como trabajador en misión en el FNA en el cargo de *“comercial III”*, con un salario de \$1.960.000, relación que inició el 19 de diciembre de 2014 y finalizó el 30 de septiembre de 2015 por comunicación escrita de la EST. Afirma que las funciones que desempeñó corresponden al giro ordinario de los negocios de la entidad y no tenían carácter temporal, ya que la expansión del Fondo no está definida en el tiempo, además, ejerció un cargo que existe en la planta de personal del cliente, en jornadas diarias de 8 horas de 7am a 5pm dentro de las instalaciones del Fondo. Manifiesta que Optimizar no le pagó las prestaciones sociales, ni vacaciones por todo el tiempo



laborado, sociedad que se sometió a un proceso de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades bajo radicado 66.156, donde reconoció la liquidación del demandante como un pasivo, pese lo cual no ha ofrecido ninguna fórmula de pago, al igual que el Fondo, quien desde el informe de interventoría del 2 de octubre de 2015 ya estaba enterado del *“inminente riesgo de incumplimiento”* de Optimizar, al punto que se le recomendó declarar el incumplimiento contractual.

En cuanto a la accionante **Deicy Mercedes Urrego Herrera**, señaló que Optimizar la vinculó mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada, el que estuvo vigente del 1º de diciembre de 2015 (Sic) al 30 de septiembre de 2015, para ejercer como trabajadora en misión en el FNA en el cargo de *“Administrativo I”*, con un salario de \$10.732.555. En los demás hechos coincidió con el relato del señor Daniel Steven Ramírez Castañeda.

Frente al actor **Wilmer Jaimes Carvajal**, manifestó que Optimizar lo vinculó mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada, relación vigente del 3 de febrero de 2015 al 30 de septiembre de 2015, para ejercer como trabajador en misión en el FNA en el cargo de *“Comercial IV”*, con un salario de \$1.300.000. En los demás hechos coincidió con el relato del señor Daniel Steve Ramírez Castañeda.

2. La demanda correspondió al Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., quien por auto del 14 de septiembre de 2016 la admitió, ordenó la notificación y el traslado de rigor (archivo pdf 7).

3. Contestación de la demanda.

3.1. Fondo Nacional del Ahorro. Contestó con oposición a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la suscripción de los contratos 275 de 2014 y 147 de 2015 con Optimizar para el suministro de trabajadores en misión. De otra parte, niega que los demandantes hayan sido sus trabajadores y manifiesta que no le constan las circunstancias y desarrollo del vínculo laboral que aquellos reconocen haber celebrado con la empresa de servicios temporales, haciendo énfasis que el contrato de trabajo por obra o labor determinada difiere del *“contrato para trabajador en misión”* y que por tanto no hay evidencia de que los accionantes hayan prestado sus servicios personales como tales en favor o beneficio del FNA, ni que haya ejercido subordinación sobre ellos, por lo cual no se reúnen los elementos esenciales para declarar un contrato de trabajo con el Fondo. De otra parte, aduce que, al ser una empresa industrial y



comercial del Estado, los cargos de su planta de personal son creados por ministerio de la Ley y la planta adoptada con la Resolución 070 no contienen los cargos señalados en la demanda. Concluye que, al no haber sido empleador de los demandantes, no tiene responsabilidad en las acreencias e indemnizaciones reclamadas. Formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral, ausencia de solidaridad, prescripción, buena fe y la genérica (pdf 11).

Realizó el llamamiento en garantía de **Liberty Seguros S.A.**, alegando que para la ejecución de los contratos 275 de 2014 y 147 de 2015, la EST suscribió pólizas con dicha compañía de seguros amparando salarios y prestaciones sociales (pdf 12, 27). El precitado llamamiento fue aceptado mediante auto del 27 de octubre de 2017 (pdf. 31)

3.2. Optimizar Servicios Temporales S.A. – en liquidación judicial. Contestó con oposición a las pretensiones. Aceptó la suscripción de los contratos 275 de 2014 y 147 de 2015 con el FNA, para suministrar el personal en misión de acuerdo a *“los perfiles y cargos que le requiera la empresa usuaria”*, teniendo el Fondo *“total autonomía para solicitar el retiro de las personas que prestaran su servicio bajo esta modalidad de contratación”*, así mismo informa que para la suscripción de dichos convenios tomó el seguro que ordena la Ley, motivo por el cual el Ministerio de Trabajo, a través de la Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016 declaró el siniestro de las pólizas DL007987 del 5 de enero de 2015 y DL008460 del 4 de enero de 2016, expedidas por la aseguradora Confianza, cuyo amparo asciende a \$5.515.632.000, siendo ordenado a la EST que presentara a la aseguradora el listado de los trabajadores en misión a quienes se les debe garantizar el pago de sus acreencias laborales, en todo caso, si por cualquier razón la compañía de seguros no cancela lo adeudado, reclama la responsabilidad solidaria de la usuaria FNA, en el cumplimiento de las condenas, conforme el artículo 13 del Decreto 4369 de 2006. De otra parte, asegura que no ha pagado las prestaciones sociales y vacaciones no de mala fe, sino porque tal reconocimiento está sujeto a las reglas del concurso, que inició el 15 de febrero de 2016, en virtud del artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, por lo cual solo se pueden pagar dentro del proceso liquidatorio, en la debida etapa procesal, en el orden de prelación legal y hasta la concurrencia de los activos de la EST (pdf. 29).

Frente **Daniel Steven Ramírez Castañeda** reconoció la existencia del contrato de trabajo por obra o labor, vigente del 19 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, el cual finalizó por la terminación del contrato comercial suscrito con el FNA,



aceptando el cargo y salario señalados en la demanda, de otra parte, acepta que le adeuda las cesantías y sus intereses por el año 2015, la prima de servicios causada del 1º de julio de 2015 al 30 de septiembre de 2015 y las vacaciones por todo el tiempo laborado.

En cuanto a la gestora **Deicy Urrego Herrera** reconoció la existencia del contrato de trabajo por obra o labor, vigente del 1º de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, que finalizó por la terminación del contrato comercial suscrito con el FNA, aceptando el cargo pero aclarando que el salario fue de \$10.732.554, de otra parte, acepta que le adeuda las cesantías y sus intereses por el año 2015, la prima de servicios causada del 1º de julio de 2015 hasta el finiquito del contrato y las vacaciones por todo el tiempo laborado.

Respecto **Wilmer Jaimes Carvajal** aceptó la existencia del contrato de trabajo por obra o labor, vigente del 3 de febrero de 2015 al 30 de septiembre de 2015, que finalizó por la terminación del contrato comercial suscrito con el FNA, reconociendo el cargo y salario, de otra parte, manifestó que le adeuda la prima de servicios causada del 1º de julio de 2015 hasta la terminación del contrato y las cesantías, intereses a la cesantía y vacaciones por todo el tiempo laborado.

3.3. Liberty Seguros S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Aceptó la celebración de los contratos 275 de 2014 y 147 de 2015 suscritos entre Optimizar y el FNA, que la EST se sometió al proceso de reorganización y luego al de liquidación judicial ante la Superintendencia de Sociedades, agrega que por tal circunstancia a Optimizar le está prohibido realizar pagos de las acreencias laborales conforme el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. Añade que el Ministerio de Trabajo mediante la Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016 declaró el siniestro de las pólizas DL007987 del 5 de enero de 2015 y DL008460 del 4 de enero de 2014 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza, a favor de los trabajadores en misión de Optimizar, acto que fue confirmado con las Resoluciones 922 del 27 de marzo de 2017 y 1230 del 21 de abril de 2017 y ordenó el pago de lo adeudado. En todo caso, el Fondo Nacional del Ahorro no adeuda nada a los demandantes, ya que no fue su empleador, ni tampoco existe responsabilidad solidaria. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva frente el FNA, ausencia de solidaridad entre los demandados, inexistencia de la obligación y la conducta del FNA ha sido de buena fe, extinción de las obligaciones por pago, prescripción, buena fe y la genérica (pp. 1-20 pdf 40).



3.3.1. Por su parte la llamada en garantía por parte del FNA, **Liberty Seguros S.A.**, se opone a las pretensiones. Aceptó todos los hechos, relacionados que entre ellos se suscribieron las pólizas 2436541 y 2533998, amparando los salarios y prestaciones sociales del personal en misión que suministró Optimizar al FNA, pero alegó que el Fondo autorizó el pago de la factura 42240 a un tercero distinto al contratista, lo que privó a Optimizar de los recursos para el pago de las acreencias laborales a su cargo, desconociendo que el artículo 1074 CCo impone al asegurado el deber de evitar la extensión y propagación del siniestro, lo que conllevó a la objeción de la reclamación, más aún cuando la cobertura se limita a los perjuicios que se ocasionen y, en el presente asunto, la FNA no ha sido condenada por obligaciones a cargo de la EST. Formuló las excepciones de inexistencia del siniestro, inexistencia de la obligación a cargo de Liberty porque ya se afectó la póliza de funcionamiento de la EST, inexistencia de la obligación a cargo de Liberty por falta de reclamación conforme el artículo 1077 CCo, pérdida del derecho o reducción de la indemnización y compensación por incumplimiento del deber del FNA de aminorar el daño, incumplimiento de la carga de evitar la extensión y propagación del siniestro, en subsidio, formula la excepción de sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones de las pólizas, la buena fe y la genérica (pp. 20-34 pdf 40).

3.4. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza. Mediante auto proferido el 17 de octubre de 2018 (archivo 43), se ordenó su vinculación como litisconsorte necesaria por pasiva. Manifestó atenerse a lo que resulte probado y señaló que al haberse acogido la EST al proceso de reorganización empresarial y posterior liquidación judicial, está impedida para formular directamente cualquier fórmula de pago a los demandantes. De otra parte, puso en conocimiento que por las gestiones adelantadas ante el Ministerio de Trabajo, canceló \$2.859.957 a Daniel Steven Ramírez Castañeda, \$15.801.900 a Deicy Mercedes Urrego Herrera y \$2.969.672 a Wilmer Jaimes Carvajal, por concepto de liquidación adeudada por Optimizar conforme la lista enviada por el liquidador de dicha sociedad, aclarando que no canceló moratorias ni ningún otro tipo de sanción por no estar acreditadas ni hacer parte de las ordenes proferidas por el Ministerio y todo pago adicional debe ser reconocido con cargo a las pólizas emitidas por Liberty Seguros S.A. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva para ser litisconsorte necesaria y que los demandante ya adelantaron la reclamación, en subsidio, formula que denominó *“en caso de proceder una indemnización moratoria, esta quedará limitada a la fecha en que fue admitido el*



empleador al proceso de reorganización” y que los demandante han sido reconocidos dentro del proceso concursal (pdf 55).

4. Sentencia de primera instancia. El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022 resolvió: *“PRIMERO: declarar que entre Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación judicial y los demandantes existió un contrato de obra o labor así: Daniel Steven Ramírez Castañeda, del 19 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, desempeñando el cargo de comercial III como trabajador en misión en el Fondo Nacional del ahorro, con un salario de \$1.960.000; Deicy Mercedes Urrego del 1º de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, desempeñando el cargo de administrativo I como trabajadora en misión en el Fondo nacional del ahorro, con un salario de \$10.732.555; Wilmer Jaimes Carvajal del 3 de febrero al 30 de septiembre de 2015, desempeñando el cargo de comercial IV como trabajador en misión en el Fondo Nacional del ahorro, con un salario de \$1.300.000. SEGUNDO: condenar a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación judicial a pagar a los accionantes la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 CST así: Daniel Steven Ramírez Castañeda, la suma de \$8'819.999; Deicy Mercedes Urrego, la suma de \$48.296.497; Wilmer Jaimes Carvajal la suma de \$5.849.999. TERCERO: condenar a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza a pagar a los actores las condenas impuestas en el ordinal anterior a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación judicial, de la póliza de cumplimiento de DL008460, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: Absolver a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación judicial de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: Absolver al Fondo Nacional del Ahorro de las pretensiones principales y subsidiarias incoadas en su contra y, por ende, relevarse del estudio del llamamiento en garantía presentado por esta frente a Liberty Seguros S.A. SEXTO: declarar no probadas las excepciones propuestas por Optimizar y Confianza y relevarse del estudio a las formuladas por el Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros S.A. SÉPTIMO: Costas en esta instancia a cargo de Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación judicial y de Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 para cada una, en razón de \$1.000.000 para cada demandante”.*

5. Recursos de apelación. Inconformes con la sentencia de instancia, se formularon recursos de apelación, por uno de los demandantes y una de las demandadas, bajo la siguiente sustentación.

5.1. del demandante Daniel Steven Ramírez Castañeda. *“me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de dictar con el propósito de que se revoque parcialmente la sentencia, en tres aspectos, básicamente. Primero, en cuanto a que no se concedió la indemnización moratoria hasta la fecha en que se produjo el pago efectivo de las prestaciones sociales a cargo de mi representado, igualmente, en cuanto a que no se declaró la solidaridad con el Fondo Nacional del Ahorro y, en tercer lugar, en cuanto a que no se declaró al Fondo Nacional del Ahorro como verdadero empleador, tal como se había solicitado previamente al pedirse que se accediera a las pretensiones subsidiarias. Me permitió sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos. Primero, en cuanto concierne a la indemnización moratoria vale decir que la señora juez la limitó únicamente hasta*



la fecha en que inició el proceso liquidatorio de Optimizar, recordemos que de acuerdo con la normatividad laboral, el trabajador no puede incurrir en las pérdidas o riesgos que asuma el empleador únicamente en sus beneficios, por consiguiente, es apenas lógico suponer que si debido a una crisis económica que se produjo al interior de Optimizar, la consecuencia de ello fue el inicio de un proceso liquidatorio, obviamente lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la crisis económica llevó al proceso liquidatorio, entonces, por obvias razones, no podría en este caso limitarse la indemnización hasta la fecha en que se produjo o en que inició este proceso liquidatorio con cargo a Optimizar, adicionalmente se está desconociendo un principio fundamental del derecho y es que nadie puede alegar la culpa en su favor, si fue culpa del mismo empleador, en este caso la empresa de servicios temporales, la que llevó a su propia crisis económica, a su propio proceso liquidatorio y a la suspensión de las facultades de pagar cualquier tipo de beneficios, obviamente no puede salir favorecida con una situación en la que ella es la única culpable, esto es una situación apenas lógica y por consiguiente, no era viable que se limitará la imposición de la indemnización moratoria hasta la fecha en que inició el proceso liquidatorio de Optimizar, por consiguiente, le voy a solicitar muy respetuosamente al Tribunal que, basado en estos principios generales del derecho, pues extienda la condena de la indemnización moratoria hasta la fecha en que se produjo el pago efectivo de las prestaciones sociales de mi representado, que lo fue aproximadamente casi 2 años después de terminada la relación laboral y se dio a través de la aseguradora. En segundo lugar, habíamos solicitado en audiencia anterior, muy respetuosamente, que se accediera a las pretensiones subsidiarias y se declarará precisamente al Fondo Nacional del Ahorro, como verdadero empleador, la señora juez hizo un estudio minucioso de la prueba que se recaudó dentro de este proceso, hizo un estudio muy juicioso de la jurisprudencia y justamente la jurisprudencia que cita la señora juez, pues son precisamente las que nos dan la razón, porque allí, en estos casos, la Corte hizo una claridad, que es muy importante que la tengan en cuenta y ya varias salas del Tribunal Superior pues lo ha estado reconociendo así y es en este sentido, primero, si no se supera el año de la prestación del servicio, obviamente digamos que la relación laboral se encuentra dentro del marco de lo que es legalmente admisible, pero más allá de que se supere el año o no, el juez, en este caso basado en las pruebas, debe de examinar si las actividades que desempeñaba el trabajador tenían vocación de permanencia, es decir, si eran necesarias para que el Fondo Nacional del Ahorro, en este caso como empresa usuaria, cumpliera con su objeto social y efectivamente esa fue una de las conclusiones a la que llegó la señora juez, cuando dijo de que esas actividades sí estaban relacionadas, ¿eso qué quiere decir? si hay relación directa entre el objeto social del Fondo Nacional del Ahorro y la prestación del servicio del trabajador, significa que hay vocación de permanencia, que el que el Fondo Nacional del Ahorro las necesita de manera constante para poder cumplir con su objeto social. Como consecuencia de ello, lo lógico era precisamente declarar que el Fondo Nacional del Ahorro si actuó como verdadero empleador pero lastimosamente, pues el entendimiento en esta sentencia fue totalmente contrario, a pesar de que contamos con toda la documental que hizo mención la señora juez e igualmente con la versión del testigo Juan Gabriel, que al ser indagado sobre las actividades que desempeñaba el señor Daniel Steven informó que éste era asesor comercial, prestaba sus servicios en atención al cliente en productos que eran del resorte del Fondo Nacional del Ahorro e igualmente los servicios estuvieron prestándose a través de 3 diferentes empresas de servicios temporales, esto es una prohibición que claramente establece el Decreto 4369 en su artículo 5º, que no se puede contratar a través de diferentes empresas de servicios personales si la temporalidad persiste y si se hace, se incurre en una ilegalidad o al menos como mínimo se podría apreciar de que la realidad lo que muestra es que el empleador o la empresa usuaria, más concretamente, necesita de ese servicio, esa es la lógica que manda de este tipo de pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a los cuales hizo



mención la señora juez, con el debido respeto, me permito incluso mencionar una sentencia, que en la SL4330 del año 2020, en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reiteró estos pronunciamientos y dijo, me permitió abrir comillas: “no sobra agregar que el juzgador válidamente podía catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo: (1) Cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente no puede acudir al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria. (2) Cuando a pesar de que obedece a una situación extraordinaria (p.e. incremento en los servicios), satisfacerlo demanda un tiempo superior a 1 año”, cierro comillas hasta aquí, entonces eran las 2 cuestiones, pues paradójicamente, la jueza analizó, lo analizó muy bien y todo, pero la conclusión es lo que nos parece que fue errada, porque bajo ese mismo análisis debió concluirse que los trabajadores, o en este caso el señor Daniel Steven, sí era un verdadero trabajador del Fondo Nacional del Ahorro y que la empresa Optimizar actuó como un empleador aparente, ya repito que hay varios pronunciamientos de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en ese sentido y han estado acogiendo esta tesis que hemos presentado ya en diferentes procesos. Adicionalmente, ya para terminar, si me lo permiten, solamente quiero hacer alusión a un aspecto central y es que las funciones del Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo con el Decreto 3118 de 1968, son precisamente, su artículo 2 lo dice: “objetivos: la administración del Fondo se tendrán en cuenta los objetivos que a continuación se enumeran, lo cuales servirán también como criterio de interpretación de las disposiciones del presente decreto, pagar oportunamente el auxilio de cesantías, proteger dicho auxilio contra la depreciación monetaria, contribuir a la solución del problema de vivienda, contribuir a la mejor organización del funcionamiento de los sistemas de seguridad social”, como vemos, el objeto del Fondo Nacional del Ahorro pues tiene una relación directa, inescindible, conexa con las actividades que desarrollaba el señor Daniel Steven, no veo por qué no se comprendió este aspecto, pues que era muy elemental, era solo mirar las actividades que desarrollaba el señor Daniel y compararlas con el objeto del Fondo Nacional del Ahorro y era fácil sacar, digamos, la conclusión en este sentido de que el Fondo Nacional del Ahorro era el verdadero empleador y lo más importante de esto, es la claridad que hace la Corte Suprema de Justicia y en esto estoy en desacuerdo con lo que planteó la señora Juez, porque es que la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia que acabó de mencionar precisamente advierte que, en estos casos, cuando el Fondo Nacional del Ahorro presente dificultades porque no puede cumplir con su objeto y necesita contratar trabajadores, pues lo que tiene que hacer es ampliar su planta de personal, así lo dijo, abro comillas: “tal inferencia, no se desvirtúa por el hecho de que el FNA estuviera en imposibilidad de ampliar su planta de personal, pues al tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado cuyos servidores, por regla general son trabajadores oficiales, tiene la posibilidad de proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que considere pertinentes, de conformidad con el artículo 90 de la Ley 489 de 1998”, entonces la misma Corte incluso da la salida correcta frente a la situación de que el Fondo Nacional del Ahorro no cuente con el personal necesario y de pronto requiera más personal, la solución no es contratarlos a través de empresas de servicios temporales, por favor, son trabajadores oficiales, ¿cómo se va a delegar la función pública a través de una empresa de servicios temporales?, en este caso una función tan importante, por eso es la misma Corte dice, entonces, amplíe su planta de personal, si necesita más trabajadores amplíe su planta de personal, no lo contrate a través de empresa de servicios temporales, esa es la solución que da la misma Corte en esta sentencia. Con todo respeto, pues dejó así rendido a mi recurso de apelación para que sea examinado por el Tribunal, no sin antes reiterar a la sala laboral



del Tribunal pues que ya se ha manifestado en casos idénticos al que estamos estudiando en este momento y han acogido esta postura, para que sea examinada a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de los tratados internacionales suscritos con la OIT”.

5.2. de la demandada Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza. *“Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir y procedo a continuación a sustentarlo en los siguientes términos. En primer lugar, manifiesto que interpongo recurso de apelación específicamente en contra de los numerales segundo y séptimo de la sentencia de primera instancia que se acaba de proferir, mediante los cuales en el primer numeral, en el segundo, se condena a Confianza por concepto de las moratorias con cargo a una póliza terminada en 8460 y en el numeral séptimo se nos condena en costas. En primer lugar, quiero hacer mención que Seguros Confianza fue vinculada a este proceso como litisconsorte necesario solicitado por Liberty Seguros, quien era llamado en garantía en este proceso, es claro que Seguros Confianza no debió haber sido vinculada a través de esta figura procesal al proceso, lo cual no fue estudiado en la sentencia de primera instancia, Seguros Confianza nunca tuvo una relación laboral con los demandantes y por lo tanto no era procedente nuestra vinculación de esta forma y menos por parte de un llamado en garantía que no contaba con la legitimación en la causa para hacerlo, este hecho no fue estudiado en ninguna parte en la sentencia que se acaba de proferir, por lo tanto solicito que sea estudiado por los honorables magistrados en segunda instancia. Teniendo ya claro lo anterior, manifestamos nuestro total desacuerdo con la sentencia de primera instancia al haberse condenado a mi representada al pago de las moratorias a los demandantes con cargo de la póliza 24DL008460, la cual tiene las siguientes características y prueba de ello podrán encontrar los magistrados en el expediente digital, podrán encontrar las pólizas que fueron aportadas por nuestra compañía como prueba de ello, esta póliza 24DL8460 podemos observar que tuvo como partes a Optimizar Servicios Temporales como garantizado y al asegurado a los trabajadores en misión al servicio del tomador, es una póliza de cumplimiento especial que radica en las empresas de servicios temporales en el Ministerio del Trabajo, con el fin de asegurar el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores en misión en los eventos en que el garantizado, en este caso Optimizar, entrará en proceso de liquidación, esto está plenamente probado acá en el proceso, ahora, revisando la póliza, encontramos como fecha de vigencia, dice fecha de vigencia en el primer recuadro en la primera carátula de la póliza encontramos vigencia desde el 1 de enero de 2016 hasta el 1 de enero de 2017 y como objeto de la póliza encontramos y procedo a leerlo en su integridad: “el objeto de esta póliza fue 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. y que hayan y, aquí quiero subrayar, y que hayan sido vinculados dentro de la vigencia de la póliza”, así las cosas, es claro que conforme a lo estipulado en el artículo 1057 CCo, donde nos señala a partir de cuándo entra en vigencia una póliza, dice dicho artículo y abro comillas: “término desde el cual se asumen los riesgos: en defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora 24 del día en que se perfeccione el contrato”, dicho lo anterior, es claro que la vigencia de esta póliza empezó el día 1º de enero del año 2017 (Sic), por toda esa anualidad y finalizó el 1º de enero de 2017. Teniendo en claro esto, sobre la vigencia de la póliza, vámonos más allá, resulta que obra en el proceso copia de las Resoluciones proferidas por el Ministerio del Trabajo, donde efectivamente los trabajadores en misión iniciaron un proceso en el Ministerio para afectar las pólizas que tenían a su favor Optimizar en favor de*



los trabajadores, todo este proceso se llevó a cabo y se profirieron las Resoluciones y aquí quiero ser muy enfática y quiero llamar la atención, honorables magistrados, sobre la parte resolutive de dichas Resoluciones, de la resolución 3863 del 30 de diciembre de 2016 y su confirmatoria, la 922 del 27 de marzo de 2017, donde señala y voy a leer nuevamente, voy a leer el artículo primero de la resolución 922 que fue la que confirmó, que señalo así: "artículo primero, no reponer la Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016 proferida por esta coordinación, mediante la cual se declaró el siniestro de las pólizas de cumplimiento DL007987 del 5 de enero de 2015, ojo, y DL008460 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza, aportadas por la empresa Optimizar Servicios Temporales con NIT 900.128.018-9, a favor de los beneficiarios trabajadores en misión para la vigencia de vinculación, según sea el caso y acá voy a resaltar nuevamente, señores Magistrados, dice el Ministerio según sea el caso, 2015 y 2016, hasta el máximo del valor asegurado". Es así como quiero concluir, este primer argumento y es que quedó plenamente establecido,, primero que la relación laboral de los aquí demandantes quedó plenamente probada que fue en la anualidad 2015, es más, terminaron el 30 de septiembre de 2015, mientras que la póliza que hoy se está pretendiendo afectar en esta sentencia inició su vigencia tan solo hasta el 1º de enero de 2016, era para la anualidad 2016 y finalizó en enero del 2017, es claro así que es totalmente improcedente la condena que se le está imputando aquí a mi representada con cargo a esta póliza, la cual ni siquiera había entrado en vigencia para la época de los hechos de la demanda, esta condición quedó plenamente establecida tanto en la póliza, en las condiciones, cuando vamos a la caratula de la póliza dice trabajadores vinculados dentro de la vigencia, estos trabajadores no fueron vinculados en vigencia 2016, adicionalmente, vuelve el Ministerio nos da la razón y es clarísimo en su resolución que dice que se afecta a estas pólizas a favor de los trabajadores según su vinculación y vigencia y dice, 2015 o 2016, es claro que aquí pues no se allegó una certificación de agotamiento del valor asegurado de la 8460 porque es que aquí no se está discutiendo una relación laboral del año 2016, aquí fue en el año 2015 que se produjo la relación laboral de los demandantes, si fuera otra la situación pues también hubiéramos aportado esta certificación, pero este no es el caso; ¿por qué el Ministerio afecta a estas 2 pólizas?, sencillamente porque Optimizar no solo tenía trabajadores en misión a favor del Fondo Nacional del Ahorro, tenían para hospitales, para otras entidades públicas como 472, que también fueron trabajadores pero ya para las vigencias 2016 y 2017, esa póliza 8460 fue afectada para otros trabajadores en otras entidades públicas, la que aplica para el Fondo Nacional del Ahorro por su misma vigencia fue la 6347, que es la que ya como obra en el expediente certificación, su valor asegurado fue agotado en su totalidad los \$5,154.000.000 que era el valor asegura esa póliza se agotó, ¿cómo se agotó?, pues pagándole a todos los trabajadores de Optimizar en misión del Fondo Nacional del Ahorro se les pagó todas sus liquidaciones y por eso se agotó el valor asegurado y por eso aportamos en este proceso esa certificación, porque los trabajadores fueron del año 2015 y no del 2016. Adicionalmente no puede hacerse extensiva a una condena por Seguros Confianza por concepto de moratorias, teniendo en cuenta que aquí somos un tercero de buena fe, nosotros únicamente fuimos vinculados por unos contratos de seguro que fueron afectados mediante resoluciones del Ministerio de Trabajo que obran en el expediente, para ello es importante hacer un recuento de la cronología de los hechos para poder entender la demora en los pagos efectuados a los demandantes de sus liquidaciones y que no fue imputable a la aseguradora, el 30 de septiembre de 2015 se terminan los contratos de trabajo de Optimizar a todos sus trabajadores en misión al Fondo, ellos inician un proceso ante el Ministerio para afectar las pólizas que tenían a su favor el 30 de diciembre de 2016 el Ministerio expidió una Resolución declarando al siniestro afectando las dos pólizas, como ya lo dije, una para los trabajadores 2015 y otros para trabajadores que iniciaron en el 2016, el 21 de abril del 2017 se resolvió el recurso de apelación, dejando en firme estas resoluciones y ordena a la liquidadora trasladar todas



las liquidaciones de los trabajadores a Seguros Confianza para que entre a pagarles las liquidaciones a los trabajadores, el 18 de julio de 2017, después de un arduo trabajo porque eran más de 1600 trabajadores, la liquidadora envía las liquidaciones a la aseguradora y en los meses de septiembre a noviembre de 2017, que es un tiempo récord, la aseguradora procede a pagarle las liquidaciones a cada uno de los aquí demandantes, como ya quedó probado, por lo tanto, que aquí no puede ser imputable a la aseguradora una mora, pues nosotros somos terceros de buena fe, nosotros no teníamos ningún vínculo laboral con los aquí demandantes, la fecha de nuestro pago se dio después de un largo proceso administrativo iniciado por los trabajadores ante el Ministerio, lo cual es totalmente ajeno a la voluntad de la aseguradora y finalmente, pues no menos importante, quiero aquí resaltar, es claro que la única póliza que aquí se pudiera afectar era la 24DL007987, cuyo valor asegurado fue agotado en su totalidad y obra en el proceso prueba de su certificación de agotamiento de valor asegurado, esa póliza era la única que cubría trabajadores para la anualidad del 2015, por lo tanto, no es legal ni contractualmente viable poder afectar esta póliza por sumas adicionales, pues no hay valor asegurado. Finalmente solicitó que se revoque la condena también en lo que concierne a las costas que le fueron impuestas a mi representado, pues es totalmente, primero, improcedente nuestra vinculación a este proceso como litisconsortes necesarios, segundo, porque no es procedente una condena con cargo a una póliza que ni siquiera estaba vigente para la fecha de las relaciones laborales de los aquí demandantes y tercero, porque no podemos nosotros aquí responder por moratorios con cargo a la póliza que sí estaba vigente, teniendo en cuenta que el valor asegurado de esa póliza ya se agotó en su totalidad así las cosas. Solicitó a los honorables magistrados se absuelva de toda responsabilidad a Seguros Confianza de cualquier condena impuesta en este proceso y se revoquen los numerales segundo y séptimo en la sentencia y se absuelva de toda responsabilidad a mi representada, de esta manera dejo sustentado el recurso de apelación.”.

6. Alegatos de conclusión. En el término de traslado se presentaron los siguientes alegatos de segunda instancia.

6.1. De los demandantes Daniel Steven Ramírez Castañeda y Wilmer Jaimes Carvajal. Pese a que solo el primero de los gestores mencionados, fue quien apeló, en las alegaciones de instancia, se insiste en lo que fue materia del recurso, en cuanto a que la indemnización moratoria debe extenderse hasta la fecha en que le cancelaron las prestaciones sociales, agrega que se declare la solidaridad del FNA y al mismo tiempo que tal Fondo fungió como verdadero empleador.

6.2. De la demandada Fondo Nacional del Ahorro. Solicita que la sentencia de primera instancia sea confirmada, por cuanto hay elementos de prueba suficientes que demuestran que la EST fue empleadora de los accionantes, siendo el FNA un mero usuario del personal en misión, en todo caso, las acreencias reclamadas fueron reconocidas en el proceso liquidatorio de Optimizar al tiempo que Confianza efectuó su pago tras ser afectadas las pólizas por el Ministerio de Trabajo y, ante cualquier evento, debe tenerse en cuenta que el servicio de los demandantes no superó el



periodo máximo legal para el trabajo en misión, igualmente, señala la imposibilidad del Fondo para contratar laboralmente y para garantizar el funcionamiento de las labores transitorias acudió al suministro por parte de EST, con cumplimiento estricto de las condiciones legales, siendo absuelta por el Tribunal Superior de Bogotá en cuatro oportunidades.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A CPTSS, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **1)** ¿Erró la jueza a quo al declarar que el empleador del demandante **Daniel Steven Ramírez Castañeda** fue la empresa de servicios temporales accionada y no el Fondo Nacional del Ahorro?; establecido lo anterior, determinar: **2)** ¿Se equivocó la jueza a quo al liquidar la indemnización moratoria hasta la admisión de la empresa de servicios temporales demandada al proceso de reorganización empresarial, en vez de extender su cálculo hasta la fecha en que fueron canceladas las prestaciones sociales al accionante Daniel Steven Ramírez Castañeda?, **3)** ¿Desacertó la jueza a quo al no declarar la responsabilidad solidaria del FNA en el pago de las condenas impuestas a favor de Daniel Steven Ramírez Castañeda?, **4)** ¿Erró la jueza a quo al condenar a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. al pago de los emolumentos a cargo de Optimizar Servicios Temporales S.A. – en liquidación judicial y costas del proceso, con ocasión de la póliza DL008460?.

8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que **modificará** el numeral tercero y se **confirmará** en lo demás la sentencia apelada.

9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Art. 34 CST; Arts. 88, 281 CGP; Arts. 25A CPTSS; Arts. 17, 50 Ley 1116 de 2006; Arts. 1047, 1056 CCo; Arts. 1, 20, 52 Decreto 2127 de 1945; Arts. 83 Ley 50 de 1990; Arts. 11, 17 Decreto 4369 de 2006; Arts. 2.2.6.5.11, 2.2.6.5.17 Decreto 1072 de 2015; CSJ SL 30 Abr 2003 Rad. 19.906, CSJ SL 31 Mar 2009 Rad 34.411, CSJ SL 24 Ago 2010 Rad 35.960, CSJ SL 8 May. 2012 Rad. 39.186, CSJ SL9660 de 2014, CSJ SL16280 de 2014, CSJ SL11436-2016, CSJ SL16884 de 2016, CSJ SL4711 de 2017, CSJ SL15195-2017, CSJ SL981 de 2018, CSJ SL2383-2018, CSJ SL694-2019, CSJ SL1186 de 2019, CSJ SL845 de 2021, CSJ SL1885 de 2021, CSJ SL1906-2021, CSJ SL4162-2021, CSJ SL4538-2021

10. Cuestión preliminar. Previo a dar solución a los problemas jurídicos planteados, de cara al recurso de apelación del extremo activo de la litis, la Sala no extenderá el pronunciamiento de instancia, respecto del demandante **Wilmer Jaimes Carvajal**, por



cuanto, como ya se dijo, el único apelante fue **Daniel Steven Ramírez Castañeda**, recordando que cuando se interpuso y se sustentó la alzada en primera instancia por el abogado Jair Samir Corpus Vanegas, dicho profesional del derecho en ese momento actuaba exclusivamente en nombre y representación de **Daniel Steven Ramírez Castañeda** y solo hasta los alegatos de segunda instancia fue que recibió poder conferido por el gestor **Wilmer Jaime Carvajal**, de tal manera que no es dable extender la apelación frente a este último actor.

Consideraciones

La Sala aborda el estudio de los problemas jurídicos planteados así:

¿Erró la jueza a quo al declarar que la empleadora del demandante Daniel Steven Ramírez Castañeda fue la empresa de servicios temporales accionada y no el Fondo Nacional del Ahorro?

Para resolver este primer tema del recurso de apelación, delantadamente ha de considerarse que el numeral 2 del artículo 88 CGP establece que la acumulación de pretensiones procede siempre y cuando aquellas no se excluyan entre sí, salvo cuando se propongan como principales y subsidiarias. Dicho requisito es reiterado por el numeral 2 del artículo 25A CPTSS, modificado por el artículo 13 de la Ley 712 de 2001, norma que permite acumular en una misma demanda varias pretensiones, aunque no sean conexas, siempre y cuando aquellas no se excluyan entre sí, salvo que se diferencien entre principales y subsidiarias.

La anterior distinción entre pretensiones no es caprichosa, ni puede ser considerada como un exceso formalista, sino todo lo contrario, ya que es un presupuesto de claridad que evita que se estudien al mismo nivel pretensiones excluyentes entre sí, al tiempo que permite facilita a la parte accionada el entendimiento de las suplicas elevadas en su contra y encauzar la fijación del litigio por parte del juzgador de primer grado, así como la resolución del problema jurídico, por cuanto la autoridad judicial, al momento de dictar sentencia, deberá pronunciarse en primer termino frente de las pretensiones principales y, solo cuando aquellas no tienen éxito, proceder al estudio de los pedimentos subsidiarios, ejercicio que garantiza la congruencia de la decisión judicial, ya que el artículo 281 CGP indica que *“la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*.



La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia de clasificar las pretensiones entre principales y subsidiarias, indicando en la sentencia CSJ SL 30 Abr 2003 Rad. 19.906 que *“lo único a lo que debe sujetarse el fallador es a la diferencia entre las peticiones principales y las subsidiarias, en cuyo caso está obligado a estudiar y decidir de manera previa sobre las principales, y luego en caso de no acogerlas, proceder al estudio y decisión sobre las subsidiarias. Pero dentro de las principales no está sujeto al orden en que hayan sido formuladas, y lo mismo puede decirse en cuanto a las subsidiarias”*; a su vez, en la sentencia CSJ SL 31 Mar 2009 Rad 34.411 indicó: *“En efecto, frente a pretensiones principales y subsidiarias, el juez está obligado a estudiar y decidir en forma previa las primeras, y sólo en el evento de que éstas no se concedan, debe examinar y resolver las segundas, para de esa forma cumplir con el imperativo legal de la congruencia en su decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 305 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (SIC)”* y en la sentencia CSJ SL 24 Ago 2010 Rad 35.960 reafirmó su posición al señalar: *“el principio de congruencia que orienta la normatividad procesal enseña que, frente a pretensiones principales y subsidiarias corresponde al juez pronunciarse, en primer término, respecto de las preferentes, dado que las segundas corresponden a una aspiración residual que se reclama sólo en el supuesto de que las primeras no tengan éxito, de manera que no es de la esfera del juzgador pronunciarse en orden distinto al planteado en el acápite de las pretensiones de la demanda correspondiente”*.

Considerando los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales, en el presente basta con leer la demanda para comprender el alcance de las pretensiones formuladas por la parte actora, quien de manera clara y sin que existan términos o expresiones que se presten a confusión, dividió sus suplicas en principales y subsidiarias, reclamando en el primer grupo que se declaró a la empresa de servicios temporales como su empleador, mientras que de manera residual solicitó que se declaró que el Fondo Nacional del Ahorro ostento tal calidad (pdf 3).

Es tan fácilmente apreciable la voluntad de la parte actora que inclusive, de manera razonable y armónica con lo solicitado, reclama dentro de las pretensiones principales la solidaridad del FNA, mientras que en las subsidiaria procede a solicitar dicha responsabilidad pero respecto la EST, lo que evidencia que las suplicas del libelo introductorio se formularon de manera armónica entre sí, ya que se peticiona la responsabilidad solidaria de la entidad distinta a la que se acusa como empleadora, tanto en las suplica principales como subsidiarias, lo que descarta que se haya tratado de un *lapsus calami* del profesional del derecho que representa los intereses de los accionantes, a la par que excluye cualquier indicio de duda u oscuridad en la forma como se formulan los pedimentos.



Resultaba tan fácilmente entendible el alcance y orden dado por la parte accionante a las pretensiones de su demanda que el juez de primer grado, al momento de fijar el litigio, distinguió claramente entre las pretensiones principales y subsidiarias, al señalar que el problema jurídico era determinar si entre los demandantes y Optimizar Servicios Temporales S.A. – en liquidación judicial existieron los contratos de trabajo reclamados en la demanda y, **de forma subsidiaria** verificar si hay mérito para declarar como verdadero empleador al Fondo Nacional del Ahorro, entendiéndose que esta segunda suplica solo sería analizada en caso que la principal no fuera prospera (08:12 archivo 77).

Contra el auto que definió el problema jurídico, la parte actora no formuló recurso alguno, comportamiento del que es dable inferir que estaba de acuerdo en la clasificación entre pretensiones principales y subsidiarias contenida en la fijación del litigio, la que dicho sea de paso fue reafirmada al momento en que la jueza a quo comenzó a proferir la sentencia que puso fin a la primera instancia (10:45 archivo 100).

Por consiguiente, llama la atención que el apoderado del demandante Daniel Steven Ramírez Castañeda se cuestione la decisión de la jueza a quo de dar por probada la existencia de la relación de trabajo entre dicho accionante y Optimizar, en vez de haberla declarado con el Fondo Nacional del Ahorro, cuando fue precisamente dicha parte la que así lo solicitó desde el inicio del proceso y quien clasificó, de manera clara, expresa y despejada que las pretensión principal era precisamente la de señalar que la EST había sido la empleadora y que de manera residual y subsidiaria, en caso que dicho pedimento principal no fuera exitoso, se estudiara si tal calidad la había ostentado el FNA.

En consecuencia, mal haría esta Sala en resolver de manera favorable una súplica que implica en sí misma la modificación del libelo introductorio y el desconocimiento del orden en que se fijó el problema jurídico a resolver en primera instancia, pasando por alto que fue la propia parte actora la que reclamó que se estudiara como pretensión principal la declaratoria de un contrato de trabajo con la EST y quien no utilizó las instancias procesales a su alcance, como lo era por ejemplo la reforma de la demanda, para ajustar sus reclamaciones en la forma que de manera extemporánea y en abierto desconocimiento del principio de preclusión procesal pretende ahora ventilar a través de su recurso de apelación como pedimentos de primer grado pese a que los formuló siempre como suplicas residuales o subsidiarias.



Por lo considerado, no queda camino distinto que confirmar la decisión de la jueza a quo de declarar como empleadora a la empresa de servicios temporales, porque es que más allá de las inconformidades expresadas en el recurso de apelación contra dicha declaratoria, no puede desconocerse que esta Corporación carece de facultades ultra y extra petita para reconocer, de manera oficiosa, una pretensión como principal y que siempre fue catalogada como subsidiaria por la misma parte actora que ahora está en desacuerdo con su propio acto.

¿Se equivocó la jueza a quo al liquidar la indemnización moratoria hasta la admisión de la empresa de servicios temporales demandada al proceso de reorganización empresarial, en vez de extender su cálculo hasta la fecha en que fueron canceladas las prestaciones sociales al accionante Daniel Steven Ramírez Castañeda?

El artículo 65 CST, reformado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, dispone que si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar, a título de indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Nuestro máximo organismo de cierre en la especialidad laboral, ha considerado que la imposición de esta sanción no es automática, por tanto, no basta demostrar la deuda de salarios y prestaciones sociales a cargo del empleador (elemento objetivo), ya que en cada asunto en particular se debe analizar si el comportamiento moroso del empleador estuvo respaldado o no, en razones sólidas, serias y atendibles, con el fin de determinar su actuar de buena o mala fe (elemento subjetivo) (CSJ SL 13 Jun 2012 Rad 39.475, CSJ SL11436-2016, CSJ SL694-2019, CSJ SSL4311-2021, CSJ SL1664-2021).

En el *sub lite* la jueza a quo declaró que Optimizar Servicios Temporales S.A. – en liquidación judicial fue la empleadora del gestor Daniel Steven Ramírez Castañeda y, como quiera que no encontró razones atendibles para que dicha EST se sustrajera del pago de las prestaciones sociales adeudadas al momento de la terminación del contrato de trabajo el 30 de septiembre de 2015, procedió a imponerle condena al pago de la indemnización moratoria, sin embargo, liquidó la misma hasta la fecha de admisión de la precitada empresa al proceso de reorganización empresarial el 15 de febrero de 2016.



El apoderado del demandante Daniel Steven Ramírez Castañeda cuestionó la decisión de la jueza a quo en su recurso de apelación, señalado que no debe limitarse la liquidación de la sanción moratoria en la forma como se dispuso en primera instancia, por cuanto el trabajador no es responsable de las pérdidas y malas gestiones del empleador que lo llevaron al proceso de reorganización empresarial, a la par que considera que tal limitación permite que la EST alegue su propia culpa a su favor.

Interesa precisar que Optimizar no formuló recurso de apelación contra la imposición al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por lo que, en virtud del principio de consonancia, al no controvertirse dicha condena, no es del caso verificar la conducta de esa entidad, así como la validez de la condena, ya que el único punto de reproche elevado por el apoderado del demandante, se apoya en que no debe limitarse esa sanción a la fecha de admisión de la EST al proceso de reorganización empresarial, sino que debe continuar hasta la data en que se pagó la liquidación de las prestaciones sociales al gestor.

Desde ya se anuncia que no hay mérito para acceder a las suplicas de la parte actora, quien olvida que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la indemnización moratoria es una sanción, cuya imposición solo procede cuando se evidencie que no existen motivos serios y atendibles que justifique la conducta omisiva del empleador, ya que en nuestro ordenamiento jurídico nacional esta proscripta la responsabilidad objetiva y debe acreditarse que el comportamiento del empleador moroso fue de mala fe para que se abra paso la imposición de la condena a dicha sanción.

El órgano de cierre de nuestra jurisdicción ha reconocido que no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en



que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL9660 de 2014, CSJ SL16280 de 2014, CSJ SL16884 de 2016, CSJ SL4711 de 2017, CSJ SL981 de 2018, CSJ SL1186 de 2019, CSJ SL845 de 2021, CSJ SL1885 de 2021, entre otras.

En el caso bajo estudio, el certificado de existencia y representación legal de Optimizar Servicios Temporales S.A. – en liquidación judicial acredita que mediante auto 400-002370 del 15 de febrero de 2016 la Superintendencia de Sociedades admitió en el proceso de reorganización y por auto 400-002550 del 17 de noviembre de 2016 se decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de la empresa de la referencia (pp. 2-3 pdf 26).

De conformidad con el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización causa la prohibición a los administradores del deudor, en este caso de la EST, realizar, entre otros actos, el **pago** de ninguna clase de obligación u operación que no corresponda al giro ordinario de los negocios del deudor, a su vez, el numeral 5 del artículo 50 ib. señala como efecto de la apertura del proceso de liquidación judicial no solo la terminación de los contratos de trabajo sino que de manera expresa indica que quedan *“sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelación que les correspondan”*.

Así las cosas, es claro para esta Sala que a partir de que la EST empleador fue admitida al proceso de reorganización empresarial, fue desprovista de la facultad para manejar por sí misma y sin restricción de ninguna clase su patrimonio, por cuanto se vio avocada a someterse a las restricciones que dicho proceso concursal impone para la libre disposición de su patrimonio en procura de una adecuada y ordenada satisfacción de los créditos reconocidos y graduados en dicho trámite.

Inclusive, los propios demandantes reconocen todos que dentro de las acreencias reconocidas y graduadas en dicho proceso concursal se incluyeron el reconocimiento de sus acreencias laborales, lo que permite inferir que Optimizar no pretendió desconocer los pagos laborales insolutos sino que se vio avocada a que los mismos fueran incorporados al proceso de reorganización y posterior liquidación judicial en el cual se vio incurso dicha EST, quien tenía prohibido efectuar cualquier tipo de reconocimiento sin autorización del juez del concurso.



En consecuencia, para esta Sala resulta razonable considerar que si bien inicialmente Optimizar desconoció el pago de las acreencias laborales a favor del apelante **Daniel Steven Ramírez Castañeda**, compartiendo la decisión de imponer la sanción moratoria por dicha omisión injustificada, no es menos cierto que debe valorar que a partir del 16 de febrero de 2016 la EST se vio imposibilitada para manejar por sí misma su patrimonio y se vio sujeta a prohibiciones para realizar cualquier pago por fuera y sin autorización del Juez del concurso, motivo por el cual no ofrece reproche alguno la decisión de la jueza a quo de limitar la imposición de dicha sanción moratoria hasta la fecha de admisión en el proceso de reorganización, por lo cual no queda camino distinto que confirmar el numeral segundo del fallo apelado.

¿Es incorrecta la decisión la jueza a quo de no declarar la responsabilidad solidaria del FNA en el cumplimiento de las condenas impuestas a favor de Daniel Steven Ramírez Castañeda?

En su recurso de apelación, a pesar de no haber sido sustentado y que resultaba contradictorio con la principal suplica de declarar al FNA como verdadero empleador de Daniel Steven Ramírez Castañeda, no es menos cierto que el apoderado de la parte actora apela la decisión de la Jueza a quo de no condenar a la responsabilidad solidaria de dicho fondo en el reconocimiento de las condenas impuestas a favor de su representado.

Así las cosas y con el ánimo de procurar la protección del derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia, considera prudente la Sala pronunciarse respecto dicho motivo de inconformidad porque si bien carece de nula sustentación, no es menos cierto que al menos fue nombrado en el recurso de apelación.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada, ha sostenido que el trabajo en misión está regulado por normas específicas, como lo son la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 compilado en el Decreto 1072 de 2015, sin que la solidaridad entre la usuaria y la EST pueda ser analizada a la luz del artículo 34 CST por cuanto una EST no puede equiparse a un contratista independiente (CSJ SL15195-2017, CSJ SL2383-2018, CSJ SL1906-2021, CSJ SL4162-2021, CSJ SL4538-2021).



Precisamente, en la sentencia CSJ SL4538-2021, nuestro órgano de cierre reiteró lo dispuesto en la sentencia CSJ SL1906-2021, aclarando que:

“Respecto del segundo de los problemas jurídicos planteados y que tienen que ver con la obligación de cuidado de las empresas de servicios temporales la Sala reitera lo señalado en sentencia CSJ SL1906-2021, ya arriba mencionada en la que se precisó que:

*En este punto debe recordar la Sala lo ya reiterado en cuanto a que **las empresas de servicios temporales son verdaderos empleadores, sin que haya lugar a predicarse solidaridad y muchos menos que sea la compañía en donde el trabajador presta sus servicios en misión, la llamada a responder de estas obligaciones (CSJ SL 2383-2018)**. Es así como la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que:*

Lo anterior tiene su sustento en la postura reiterada de la Sala, en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, reiterada en la CSJ SL, 2 mar. 2006, rad. 25941 y en la CSJ SL, 4 ago. 2009, rad. 34806 (...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por lo tanto, para la Alta Corte, no existe solidaridad entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales y, solo de manera excepcional, podrá declararse que la primera de ellas es el verdadero empleador cuando se acredite que la EST no estaba autorizada para prestar tal servicio o que en desarrollo de este infringe las normas que regulan el servicio temporal (CSJ SL4538-2021), siendo relevante la sentencia CSJ SL4162-2021, oportunidad en la cual la Alta Corte casó la sentencia de segundo grado al advertir que de manera errónea se aplicó la responsabilidad solidaria del artículo 34 CST a una empresa de servicios temporales, oportunidad en la que el órgano de cierre de nuestra jurisdicción reitero que no se puede confundir la figura del contratista independiente con la empresa de servicios temporales, concluyendo que:

“(…) en el caso de las empresas de servicios temporales, dada su condición de empleadoras, la figura de la solidaridad en relación con el incumplimiento de obligaciones que puede establecerse respecto a las empresas usuarias se aplica únicamente por excepción.

Por ejemplo, el artículo 35 numeral 3.º del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en aquellos casos en que se celebre un contrato de trabajo obrando como simple intermediaria y esta omita «declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas».

Asimismo, la legislación y la jurisprudencia de la Corporación han establecido otras situaciones en las que también se configura la responsabilidad solidaria entre las empresas de servicios temporales y las usuarias, tal como ocurre en los casos de: (i) omisión de la información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral de trabajadores en misión – artículo 13 del Decreto 4369 de 2006-; (ii) cuando se contrata a una empresa de servicios temporales sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución y funcionamiento -artículo 20 numeral 3.º ibidem-, y (iii) cuando la empresa usuaria ha desbordado el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales, tal como ocurre cuando incumple las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 –parágrafo artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006- (CSJ SL467-2019), o cuando le ocurre un infortunio laboral por orden de la empresa



usuaria en una labor distinta a la que generó el envío de aquel por parte de la E.S.T. (CSJ SL15195-2017) (...)”.

Resulta claro entonces que nuestra jurisprudencia ha optado más por declarar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y a la EST como simple intermediaria cuando se desconocen las prohibiciones del trabajo en misión, en vez de procurar por la responsabilidad solidaria, motivo por el cual no existe mérito para acceder de manera favorable a este tema de la apelación del demandante **Daniel Steven Ramírez Castañeda**.

¿Erró la jueza a quo al condenar a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. al pago de los emolumentos a cargo de Optimizar Servicios Temporales S.A. – en liquidación judicial y costas del proceso, con ocasión de la póliza DL008460?

El artículo 83 de la Ley 50 de 1990 define los requisitos de la solicitud de autorización de funcionamiento de una empresa de servicios temporales, señalando en su numeral 5 que deberá constituirse *“una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo mensual vigente, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa. La póliza correspondiente debe depositarse en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual podrá hacerla efectiva por solicitud de los trabajadores beneficiarios de la garantía. La cuantía de esta garantía debe actualizarse anualmente, tomando como base las modificaciones al salario mínimo legal vigente”*. Dicha exigencia fue ratificada en el artículo 11 del Decreto 4369 de 2006, compilado en el artículo 2.2.6.5.11 del Decreto 1072 de 2015.

Por su parte, el párrafo 2 del 17 del Decreto 4369 de 2006, compilado en el artículo 2.2.6.5.17 del Decreto 1072 de 2015 reafirma que la póliza de garantía deberá constituirse por un año, comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de cada anualidad, por lo que la póliza deberá ser actualizada durante el mes de enero de cada año.

En la presente causa, la jueza a quo dispuso que la condena a la indemnización moratoria debía ser cancelada por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza con cargo a la póliza DL008460, que tomó la EST para cubrir el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones a favor de los trabajadores de Optimizar.

Contra la anterior decisión la apoderada de Confianza S.A. presentó recurso de apelación, bajo el argumento que dicha compañía no debió ser llamada a juicio como



litisconsorte necesaria por pasiva a solicitud de una llamada en garantía (Liberty S.A.) que carecía de legitimación en la causa para reclamar esa vinculación, más aún cuando nunca tuvo una relación laboral con los demandantes.

De otra parte, señala que la póliza DL008460 no puede ser afectada, por cuanto la vigencia de su amparo operaba exclusivamente a favor de los trabajadores vinculados a la EST entre el 1º de enero de 2016 al 1º de enero de 2017, tal y como se consagró en la respectiva caratula y condicionado del seguro y en las resoluciones proferidas por el Ministerio de Trabajo, por las cuales se declaró el siniestro, por tanto, era la póliza 24DL007987 la que cubría el pago de la indemnización, la cual ya agotó el monto asegurado.

Frente a lo manifestado en el recurso de apelación, interesa precisar que ni el artículo 83 de la Ley 50 de 1990 ni el artículo 17 del Decreto 4369 de 2006 ordenan o prohíben que la cobertura de la póliza que debe construir la EST se limite a los trabajadores vinculados durante la vigencia anual del amparo, en los términos reclamados por la aseguradora.

No obstante, lo dicho, no puede desconocerse que la póliza 24DL007987 señala de manera expresa que su objeto es “*EL PAGO DE SALARIO, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN EN CASO DE LIQUIDEZ (Sic) DE LA EMPRESA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y QUE HAYAN SIDO VINCULADO DE (Sic) LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA*”, con una vigencia desde el 1º de enero de 2015 al 1º de enero de 2016 (pp. 5-6 pdf 58, subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte, el Ministerio de Trabajo, a través de la resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016 declaró el siniestro y ordenó la afectación de la póliza 24DL007987 y DL008460, advirtiendo que tal acción sería a favor de los beneficiarios en los siguientes términos: “*ARTÍCULO PRIMERO. – DECLARAR el siniestro de las Pólizas de Cumplimiento de Disposiciones legales Números DL007987 del 05 de enero de 2015 y DL008460 del 04 de enero de 2016 expedidas por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA, aportadas por la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., Nit. 900128018-8, a favor de los beneficiarios trabajadores en misión para la vigencia de vinculación según sea el caso, 2015 y 2016, hasta el máximo del valor asegurado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído*” (pp. 16 pdf 58, subrayado y negrilla fuera de texto), decisión confirmada con las Resoluciones 922 del 27 de marzo de 2017 y 1230 del 21 de abril de 2017.



Las pruebas documentales reseñadas permiten concluir que la compañía de seguros Confianza asumió el riesgo por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores de Optimizar, en la cuantía legalmente exigida, monto que fue actualizado de manera anual y respetándose la vigencia del amparo que imponen las normas legales del trabajo en misión, siendo toda condición adicional a las antes descritas accesoria y sujeta a la voluntad negocial de las partes del contrato de seguro, de conformidad con el numeral 9 del artículo 1047 y 1056 CCo, quienes para el caso bajo análisis acordaron que la cobertura anual se limitaría a favor de los trabajadores vinculados en vigencia de cada respectiva póliza.

En consecuencia, le asiste razón a la apelante, por cuanto la jueza a quo se equivocó al condenar a Confianza al pago de la indemnización moratoria con cargo a la póliza SL008460, ya que más allá de los reproches que dicha compañía de Seguros hizo sobre su vinculación como litisconsorte necesaria por pasiva a solicitud de una llamada en garantía, lo que dicho sea de paso, carece de sustento alguno porque a juicio de esta Corporación era necesaria tal vinculación de la mencionada aseguradora para resolver de fondo sobre la litis, por haber sido ella la responsable del pago de las acreencias laborales en virtud del siniestro declarado por el Ministerio de Trabajo, lo cierto es que fue desacertada la decisión de la juzgadora de afectar una póliza que amparaba a los trabajadores vinculados a la EST en 2016, que no es el caso de los aquí demandantes.

Entonces ha de considerarse que era la póliza 24DL007987 la que debía y podía ser afectada para el cubrimiento de las condenas al pago de la indemnización moratoria, ya que fue la que amparó el riesgo entre el 1º de enero de 2015 al 1º de enero de 2016, periodo para el cual los accionantes estaban vinculados a Optimizar, pues la finalización de los contratos de trabajo de los 3 demandantes ocurrió el día 30 de septiembre de 2015.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que a través de memorial radicado el 16 de enero de 2020, la apoderada de Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza manifestó que la suma asegurada con la póliza 24DL007987 se agotó en su totalidad de \$5.154.800.000 (pdf 78 y 79), allegando el certificado suscrito por su representante legal, sin embargo, más allá de tal documento la aseguradora no aportó ninguna prueba de la presunta ausencia de recursos y como quiera que es un principio de derecho el que nadie puede fabricar su propia prueba, no hay mérito para revocar la



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

condena en contra de Confianza, sin embargo y para mejor proveer, se modificará la misma a fin de condicionarla al agotamiento de la suma asegurada.

Costas. Por haber sido resuelta desfavorablemente la apelación del demandante **Daniel Steven Ramírez Castañeda**, será condenado en costas de esta instancia, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. **Sin costas** en segunda instancia contra la demandante **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza**, ante la prosperidad parcial de su recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Modificar el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza a pagar a los demandantes las condenas impuestas en el numeral segundo del fallo de primera instancia, con cargo a la póliza 24DL007987, hasta el agotamiento de la suma asegurada de \$5.154.800.000, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero: costas en esta instancia a cargo del demandante Daniel Steven Ramírez Castañeda. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV

Cuarto: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado