

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GABRIEL ANTONIO MELO PÉREZ
CONTRA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA. Rad.
2019 00034 01. Juz 9º.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

GABRIEL ANTONIO MELO PÉREZ demandó a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 160.

- Reconocer como factor salarial las primas semestrales y de vacaciones convencionales
- Se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS a tener en cuenta como factor salarial las primas convencionales semestrales y de vacaciones y efectuar el reajuste de las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios y de vacaciones durante todo el tiempo de servicio.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 157 a 160. Indica que se vinculó con la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA mediante contrato de trabajo a término indefinido el 1º de junio de 1993 y se desempeña actualmente como "auxiliar de bienes y servicios". Señala que entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS Y EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS – SINTRAFEC se han suscrito varias convenciones colectivas donde se estableció una prima semestral conforme a la cual el actor tiene derecho a dos meses de salario en junio y diciembre de cada año, así como a la prima de vacaciones, por cuanto tiene naturaleza salarial de conformidad con el artículo 127 del C.S.T. y el artículo 9º de la Convención colectiva, lo que se ha negado a reconocer la demandada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad el 5 de marzo de 2019 (fl. 170), efectuada la notificación y corrido el traslado correspondiente, la accionada contestó la demanda en la forma y términos que se observan a folios 231 a 237:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación laboral, el cargo desempeñado por el actor, la existencia de las convenciones colectivas y de las primas reconocidas en la convención, pero negó que tuvieran carácter salarial.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró que la prima de vacaciones reconocida al demandante por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA es factor constitutivo de salario y la condenó a incluir como factor salarial la prima de vacaciones, por lo que condenó a la demandada a pagar los siguientes valores: \$112.625 por intereses sobre las cesantías, \$938.545 por primas de servicio y \$568.802 por vacaciones. Igualmente condenó a la demandada a consignar en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO a favor del actor la suma de \$1.137.605 por reajuste del auxilio de cesantías y en caso de haber finalizado la relación laboral cancelarlos directamente al demandante. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la inclusión de la prima semestral como factor salarial; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

Llegó a esa determinación luego de establecer que no fue objeto de litigio la existencia de la relación laboral ni los salarios y primas devengados por el demandante, lo que además encontró acreditado con la documental aportada al proceso. En cuanto a las primas que reclama la parte actora tuvo en cuenta lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2798 de 2018 y señaló que la convención colectiva en la cláusula segunda no pactó la inclusión de la prima semestral como factor salarial y no se demostró en el proceso que constituyera una retribución del servicio. En relación a la prima de vacaciones consideró que había sido aceptado en la Convención Colectiva artículo 9º que constituía factor salarial, para lo que citó la sentencia SL-1185 de 2001 en cuanto a que determinó que las

convenciones colectivas constituyen un medio de prueba idóneo para acreditar los derechos allí declarados y son fuente formal de derecho; por lo que conforme al acuerdo convencional, esta prima tiene carácter salarial aunque no se indique así en el artículo 2º del contrato de trabajo, toda vez que la convención que lo establece es posterior al contrato de trabajo y ostenta un rango superior.

Señaló que procede el reajuste de las prestaciones sociales reclamadas tomando la prima de vacaciones como factor salarial y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción por cuanto para la fecha de presentación de la demanda se encontraban prescritas las diferencias causadas antes del 16 de enero de 2015 y tuvo en cuenta que solo acreditó haber percibido la prima de vacaciones en algunos periodos, razón por la que ordenó el reajuste sólo en los periodos en que probó el pago.

Recurso de Apelación

Parte actora.- Interpuso recurso de apelación frente a la prima semestral para lo que manifiesta que constituye salario conforme al artículo 29 de la convención colectiva de 1974 donde se indica que se pagará por concepto de prima de servicios, luego es retributiva del servicio y por tanto debe tenerse en cuenta como factor salarial acorde con lo que dispone el artículo 127 del C.S.T., pues se entiende salario lo que el trabajador recibe como contraprestación directa del servicio para lo que cita la sentencia SL-1798 del 16 de mayo de 2018.

La parte demandada.- Manifestó que si se hace una interpretación del artículo 9º de la convención colectiva, la prima de vacaciones no es factor salarial, sino que se debe tomar en cuenta solamente para la liquidación de los intereses a las cesantías como lo ha hecho la demandada para los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados y no para reajustar la prima de servicios, ni las vacaciones las cuales no son una prestación social pues ellas se liquidan sobre el salario básico que devenga el trabajador sin incluir otros factores.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No se pronunció en esta etapa procesal.

Parte demandada: Pretende se revoque la sentencia proferida en primera instancia y se absuelva a la demandada ya que las convenciones pactadas entre la empresa y SINTAFEC no son aplicables a los trabajadores no sindicalizados y solo

se extiende su aplicación cuando los trabajadores aceptaban expresamente realizar el pago de la cuota ordinaria correspondiente al sindicato. Trae a colación y transcribe parcialmente una sentencia proferida por esta Corporación en otro proceso que considera similar al presente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*.

Parte demandante y demandada.- Aplicación de la convención colectiva.-

Procede la Sala en primer lugar a revisar si al actor le son aplicables o no las normas convencionales, toda vez que la convención colectiva se ha prorrogado en forma automática conforme al artículo 477 del C.S.T., para lo que se observa que el artículo 13 de la convención de 1996 (fl. 70 CD fl. 185) señala que "continúan vigentes las normas que no hubieran sido derogadas, modificadas o sustituidas" y acorde con el artículo 16 de la convención anterior (año 1974) se indica:

"La presente convención colectiva de trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A. en las condiciones y términos aquí indicados.

A los trabajadores no sindicalizados que se beneficien total o parcialmente de la Contratación Colectiva (Convenciones Colectivas de Trabajo y Laudos Arbitrales), se les harán con destino a SINTAFEC, las retenciones que autorice la Ley y esta Convención."

Sobre el particular se observa a folio 86, comunicación de la demandada de fecha 20 de agosto de 2014 donde manifiesta al actor que no es posible atender positivamente su petición de reliquidación de prestaciones sociales, y le aclara que "el hecho de que usted se encuentre afiliado a la organización sindical desde abril de 2004 y sea beneficiario de la convención colectiva, esta condición no modifica los factores salariales para efectos de la liquidación de cesantías...", lo cual corrobora la certificación expedida el 21 de junio de 2019 por la demandada y que obra a folio 186 que acredita la afiliación del actor al sindicato.

Adicionalmente en las nóminas aportadas al proceso (fls. 88 a 130) se acredita que se descontaba al demandante el "aporte a SINTRAFEC afiliado", por lo que es claro, que se encuentra afiliado al sindicato desde el año 2004; que es beneficiario de la convención colectiva; que le descontaban los aportes para el sindicato y por último, que conforme a las nóminas percibía tanto la prima de servicios como la prima de vacaciones, razón por la que no requería manifestación de adhesión como es el caso analizado en la sentencia que se trajo a colación por la parte demandada en los alegatos presentados en esta instancia.

Demandante.- Prima semestral.- Manifiesta la parte actora que es constitutiva de salario ya que se reconoce como retribución del servicio conforme al artículo 29 de la convención colectiva, por lo que para resolver se tendrán en cuenta, tanto el artículo mencionado como el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

El artículo 128 del C.S.T., señala los pagos que no constituyen salario en los siguientes términos:

"Pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

Esta norma permite que entre empleador y trabajador se acuerden pagos que no constituyen salario, pero es preciso que dichos pagos cumplan con determinados criterios, pues si bien la norma da cierta libertad para que las partes acuerden que algunos pagos no constituyan salario, también lo es, que deben cumplir ciertos requisitos como que el pago no retribuya el trabajo, que no se cambie la naturaleza de un pago; que sea específico y que tenga una destinación específica, pues cualquier pago que tenga como objetivo remunerar al trabajador por su servicio no puede ser calificado como ingreso no constitutivo de salario.

Por su parte el artículo 29 de la convención colectiva (fl. 35) (CD. fl.185) indica:

Primas semestrales.- Adicionalmente a lo existente, las empresas pagarán a todos los trabajadores, por concepto de prima de servicios, veinte (20) días más de salario de la prima semestral de junio, quedando en consecuencia así: dos meses de salario (básico, prima de carestía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturnos) en junio y dos meses de salario en diciembre. Dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las empresas para esta prestación social, Este punto tendrá vigencia a partir del 1º de septiembre de 1974."

En este punto ha de señalarse que si bien la convención colectiva reconoce una prima semestral a los trabajadores, también lo es que este es un valor que ocasionalmente recibe el trabajador y que en el artículo transcrito de la convención, no se estableció como factor salarial, situación diferente a la relacionada con la prima de vacaciones y adicionalmente, en el contrato de trabajo cláusula segunda (fl. 183 se indica que "*Cualquier otra remuneración de carácter extralegal, o ingreso con motivo de este contrato, sea cual fuere su denominación, prima, bonificación semestral o auxilio, no constituyen salario y por tanto no se tendrán en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, tales como la prima o bonificación semestral o por méritos...*". Por este motivo habrá de confirmarse en este aspecto la decisión de primera instancia, toda vez que al ser reconocida de manera convencional la prima semestral no puede ser objeto de análisis si era una retribución del servicio, ya que el acuerdo convencional solo dispuso su pago sin incluirlo como factor salarial.

Parte demandada.- Prima de vacaciones.- Conforme a las convenciones colectivas aportadas por la demandada (CD. 185), el artículo 9º señala:

"A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.

Lo montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993,1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán. Para efecto d ellos pagos correspondientes, se concede plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996.

Las empresas podrán presentar a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual se concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu personae acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal, no constituye salario para ningún efecto.

PARÁGRAFO: A partir de la vigencia de la presente convención colectiva, los porcentajes de prima de vacaciones no podrán ser inferiores a los que las empresas determinen para el personal que no se rija por la Convención Colectiva."

Así las cosas, es claro que la convención colectiva expresamente reconoció como factor salarial la prima de vacaciones, sin hacer la salvedad de que solo se tuviera en cuenta para la liquidación de los intereses a las cesantías como lo pretende la parte demandada, por lo que se confirmará lo decidido en la sentencia de primera instancia.

COSTAS.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Fíjese la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO ORDINARIO DE ANA CECILIA RAMÍREZ RINCÓN CONTRA
HOTEL CALLE 75 S.A.S. Rad. 2018– 00265 01 Juz. 16.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANA CECILIA RAMÍREZ RINCÓN demandó al HOTEL CALLE 75 S.A.S para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folio 54 y 61.

- Existencia de contrato de trabajo entre el 19 de mayo de 2014 y el 5 de septiembre de 2016
- Reintegro a un cargo igual, similar o de mejores condiciones acorde con su estado de salud
- La indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997
- Salarios dejados de percibir por el tiempo dejado de laborar
- Cesantías, vacaciones y primas de servicios por todo el tiempo dejado de laborar
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls.52 a 53 y 60 a 61. Manifiesta que el 19 de mayo de 2014 se suscribió contrato de trabajo a término fijo entre las partes, para desempeñar el cargo de camarera en las instalaciones de la demandada con un salario de \$665.000 ejecutando la labor de manera personal en el horario señalado por la empleadora.

Informa que en ejecución del contrato de trabajo la señora Ramírez Rincón desarrollo la patología conocida como PATOLOGÍA DE HOMBRO CON CONTUSIONES DE OTRAS PARTES DEL ANTEBRAZO, por lo que fue atendida por la EPS FAMISANAR

quien le dio incapacidades a partir de diciembre de 2015 lo que llevó a la reubicación de su puesto de trabajo, para lo que se tomó en cuenta que mediante comunicaciones de fechas 28 de abril y 21 de junio de 2016 el área de salud ocupacional informó a la empleadora las restricciones laborales que debían acatarse. Indica que la relación laboral continuó por renovación automática del contrato de trabajo hasta el 5 de septiembre en que la empresa mediante oficio BH-RRH-CO-16-0120 le notificó la terminación del contrato sin justa causa con indemnización, sin tener en cuenta el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; sin autorización del Ministerio de Trabajo y sin tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad el 30 de octubre de 2018 (fl. 72) notificado el auto y corrido el traslado, la demandada HOTEL CALLE 75 S.A.S. contestó la demanda en los términos del escrito visible en fls. 96 a 113

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, los extremos, el salario devengado y las labores desempeñadas por la actora. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos.
- Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones demandadas, pago, compensación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de fuero que impidiera el despido y la innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes desde el 19 de mayo de 2014, dispuso la ineficacia del despido efectuado a la trabajadora el 5 de septiembre de 2016 y condenó a la demandada HOTEL CALLE 75 S.A.S. a reintegrar a la trabajadora a su puesto de trabajo o a un cargo de igual o de mayor jerarquía atendiendo su estado de salud. Condenó igualmente, al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 5 de septiembre de 2016, día del despido, hasta la fecha en que se efectúe el reintegro correspondiente y al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en la suma de \$4.500.000. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó al

pago de las costas del proceso, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

Llegó a esa decisión al tomar en cuenta el estado de salud de la trabajadora conforme a la documental aportada al proceso y acorde con lo indicado por la jurisprudencia; en cuanto a que no se requiere una pérdida de la capacidad laboral calificada para que se presuma que existió una discriminación en el hecho del despido, toda vez que la situación de salud de la actora era de conocimiento de la demandada, pues le reasignó nuevas funciones atendiendo sus condiciones médicas y en consecuencia le correspondía al empleador demostrar que habían sido otras las razones del despido. Encontró demostrado que la actora padece síndrome de manguito rotador y que se le otorgaron 5 incapacidades por esta enfermedad entre el 25 de mayo de 2015 y el 9 de junio de 2016 además de haber sido remitida a medicina laboral, lo que era conocido por la empleadora pues así fue aceptado en el interrogatorio de parte y que a pesar de lo anterior dio por terminado el contrato de trabajo el 5 de septiembre de 2016 sin autorización del Ministerio de Trabajo y sin que en el proceso se acreditara la existencia de una justa causa para el despido. En consonancia con lo anterior, declaró la ineficacia del despido; ordenó el reintegro de la actora a un cargo de igual o superior categoría, atendiendo sus condiciones de salud y condenó al pago de salarios y prestaciones sociales por el periodo en que permanezca vacante así como el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 tomando como base el salario devengado por la actora.

Recurso de apelación

La parte demandada.- Interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que la demandante no es beneficiaria del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por cuanto con posterioridad a la terminación del contrato se encuentra laborando en servicios generales, es decir, en labores muy similares las desempeñadas en el Hotel Calle 75. Señala que las incapacidades no necesariamente significan una debilidad manifiesta que impida desarrollar una labor y que la última incapacidad fue 2 meses antes de la terminación del contrato. En cuanto a las recomendaciones médicas indica que fueron temporales y no permanentes ya que no existe pérdida de capacidad laboral por lo que puede entenderse que podía desarrollar las labores. Hace hincapié en que el juez constitucional en la tutela interpuesta en este caso, consideró que no existían los presupuestos para la estabilidad reforzada, por lo que

no existía necesidad de autorización del Ministerio del Trabajo para despedirla y que la jurisprudencia ha establecido que se requiere un grado de discapacidad debidamente reconocido, esto es que la discapacidad sea evidente, para lo que cita la sentencia SL-3251 de 2018 en cuanto a que la incapacidad debe ser superior al 15%.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide se confirme la sentencia proferida ya que el despido fue realizado sin justa causa y discriminatorio, dado que se debió a que disminuyeron las capacidades físicas de la actora para laborar por causa de la patología presentada en su hombro y la demandada conocía esta situación.

Parte demandada: Solicita se revoque el fallo proferido, por cuanto la terminación del contrato fue justa y no le fueron presentadas a la empresa en ningún momento los documentos e incapacidades otorgados a la actora, por lo que no estaba enterada de esta situación y la documental aportada al proceso no tiene recibido. Así mismo, señala que al momento del despido la demandante no había ido a laborar sin estar en incapacidad, además de no tener una pérdida de la capacidad laboral que supere el 15% ni tenía restricciones médicas vigentes, por lo que tal como lo manifestó el juez de tutela, la trabajadora no contaba con ninguna situación de debilidad manifiesta por lo que el despido fue acorde a la ley.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

Parte demandada: Procede el despacho a resolver las inconformidades de la parte demandada respecto a que la actora no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, para lo que señala que con posterioridad a la terminación del contrato se encuentra laborando en servicios generales; que las incapacidades no acreditan

una debilidad manifiesta y que las recomendaciones médicas fueron temporales sin existir pérdida de capacidad laboral.

Para resolver, el despacho tendrá en cuenta lo que al respecto a expresado la Corte Suprema de justicia en sentencia SL 572 del 24 de febrero de 2021:

"De las anteriores definiciones se puede concluir que la situación de discapacidad obedece a una deficiencia que padece el trabajador - que lo limita para desarrollar una actividad - derivada de una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa, a la vez originada por la alteración de las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona; condiciones que por su carácter técnico-científico, para ser valoradas requieren de una herramienta técnica que el sistema integral de seguridad social denomina Manual único para la Calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, actualmente contenido en el decreto 1507 de 2014; que, además, como todo baremo, tiene la ventaja que limita el factor subjetivo del evaluador.

*Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, **en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo. (resaltado fuera de texto)***

Ahora, demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador debe contar con la autorización de las autoridades del trabajo para efectuar despidos unilaterales y sin justa causa, sin que le sea exigible al trabajador la prueba de la razón real de la decisión del despido, por resultar desproporcionado."

Así las cosas, se procede a revisar la prueba documental aportada al proceso a fin de determinar el estado de salud de la demandante para el momento del despido,

toda vez que en este caso no existe una calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

- A folio 7 obra comunicación de FAMISANAR de fecha 28 de abril de 2016 mediante la cual informa a la empleadora HOTEL CALLE 75 S.A.S. que la trabajadora tiene un diagnóstico de "patología de hombro" y le comunica 15 recomendaciones a tener en cuenta en el ambiente laboral por el término de 6 meses a partir de dicha fecha, esto es hasta el 28 de octubre de 2016.
- Conforme a la historia clínica la actora tiene un diagnóstico de "Síndrome de manguito rotador derecho" (fl. 8 a 10)
- A folios 11 a 15 obran 5 incapacidades que se otorgaron a la actora de 2 a 15 días, siendo la última a partir del 30 de junio de 2016 por 10 días.
- Con posterioridad a la terminación del contrato se realizó cirugía de manguito rotador el 19 de enero de 2017 con una incapacidad de 30 días. (fl. 23) que había sido programada desde el 10 de octubre de 2016 (fl.18 y 19)

Al proceso se aportaron las sentencias proferidas en la acción de tutela interpuesta por la actora con ocasión del despido, la que fue negada en primera instancia y confirmada por el superior (fls. 27 a 48) donde en segunda instancia, la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2016 en la parte final de las consideraciones señaló que: *"no se configuran los presupuestos para la estabilidad laboral reforzada, como quiera que aún no se cuenta con un dictamen del médico de la EPS a la que se encuentra afiliada la actora, en el sentido que indique que esta tiene una enfermedad que la limita para trabajar por fuera del Hotel. Por manera que como no se acreditó que la terminación del vínculo hubiera tenido como causa la enfermedad de la señora RAMÍREZ RINCÓN, no existía necesidad de autorización del Ministerio para la terminación unilateral del contrato de trabajo a término fijo."*

En el proceso se practicó como prueba el interrogatorio a la representante legal de la demandada, quien manifestó sobre el aspecto objeto de recurso, que se le notificó a la trabajadora la no prórroga del contrato dentro del término establecido en la ley y que la razón del despido fue porque ya no se requería de sus servicios por el tamaño del hotel; aceptó que tuvo conocimiento por la historia laboral que la trabajadora tuvo varias incapacidades y fue notificada de ello. En cuanto a las restricciones médicas dijo conocer las recomendaciones de la EPS, por lo que le fueron reasignadas funciones a la trabajadora y el hotel cumplió con dichas

recomendaciones, informó que en el examen de ingreso dice que hay una patología de origen común que no afectaba la labor.

La demandante ANA CECILIA RAMÍREZ RINCÓN, en el interrogatorio de parte manifestó que, no está laborando por una incapacidad debida a un accidente que tuvo con un bus en diciembre de 2019, pero aceptó estar vinculada desde hace un año en otra empresa porque no tiene lo necesario para su sustento y que la actividad es de servicios generales. Indicó que el 5 de septiembre de 2016 no estaba incapacitada, pero cuando llegó a cumplir sus labores le comunicaron la terminación del contrato. Que su cargo era de camarera y servicios generales y que la demandada le hizo una reasignación de funciones el 1º de julio de 2016 cuando presentó las restricciones que le dio la EPS, le cambió el horario y le reasignó labores; que tenía que hacerse una cirugía y en ese proceso se terminó el contrato por lo que la cirugía de sutura de manguito rotador se la realizó el SIBEN el 6 de enero de 2017 en el Hospital San Carlos porque ella ya no tenía seguridad social y le dieron 30 días de incapacidad y 20 terapias; que en marzo de 2018 tuvo que empezar a laborar haciendo el mantenimiento de oficinas, porque no tenía dinero para sus gastos y que no ha tenido nuevas incapacidades. En cuanto al examen de ingreso manifestó que no tenía el problema del manguito rotador, el que inició en noviembre de 2015 y le dio avisó a la jefe y que en diciembre de 2015 le hicieron el examen y en el 2016 el ortopedista le dio las restricciones.

La testigo YANIRIS PARDO ARCIA dijo ser auxiliar de enfermería, fue compañera de trabajo de la actora en el Hotel demandado como camarera entre el 2014 y el 2018, dice que debían lavar las zonas comunes y usar la hidro-lavadora, sabe que la demandante laboró del 2014 al 2016 y le cambiaron las funciones por la enfermedad por lo que su labor era la de "cobertura" que consiste en cerrar cortinas, destender camas y las funciones donde no tuviera que hacer fuerza; no le consta la razón de la terminación del contrato, pero menciona que en el 2016 ella informó que tuvo un accidente con un carro de camarería que manejan para llevar la lencería y los implementos para el aseo y desde entonces se vio afectado su brazo ya que no lo podía levantar; que le dieron varias incapacidades y que estaba en terapias, lo que conocía la Gerente y a la Jefe. Que le comentó que tenían que operarla y sabe que ingresó a trabajar después de un año más o menos porque ella le comentó.

Acorde con las pruebas así recaudadas, puede concluirse que en efecto, aunque en el presente proceso no existe calificación de la enfermedad que padece la actora y por lo tanto se desconoce el grado de la limitación que la coloca en una situación de discapacidad, si se puede inferir de la documental aportada y de las declaraciones rendidas, que por su estado de salud para el momento del despido (5 de septiembre de 2016), existía una limitación para laborar y que conforme a la jurisprudencia citada anteriormente era “notorio, evidente y perceptible”, pues había tenido cinco incapacidades en los meses anteriores, esto dentro de la última prórroga del contrato y se encontraba en trámite la cirugía para recuperar su salud. Lo anterior, se puede corroborar con la orden médica de valoración preanestésica de fecha 13 de octubre de 2016, es decir, un mes después del despido, por lo que considera la Sala que existen elementos que permiten constatar la necesidad de la protección a la trabajadora, máxime cuando acorde con las recomendaciones dadas por la EPS FAMISANAR tenía restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo hasta el mes de octubre de 2016, todo lo cual era de conocimiento de la empleadora tal y como fue aceptado por su representante legal en el interrogatorio de parte y en consecuencia contaba con estabilidad laboral reforzada debido a su estado de salud, tal y como se reconoció en la sentencia recurrida.

Por lo anterior no es de recibo lo manifestado por la parte recurrente en cuanto a que las incapacidades no acreditan una debilidad manifiesta; que las recomendaciones médicas fueron temporales y que no existe pérdida de capacidad laboral; pues existía una situación notoria respecto de la incapacidades que venía presentando la demandante para laborar y de las limitaciones para el desempeño de sus labores en condiciones normales, lo cual desde luego, era de conocimiento de la empleadora.

Además, es necesario resaltar que la estabilidad laboral es de especial importancia cuando el empleado se halla en una “situación de debilidad manifiesta”, como en este caso en que la actora estaba a la espera de la realización de una cirugía que le permitiera recuperar su salud y no existía una causa relevante que justificara el despido, pues según lo manifestado por la representante legal, la causa para terminar el contrato era que no necesitaban de sus servicios.

No obstante, como la demandante manifestó en el interrogatorio de parte que se encuentra vinculada laboralmente con otra empresa desde marzo de 2018 y que con

posterioridad a la cirugía y a su ingreso laboral no ha tenido incapacidades por este motivo, aunque para el momento en que rindió el interrogatorio también se encontraba en incapacidad por un accidente con un bus en diciembre de 2019, se entiende que ello no hace relación a la enfermedad que padecía cuando laboraba para la demandada y por tanto con la cirugía realizada habría recobrado su salud y su capacidad para laborar, por lo que no sería procedente el reintegro en la forma solicitada, puesto que desde marzo de 2018 no se encuentra afectada su salud ni desempleada y el objeto de la estabilidad laboral reforzada por salud es contrarrestar los efectos negativos generados por su condición, haciendo posible su participación en las actividades de la sociedad. Lo anterior, no sucede en este caso, por lo menos desde su ingreso a la fuerza laboral, esto es, desde el mes de marzo de 2018 en que la trabajadora ya había recuperado su salud y estaba laborando con otra empresa, razón por la que, considera la Sala que no procede el reintegro puesto que la demandante se encuentra laborando para otra empresa, pero sí la declaratoria de ineficacia del despido y el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales desde la fecha del despido (5 de septiembre de 2016) hasta la fecha en que se vinculó laboralmente con la otra empresa (marzo de 2018), para lo que se tomará como fecha final el 30 de marzo de 2018 pues no se determinó la fecha exacta de la nueva vinculación y para ello se debe tomar en cuenta el salario devengado de \$750.000 indicado en la sentencia de primera instancia.

En consonancia con lo anterior, se modificarán los ordinales primero y segundo de la sentencia recurrida para en su lugar declarar improcedente del reintegro por los motivos expuestos, confirmar la ineficacia del despido con el pago de los salarios y prestaciones desde el despido, 5 de septiembre de 2016 hasta el 30 de marzo de 2018 y confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

Costas. - Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que el reintegro de la trabajadora al cargo que venía desempeñando es improcedente conforme a lo expuesto anteriormente y confirmar la decisión en relación con la ineficacia del despido.

SEGUNDO. - : MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia recurrida en cuanto CONDENAR a la demandada al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por la demandante desde la fecha del despido, 5 de septiembre de 2016 hasta el 30 de marzo de 2018, conforme a las motivaciones anteriores.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de septiembre de 2020.

CUARTO: COSTAS Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE STELLA ROMERO PERDOMO CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. Rad. 2017 – 00626 01. Juz. 26.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

STELLA ROMERO PERDOMO demandó al HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL ESE hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 159 a 162.

- Contrato de trabajo desde el 3 de agosto de 2004 hasta la presentación de la demanda.
- Se declare que tiene la categoría de trabajador oficial.
- Se declare la responsabilidad en el pago de las condenas impuestas al Hospital Meissen hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
- Se condene a la demandada a pagar las diferencias salariales entre los camilleros trabajadores de planta y las pagadas a la demandante
- Cesantías, intereses a las cesantías, prima de antigüedad, vacaciones, prima de navidad, prima semestral, vacaciones.
- Aportes a seguridad social integral
- Devolución de los descuentos debidamente indexados
- Auxilio de transporte, auxilio de alimentación
- Indemnización por terminación unilateral y sin justa causa
- Indemnización moratoria
- Sanción de la Ley 52 de 1975
- Beneficios convencionales
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 154 a 159. Manifiesta que ha laborado de manera constante con la demandada desde el 3 de agosto de 2004 como camillera mediante contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos y habituales sin interrupción y el último salario devengado es la suma de \$1.009.800. Que laboró desde el 1º de noviembre de 2011 al 26 de enero de 2012 aunque no figuran en las certificaciones laborales. Manifiesta que el horario de trabajo era de 7 am a 1 pm, con descanso cada 15 días, conforme a las planillas de turno.

Manifiesta que cumplió las funciones de traslado de pacientes, entrega de muestras de laboratorio clínico, reclamar resultados, medicamentos de acuerdo a la fórmula médica, registro de traslado de pacientes y otros establecidos por el sistema de gestión de la demandante, recibiendo ordenes de sus superiores y realizando la labor de manera personal, ya que no podía delegar las funciones asignadas y debía pedir autorización a su jefe inmediato para ausentarse de su puesto de trabajo y utilizando las herramientas dadas por la demandada. Señala que había personal de planta que desempeñaba las mismas funciones que ella y eran beneficiarios de la convención colectiva.

Que la demandada exigía a la trabajadora afiliarse como trabajadora independiente al sistema de seguridad social y le descontaba en cada pago la retención en la fuente y el impuesto del ICA y no le reconocieron prestaciones sociales ni vacaciones por lo que presentó reclamación el 5 de mayo de 2016 respondida en forma negativa el 24 de junio de 2016.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad el 5 de marzo de 2018, notificada la demandada y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado, contestó la demandada en los términos del escrito visible a fls. 192 a 208.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó el cargo desempeñado, la contratación mediante contrato de prestación de servicios, los descuentos de retención en la fuente y el ICA; que los trabajadores de planta son beneficiarios de la convención colectiva, que no le cancelaron prestaciones sociales; que presentó reclamación y la negativa a reconocer las prestaciones y negó los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación

contractual con la actora no era de naturaleza laboral. Buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 3 de agosto de 2004 al 31 de octubre de 2011, ostentando la demandante la calidad de trabajadora oficial. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó a la demandada al pago del porcentaje correspondiente al empleador por el periodo laborado. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y la condenó al pago de las costas del proceso.

Manifestó la juez A-quo en la sentencia, que debía tenerse en cuenta si la trabajadora era empleada pública o trabajadora oficial, conforme a la jurisprudencia sobre el tema y revisados los contratos suscritos entre las partes encontró que la actora en los primeros contratos tenía como funciones las de aseo y limpieza del edificio y posteriormente desempeñó otras funciones por lo que consideró no probada la calidad de trabajadora oficial durante ese periodo de tiempo aunque si prestó servicios a la demanda pues si bien suscribió nuevos contratos como camillera en ellos se incluyeron funciones de enfermería y asistenciales, por ello solo ostentó la calidad de trabajadora oficial hasta el 31 octubre de 2011 pues hasta entonces ejecutó labores propias del mantenimiento de la planta hospitalaria. En consecuencia, declaró que la actora estuvo vinculada como trabajadora oficial desde el 3 de agosto de 2004 hasta el 31 de octubre de 2011 y analizada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, resaltó que como la demandante presentó la reclamación administrativa el 20 de enero de 2017 se encontraban prescritas las acreencias laborales reclamadas salvo para los aportes a seguridad social en pensiones y por ello condenó a la demandada al pago de los aportes correspondientes al empleador por dicho periodo con los intereses de mora, tomando como salario el obrante a folios 94 y 95 y absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Recurso de apelación

Parte actora.- El apoderado de la parte actora interpuso recurso parcial de apelación para lo que manifestó que existió un error al estimar que la demandante prestó sus servicios como camillera del 2004 al 2011 cuando se demostró en el

proceso que hasta el fin del vínculo laboró como camillera conforme a los contratos de prestación de servicios como los que obran a folios 90 a 92 en donde las partes acordaron conforme a la cláusula segunda a cumplir las actividades de traslado de pacientes de la institución, por lo que su actividad principal era la de camillera hasta el fin del vínculo (fl. 75, 81 a 83 y 87) y se suscribieron otros contratos donde la labor principal fue la de trasladar pacientes como camillera, lo que no fue tenido en cuenta por el despacho y por ello se debía establecerse que todo el tiempo se desempeñó como camillera y no había lugar a la prescripción.

Que en el expediente aparecen todos los contratos en los que se debe revisar la existencia del periodo en que se indica no prestó sus servicios y se aplique la convención colectiva de trabajo. Señala que conforme a la certificación (fl. 55) dice que realizó actividades como camillera y en las certificaciones vistas a folios 56 y 57, la entidad dice que prestó servicios en el área de enfermería, pero no dice las actividades que desarrolló, por lo que solicita se condene a la demandada a todas las pretensiones de la demanda.

Parte demandada.- No interpuso recurso de apelación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide se modifique el fallo proferido en lo relativo a la prescripción que se dictó en el proceso, debido a que la actora laboró ininterrumpidamente con las mismas funciones hasta el año 2016, demandando en el año 2018 por lo que estaba dentro del término, lo que daría lugar al pago de las prestaciones sociales, las sanciones correspondientes por este periodo y así mismo la aplicación de la convención.

Parte demandada: Solicita se nieguen las pretensiones incoadas en su contra y sea absuelta debido a que no demostró la parte actora tener la calidad de trabajadora oficial pese a tener una labor de carácter administrativo, y que el caso pertenece a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Dice igualmente que no se probó la subordinación en este caso y que solo hubo una coordinación de actividades; que tampoco se demostró que las actividades de la demandante se asemejen a las del personal de planta de la entidad y que no presentó la acción dentro de los 3 años siguientes a la relación contractual lo que da lugar a la aplicación de la prescripción.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

Parte demandante.

La parte actora interpuso recurso parcial de apelación para lo que manifestó que existió un error al estimar que la demandante prestó sus servicios como camillera del 2004 al 2011 cuando se demostró en el proceso que conforme de los contratos obrantes a folios 75 a 92 realizó esta labor hasta el fin del vínculo, por lo que al ser su actividad principal la de camillera no había lugar a la prescripción. En relación con el periodo de tiempo que el juzgado no encontró acreditado considera que debe revisarse la documental aportada donde aparecen todos los contratos y la base de datos de los camilleros de la entidad y si bien a folios (fl. 55 a 57) obran unas certificaciones que dicen que realizó actividades en el área de enfermería no dice las actividades que desarrolló, por lo que sus actividades fueron como camillera y en consecuencia se deben reconocer las pretensiones reclamadas y aplicar la convención colectiva de trabajo.

Así las cosas, lo que pretende el recurrente es que se estudien las pretensiones con base al estatus de trabajadora oficial que tienen los camilleros en las entidades oficiales según la Resolución 012 de 2012, para lo cual se hace necesario que se acredite por la parte demandante la calidad de trabajadora oficial de acuerdo a las funciones desempeñadas.

La parte actora manifestó en su escrito de demanda que trabajó con la entidad demandada como camillera desde el 3 de agosto de 2004 hasta la fecha de presentación de la demanda y en el hecho 12 (fl. 155) indica que sus labores eran las siguientes: "*Traslado de pacientes conforme a las normas establecidas en la institución, entrega de muestras al laboratorio clínico, reclamar los resultados y medicamentos de acuerdo a las fórmula médica expedida por el médico tratante, llevar registro de traslado de patient4es, responder por los elementos entregados para el desempeño de la actividad, diligenciar de manera clara, precisa y oportuna los elementos que sean encomendados para el ejercicio de su actividad, reportar oportunamente las anomalías en la prestación del servicio, colaborar con las actividades intra y extra hospitalaria para el desarrollo de programas de salud, dar cumplimiento a las políticas,*

procesos y procedimientos establecidos por el sistema de gestión de calidad del hospital, entre otros procedimientos.”, que son textualmente las funciones que se encuentran establecidas en el manual específico de funciones y competencias laborales aportado por la demandada y que en lo correspondiente se observa a folio 268 a 275.

En consonancia con lo anterior, lo primero que debe analizar la Sala es si acreditó en el proceso que la actora tenía la calidad de trabajadora oficial, toda vez que por regla general, las personas que laboran al servicio de las empresas sociales del Estado como es el caso del demandante, son empleados públicos y por vía de excepción, son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, por lo que la actora debe probar que las funciones que cumplía estaban relacionadas los conceptos de «mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales».

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL18413-2017 reitera los conceptos ya fijados sobre lo que debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», donde explica que los servicios generales son aquellos esencialmente destinados para mantener las instalaciones de una institución gubernamental en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rad. N.º 36668 del 29 de junio de 2011 señaló: *"El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría. Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, aseo en general y las propias del servicio doméstico..."*

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala en el párrafo que *"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo."*

Se entiende conforme a la sentencia citada, que corresponden al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría. Y por actividades de servicios generales las que tienen un predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades.

En relación con los cargos asistenciales ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1218 de 2019 lo siguiente:

"Asimismo, se ha fundamentado en que la labor asistencial tratándose de los servicios de salud, trasciende más allá de las labores de mantenimiento y asepsia de la planta física, de ahí que incluya todo el acompañamiento técnico-administrativo que fortalece cabalmente la prestación de los servicios. En tal sentido, las «labores incluso como el traslado de pacientes y la participación en actividades de orden y asepsia clínica en el servicio tampoco pueden ser ajenas al área asistencial», lo anterior porque al tenerse al ser humano como el eje esencial de este tipo de servicios, la profesionalización que se exige tanto del cuerpo médico como el de enfermería se ha extendido hacia el personal asistencial que está presente desde la antesala administrativa, los diagnósticos, los procedimientos, los tratamientos e intervenciones, los post-clínicos, los post-terapéuticos, hasta la salida o dada de alta de los usuarios. Así las cosas, y como la actividad desarrollada por el actor, no está relacionada con aquellas de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, considera la Sala que, resulta equivocada la conclusión a la que llegó la A quo, pues el demandante no puede ser catalogado como trabajador oficial, porque su labor encuadra en una de carácter asistencial, en donde se encarga del traslado de pacientes en estado crítico, urgente o limitado, lo cual exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria, siendo necesario tener capacitación en la materia."

Conforme a la citada sentencia, se observa que se aportaron al proceso no solo los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante sino también las certificaciones expedidas por la Sub Directora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel E.S.E (fl.55 a 57) conforme a las cuales se certificó que la demandante se desempeñó como "camillera" desde el 3 de agosto de 2004 hasta el 31 de octubre de 2012 y que laboró en el área de enfermería hasta el 30 de abril de 2016 (fl. 55 a 57) sin que se indique que funciones realizaba en el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2012 y el 30 de junio de 2016, por lo que se pasa a revisar los contratos aportados.

Conforme a los contratos suscritos entre las partes y que obran a a folios 58 a 65, 70 a 77 lo primero que se debe señalar es que no en todos se indica el cargo desempeñado por la actora, pero conforme a las cláusulas primera "obligaciones generales" o segunda "actividades del contratista" se puede establecer que la trabajadora realizaba las siguientes funciones: *"asear y desinfectar las instalaciones que le sean asignadas aplicando las normas y procedimientos establecidos para el área; realizar toda clase de labores de limpieza en pisos, baños, ventanas, paredes, muebles de cocina, máquinas y equipos sencillos; recolectar desechos de materiales provenientes de laboratorios, cocina, talleres, jardines y demás dependencias de la institución; responder por los elementos, instrumentos y equipos entregados para el desempeño de sus actividades; efectuar recolección de material reciclable proveniente de las diferentes áreas del hospital, participar en las brigadas especiales de fumigación y desinfección que se desarrollen en el Hospital; responder por los elementos entregados para el desempeño de las actividades; cumplir con los procesos y técnicas establecidos en el área para un manejo y disposición final de los residuos hospitalarios acorde a la normatividad vigente de la gestión ambiental; detectar necesidades de insumos de limpieza, desinfección y hacer la solicitud; reclamar los elementos de aseo entregados por el coordinador; participar en jornadas de capacitación, inducción, reuniones y eventos que le sean asignados por su coordinador; realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerce el control del contrato acordes con el objeto."*

Por otra parte, conforme a los contratos que obran a folios 68 a 69, 78 a 92 se encuentran incluidas dentro al sus funciones las de *"cubrir las actividades adicionales por el plan de contingencia a que haya lugar; notificar y registrar la solicitud de interconsulta; tener disponibilidad para prestación de servicio de salud de acuerdo a las necesidades del servicio; registrar las pertenencias de los pacientes en el libro correspondiente con su formato asignado; realizar diariamente el inventario de equipos y materiales de servicio dejando registro de este e informar de aquellos que no están prestando el adecuado servicio; participar en las actividades programadas la brigada de emergencia del Hospital o de la Secretaría Distrital de salud, para el fortalecimiento del sistema de emergencia local. Cumplir con los lineamientos del nuevo Código de Procedimiento Penal en los relacionado con el manejo de los elementos de prueba en el Hospital; Participar activamente y reportar las novedades sobre el proceso de "cadena de custodia"; participar en las actividades programadas dentro del proyecto del SENA "INNOVAR" e implementar las medidas de mejoramiento, propuestas durante y al finalizar el mismo."* Específicamente en los contratos que obran a folio 78 a 92 se indica dentro de las funciones desempeñadas las de *"proporcionar cuidados especiales a los pacientes de toracotomía, amputados, contaminados, cirugía general y ortopedia; realizar los cuidados propios de enfermería según las normas de la institución y el ejercicio propio de la enfermería; informar al médico y a la jefe de enfermería sobre manifestaciones del paciente acerca de efectos secundarios de medicamentos ingeridos; dar apoyo a la familia*

durante la muerte y/o a pacientes en estado terminal; diligenciar adecuadamente toda la papelería que sea de su competencia tanto en lo asistencial como en lo administrativo”.

Así las cosas, no queda duda que durante el periodo posterior al 31 de octubre de 2011 las actividades que la actora desarrolló no estaban relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales sino con enfermería y servicios asistenciales y por lo tanto no puede ser catalogada como trabajadora oficial, toda vez que las funciones que cumplía eran de “proporcionar cuidados especiales a los pacientes de toracotomía, amputados, contaminados, cirugía general y ortopedia; realizar los cuidados propios de enfermería según las normas de la institución y el ejercicio propio de la enfermería; informar al médico y a la jefe de enfermería sobre manifestaciones del paciente acerca de efectos secundarios de medicamentos ingeridos”, labores que exigen tener conocimientos de los servicios de salud que resultan necesarios para este tipo de labor y en esa medida, no tenía la calidad de trabajadora oficial como lo pretende en la demanda y en consecuencia se debe confirmar lo indicado respecto al contrato declarado en el numeral primero de la sentencia impugnada.

Ahora en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, es claro que al haber sido probada la relación laboral en calidad de trabajadora oficial entre el 3 de agosto de 2004 y hasta el 31 de octubre de 2011 conforme a las pruebas mencionadas, se encuentra prescritas las acreencias laborales causadas durante dicho periodo, sin que se puedan tener en cuenta los contratos suscritos con posterioridad hasta el 30 de abril de 2016, pues si bien es cierto que prestó sus servicios con posterioridad, también lo es que conforme a sus funciones no tuvo la calidad de trabajadora oficial y por lo tanto no se pueden tener en cuenta para este efecto.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de marzo de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como costas en derecho.

Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA, GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ, DANY PINO BEJARANO contra OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Rad. 2016 - 00375 - 02. Juz. 35.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA, GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ y DANY PINO BEJARANO demandaron a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO para que se profieran las declaraciones y condenas que a continuación se determinan:

CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA solicita las siguientes pretensiones (fls. 7 a 10)

- Declaración de la existencia de una relación laboral entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015 con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. o en subsidio se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que fungió como intermediaria Optimizar Servicios Temporales S.A.
- Como consecuencia se ordene el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones.
- Indemnización moratoria art. 65 C.S.T.
- Indexación
- Responsabilidad solidaria.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ solicita: (fls. 11 a 14)

- Declaración de la existencia de una relación laboral entre el 19 de enero y el 30 de septiembre de 2015 con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. o en subsidio se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que fungió como intermediaria Optimizar Servicios Temporales S.A.
- Como consecuencia se ordene el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones.
- Indemnización moratoria art. 65 C.S.T.
- Indexación
- Responsabilidad solidaria.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

DANNY PINO BEJARANO pretende: (fls.74 a 78)

- Declaración de la existencia de una relación laboral entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015 con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. o en subsidio se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que fungió como intermediaria Optimizar Servicios Temporales S.A.
- Como consecuencia se orden el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones.
- Indemnización moratoria art. 65 C.S.T.
- Indexación
- Responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a continuación:

CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA (fl. 19 a 21) señala que entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se suscribieron los contratos de prestación de servicios Nos. 275 de 2014 y 147 de 2015 para el suministro de personal en misión a fin de cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, y en cumplimiento de esos contratos se vinculó a la demandante mediante contrato de obra o labor entre el 1º de diciembre de 2014 y hasta el 30 de septiembre de 2015 enviada como trabajadora en misión al Fondo Nacional del Ahorro Sede Principal para desempeñar el cargo de Administrativo I con funciones que corresponden al giro normal de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro, que no eran de carácter temporal y con un salario de \$2.000.000. Que Optimizar Servicios Temporales mediante comunicación escrita terminó el contrato de trabajo y no le cancelaron las prestaciones que reclama. Que

una vez entró en Reorganización empresarial la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. reconoció dentro de sus pasivos el pago a la demandante, pero no presentó fórmula de cancelación, como tampoco el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

En igual sentido se indica en los hechos de la demanda que los demandantes GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ y DANNY PINO BEJARANO fueron vinculados por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y enviados como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Manifiesta que desempeñaron el cargo de Comercial IV con un salario de \$1.300.000, la primera de ellas desde el 19 de enero de 2015 y el segundo desde el 1º de diciembre de 2014 cuyos contratos terminaron el 30 de septiembre de 2015 (fls. 21 a 27)

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad; notificadas las accionadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, corrido el traslado respectivo, las demandadas contestaron en los siguientes términos:

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en liquidación judicial (fl. 222 a 242, 261 a 263)

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la suscripción de los contratos con el Fondo Nacional del Ahorro y la vinculación de los demandantes mediante contratos de obra o labor, así como los extremos de estos, el salario y los cargos desempeñados; igualmente aceptó la existencia de la reorganización de la empresa y posterior liquidación judicial y que los créditos laborales fueron incluidos en el proceso de reorganización. Indicó que se afectó la póliza para el pago de salarios y prestaciones sociales de los demandantes. Negó los demás hechos o manifestó que no le constaban.
- Formuló como excepciones de mérito las de existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales adeudadas objeto de la demanda y la genérica.

Por su parte el FONDO NACIONAL DEL AHORRO al contestar la demanda: (fl.101 a 154 y 252 a 257)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda

- Aceptó los hechos relacionados con los contratos suscritos con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES para suministro de personal y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos expuestos para cada uno de los demandantes.
- Propuso como excepción previa la de falta de competencia (fl. 153 a 154) y como excepciones de fondo las de carencia de causa y de objeto, inexistencia de la relación laboral, buena fe, ausencia de responsabilidad, carencia de solidaridad y la genérica.

Solicitado el llamamiento en garantía fue negado en primera instancia mediante auto del 18 de abril de 2018, decisión contra la que se interpuso recurso de apelación que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el 19 de junio de 2018 (fl. 323 a 324)

Al momento de la fijación del litigio el apoderado de los demandantes manifestó que los actores habían recibido el pago de las prestaciones sociales, quedando únicamente pendiente de resolver la pretensión de reconocimiento de la indemnización moratoria.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual la cual declaró la existencia del contrato de trabajo entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y los demandantes de la siguiente manera:

- Con CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015
- Con GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ entre el 19 de enero y el 30 de septiembre de 2015
- Con DANY PINO BEJARANDO entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015.

Condeno a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a los demandantes la indemnización moratoria de la siguiente manera:

- A CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA \$48.000.000 más \$65.642 por intereses moratorios.
- A GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ \$31.200.000 más \$66.016,33 por intereses moratorios.
- A DANY PINO BEJARANO \$31.200.000 más \$50.933,67 por intereses de mora.

ABSOLVIÓ al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de todas las pretensiones de la demanda y CONDENÓ en costas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN.

El A-quo llegó a esta determinación por encontrar probado que los demandantes tuvieron contratos con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES por los periodos que se indican en la demanda y que las prestaciones que se reclamaban en la demanda fueron canceladas por la aseguradora CONFIANZA S.A. a cada uno de los demandantes, lo cual fue manifestado por la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en la contestación de la demanda. En cuanto a la indemnización moratoria consideró que se debe tener en cuenta la buena o mala fe en el actuar del empleador y en este caso la empleadora se encontraba en reorganización empresarial por lo que conforme a las sentencias 37493/11 y 16884/16 esta situación no la excluía del pago de la indemnización moratoria pues la Ley 1116/06 no le impedía efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales derivados de la existencia de un vínculo laboral que corresponde al giro ordinario de su actividad. Señaló que como SEGUROS CONFIANZA S.A. efectuó el pago en octubre y noviembre de 2017 debía condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria hasta la fecha en que entró en liquidación OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., esto es, el 16 de noviembre de 2016 y no hasta el momento en que entró en reorganización empresarial 15 de febrero de 2016. Respecto la solidaridad señaló que al mantener la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. la calidad de empleador como empresa temporal no procedía la solidaridad del FONDO NACIONAL DEL AHORRO por cuanto la E.S.T. cumplió con los requisitos establecidos en la ley, ya que no superó el término de contratación de 6 meses prorrogables por 6 meses más.

Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante argumenta que se debe tener en cuenta la existencia del contrato realidad y no absolver al FONDO NACIONAL DEL AHORRO pues la relación de trabajo se disfrazó a través de una empresa de servicios temporales y la verdadera motivación para la contratación de los demandantes no se cuestionó al FNA, quien no probó los motivos por los que fueron vinculados los demandantes y los testigos manifestaron que fueron vinculados en labores de carácter permanente dada la necesidad que tiene el FNA de personal, toda vez que no puede contratar empleados de planta y que conforme al contrato corresponden al crecimiento y expansión del FNA, por lo que considera se debe condenar al FNA en forma solidaria al pago de la indemnización moratoria.

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES señaló que a los demandantes les cancelaron las prestaciones en cumplimiento de la afectación de las pólizas, lo que fue ordenado por el Ministerio de Trabajo en virtud del trabajo mancomunado de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con el MINISTERIO DEL TRABAJO. Indicó que al existir la reorganización de la empresa no podía efectuarse pago alguno que no fuera ordenado en el concurso, por lo que la moratoria debía tener como fecha de terminación el 15 de febrero de 2016, fecha en que entró en reorganización con lo que se acredita que no existió mala fe y por ello se debe absolver a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES de la condena impuesta con posterioridad al inicio de la reorganización empresarial.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada: solicita el Fondo Nacional del ahorro se confirme el fallo proferido debido a que no existe una causa legal probada en el proceso, en razón a que la entidad no es la que tiene un vínculo laboral con los actores y no se presentan los requisitos exigidos para la materialización del contrato realidad..

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", y en consecuencia se analizará en primer lugar la inconformidad presentada por la parte actora en relación con el incumplimiento de los requisitos para la contratación a través de empresas de servicios temporales por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y la correspondiente solidaridad en el pago de la indemnización moratoria y posteriormente, se estudiará lo relacionado con la inconformidad de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES respecto el extremo final de la condena al pago de la indemnización moratoria impuesta.

Legalidad de la Contratación con E.S.T.-

La parte demandante considera que la relación de trabajo se disfrazó a través de una empresa de servicios temporales y que los testigos manifestaron que fueron

vinculados por razones diferentes a las establecidas en el artículo 77 de la Ley 50/90 en labores de carácter permanente.

De acuerdo con la demandada, la pretensión principal era la declaratoria de la existencia de un contrato con la EMPRESA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES o en subsidio se declarara la existencia de un contrato con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. era una simple intermediaria para que como consecuencia se condenara al pago de la indemnización moratoria, toda vez que los demandantes desistieron de la condena al pago de las acreencias laborales que se reclamaban en la demanda por haber recibido su pago por parte de CONFIANZA S.A.

Así las cosas, se analizará si es legal la contratación de los demandantes, para lo que en primer lugar se ha de tener en cuenta que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, establece que:

"Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador". Las empresas usuarias únicamente pueden contratar trabajadores en misión por medio de las empresas de servicios temporales, conforme con el artículo 77 de la citada Ley, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más, cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más."

En igual forma el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 dispone:

"Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo. 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más. Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa

usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.”

En el caso en estudio no fueron objeto de controversia los extremos de la relación laboral de cada uno de los demandantes tal y como fue declarado en la sentencia recurrida, y en consecuencia tenemos que los demandantes estuvieron vinculados a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y que prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de la siguiente manera:

- CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015 (10 meses)
- GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ entre el 19 de enero al 30 de septiembre de 2015 (8 meses 11 días)
- DANNY PINO BEJARANO entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015 (10 meses)

De lo anterior se concluye que la contratación de ninguno de los tres demandantes superó el término en las normas citadas, esto es no superaron los seis meses prorrogables por 6 meses más (12 meses), por lo que este requisito se encuentra cumplido.

Ahora en relación con las labores desempeñadas el testigo NICOLAS CASTRO, manifestó conocer a DANNY PINO BEJARANO que laboró con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO a través de diferentes empresas de servicios temporales como TEMPORAL UNO A, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, ACTIVOS y ASESORIAS Y SERVICIOS mediante contrataos de obra o labor, que laboró desde mayo o junio hasta septiembre de 2015 laboró con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y que la labor terminó con carta que recibió por correo electrónico, que su cargo era de asesor comercial externo o Comercial IV, que no hacía parte de la planta del FNA, cree que el salario eran 2 salarios mínimos; señala que visitaba entidades para el tema de captación de clientes, que es una labor permanente del FNA durante el año y era externo a la oficina pero debía ir cada vez que se le requería. Sabe que no le cancelaron las prestaciones porque OPTIMIZAR entró en quiebra en septiembre de 2015 y por eso el FNA terminó el contrato con OPTIMIZAR.

OSCAR ELIECER CARCAMO GOMEZ manifestó conocer a GLORIA ESTELLA ESCOBAR como asesor comercial con el Fondo Nacional del Ahorro a través de una empresa de servicios temporales; dice que tiene demanda contra el F.N.A igual que la demandante y que ella ingresó el 19 de enero de 2015 como asesor comercial en Medellín; que empezaron con OPTIMIZAR y luego con otras temporales y

actualmente están vinculados con el FNA. Que les pagaron las prestaciones sociales, pero no los intereses ni la moratoria. Señala que la demandante se dedica a captar activos, ahorro voluntarios y créditos, pero no conoce que existan asesores comerciales de planta en el FNA

Así las cosas, es claro que los demandantes se desempeñaban como "Administrativo I y Comercial IV", lo que fue aceptado por la E.S.T. y es acorde con los contratos de trabajo (fls. 244 a 250). Si bien es cierto estos cargos no figuran en la planta del FNA, es necesario señalar que el FNA es una 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 que tiene como objeto administrar las cesantías de los trabajadores afiliados y contribuir a la solución de vivienda y educación de los afiliados. Entre sus funciones se encuentran las de *"a) Recaudar las cesantías de los afiliados de acuerdo con las disposiciones vigentes; b) Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a los afiliados; c) Proteger dicho auxilio contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley; d) Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, para lo cual podrá celebrar convenios con las Cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales. Para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda."*

Las demandadas suscribieron los contratos No 275 de 2014 y 147 de 2015 que tenían como 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 EN ARMONÍA CON EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y LA PLANEACIÓN ESTRATÉGICA 2015-2019".

Así las cosas, se tiene que los demandantes realizaron actividades normales de la empresa usuaria, en los cargos de "Administrativo I y Comercial IV" de conformidad con los contratos de trabajo por duración de obra o labor determinada para personal en misión, para realizar las actividades operativas y administrativas que corresponden a las actividades normales del FNA, esto por cuanto fueron vinculados dentro del programa de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro en armonía con el Plan Nacional De Desarrollo y la Planeación Estratégica, labores que no encuadran dentro de las causas para contratación de servicios temporales que

se establecen en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 ni en el artículo 6º del Decreto 4369 de 2006.

Por lo anterior, es de recibo lo manifestado por la parte demandante en cuanto a que la contratación no cumplió con los requisitos de las normas que regulan la materia, pues si bien en este específico asunto no se superó el término de vinculación establecido en las normas antes citadas, lo cierto es que se vinculó personal por intermedio de la EST para satisfacer una necesidad propia y permanente del FNA, la que sin duda alguna, se requiere para dar cumplimiento a su objeto y al plan de expansión de la entidad, por lo que no son extrañas al giro ordinario de sus negocios y contarían abiertamente no solo el fin de las empresas de servicios temporales sino lo dispuesto en el Decreto 4369/06 Artículo 6º que dispone que "Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo," y el artículo mencionado señala que es trabajo ocasional o transitorio es el de corta duración que "se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador".

Las E.S.T. no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir al personal que se requiere de carácter permanente, sino para cumplir actividades excepcionales y de manera temporal, razón por la que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 del C.S. del T., que dispone que "... el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el pago de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores..." se debe condenar al FNA al pago en forma solidaria al pago de la condena impuesta a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES. Así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-4330 del 21 de octubre de 2020.

En consecuencia, se modificará la decisión tomada por el A-quo en el sentido de declarar la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro respecto de la condena impuesta a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES por concepto de indemnización moratoria.

Indemnización moratoria.- Es objeto de inconformidad por parte de la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. por considerar que a los demandantes les cancelaron las prestaciones en cumplimiento de la afectación de las pólizas, en virtud del trabajo mancomunado de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con el MINISTERIO DEL

TRABAJO. Indicó que al existir la reorganización de la empresa no podía efectuarse pago alguno que no fuera ordenado en el concurso, por lo que la moratoria debía tener como fecha de terminación el 15 de febrero de 2016.

Es necesario mencionar que a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores de las empresas en reorganización, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, tal como lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

Es de resaltar que para iniciar el proceso de reorganización, la empresa debe presentar ante la SuperSociedades los estados financieros básicos y el inventario de activos y pasivos con memoria explicativa de las causas de la insolvencia y flujo de caja para pagar y en el auto de iniciación de la reorganización se emiten órdenes para el deudor y se nombra un promotor quien será el encargado de adelantar las negociaciones, por lo que no puede considerarse que la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES conservó disponibilidad sobre bienes y dineros para ordenar el pago de los salarios y prestaciones a sus trabajadores.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso se encuentra acreditado que se realizaron por parte de la demandada y por el F.N.A. ante el Ministerio del Trabajo todos los trámites necesarios y correspondientes para afectar las pólizas tomadas para que la Aseguradora CONFIANZA S.A. realizara el pago de las prestaciones sociales, razón por la que los demandantes desistieron de las pretensiones relacionadas con el pago de acreencias laborales. Estas actuaciones permiten concluir que las demandadas actuaron de buena fe y en consecuencia la moratoria solo se debe imponer hasta la admisión del proceso de reorganización.

Lo anterior, por cuanto la situación aquí planteada es diferente a la que se analizó en las sentencias 37493/11 y 16884/16 que citó el A-quo en la sentencia recurrida ya que la afectación de la póliza requiere trámites ante el Ministerio del Trabajo que se venían adelantando desde antes de la expedición de la Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016 que declaró el siniestro de las pólizas y solo hasta el 27 de marzo de 2017 se profirió la Resolución 00922 que no repuso la decisión anterior y ordenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en liquidación, que allegara por intermedio de su liquidadora a seguros CONFIANZA el listado de los trabajadores en misión a quienes se debía cobijar y garantizar el reconocimiento y pago de la liquidación de las acreencias laborales; razón por la que considera la Sala no se observa mala fe de las demandadas y en consecuencia la condena al pago de la

indemnización moratoria debe ir hasta la fecha en que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. entró en reorganización empresarial, esto es hasta el 15 de febrero de 2016.

Por lo expuesto, se modificará el ordinal segundo de la sentencia apelada en cuanto a la condena de la indemnización moratoria de la siguiente manera:

- CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA desde el 30 de septiembre de 2015, fecha de terminación del contrato hasta el 15 de febrero de 2016, fecha de inicio de la reorganización empresarial (135 días), liquidada sobre el salario diario devengado de \$66.666,66 para un total de \$9.000.000
- GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ por el mismo periodo de 135 días sobre un salario de \$43.333.33 diarios, para un total de \$5.850.000
- DANY PINO BEJARANDO por el mismo periodo de 135 días sobre un salario de \$43.333.33 diarios, para un total de \$5.850.000

En concordancia con lo expuesto, se revocará el ordinal tercero para en su lugar condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago en forma solidaria de la indemnización moratoria y se modifica el ordinal cuarto en el sentido de condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO en forma solidaria al pago de las costas de primera instancia.

Costas. - Las de primera instancia se modifican. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – **MODIFICAR el ordinal SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de noviembre de 2019, en el sentido de CONDENAR en forma solidaria a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de la indemnización moratoria de la siguiente manera:

- CARMEN JEANINE PIMIENTA SIERRA por un valor total de \$9.000.000
- GLORIA ESTELLA ESCOBAR HERNÁNDEZ por un valor total de \$5.850.000
- DANY PINO BEJARANDO por un valor total de \$5.850.000

SEGUNDO.- REVOCAR el ordinal TERCERO para en su lugar CONDENAR al FONDO NACIONAL DEL AHORRO en forma solidaria al pago de la indemnización moratoria, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO. – MODIFICAR el ordinal CUARTO en cuanto a condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de las costas del proceso en forma solidaria.

CUARTO.- COSTAS Las de primera instancia se modificaron conforme al ordinal anterior. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN**