



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Eider Patiño Martínez
DEMANDADOS	Fondo Nacional del Ahorro Optimizar en Liquidación Activos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-001-2016-00628-01
TEMA	Responsabilidad solidaria, sanciones moratorias, indemnización por despido
DECISIÓN	Confirma, modifica y revoca sentencia

El quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **361** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **EIDER PATIÑO MARTÍNEZ** contra el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **ACTIVOS S.A.** con radicado **05-001-31-05-001-2016-00628-01**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

Con fundamento en el poder otorgado por el Fondo Nacional del Ahorro, se le confiere personería para actuar en este proceso en favor de los intereses de tal entidad a la sociedad COMJURÍDICA ASESORES S.A.S. A su vez, en los términos de la sustitución de poder presentada por esta última sociedad, se le reconoce personería para actuar en favor del Fondo Nacional del Ahorro al abogado GABRIEL JAIME MARTÍNEZ CÁRDENAS identificado con cédula de ciudadanía 2.775.741 y tarjeta profesional 31301 del Consejo Superior de la Judicatura.

- **PRETENSIONES:**

Aspira el demandante se declare que con Optimizar S.A. existió una relación laboral y que el Fondo Nacional del Ahorro es solidariamente responsable del pago de la cesantía, sus intereses, vacaciones, prima de servicios, sanciones moratorias de los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo e indemnización por despido sin justa causa. Asimismo, se declare que con Activos S.A. existió una relación laboral y que el Fondo Nacional del Ahorro es solidariamente responsable de las acreencias laborales adeudadas por concepto de indemnización por despido injusto.

- **HECHOS:**

Las anteriores pretensiones las fundamenta el demandante en los hechos siguientes: que laboró para la Empresa de Servicios Temporales Optimizar S.A. como trabajador en misión para el Fondo Nacional del Ahorro, en el cargo de Director Comercial, con una asignación salarial básica de \$4.000.000 más un promedio de comisiones de \$1.645.105, desde 12 diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015. Que Optimizar S.A. dio por terminada la relación laboral sin justa causa, aduciendo la finalización del contrato comercial con la empresa usuaria Fondo Nacional del Ahorro e invocándose la causal consagrada en el artículo 61 literal d), aunque no se refiere la norma. Que a los 4 días de finalizar la relación laboral, fue vinculado con la también Empresa de Servicios Temporales Activos S.A. para continuar prestando sus servicios en el mismo cargo y remuneración en el Fondo Nacional del Ahorro, con una asignación básica de \$4.000.000 desde el 1° al 5 de octubre de 2015, aduciéndose la terminación de la obra o labor determinada. Que Optimizar S.A. no le ha pagado las acreencias laborales causadas durante la relación laboral.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Fondo Nacional del Ahorro: se opuso a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones al indicar que el demandante fue vinculado por las Empresas de Servicios Temporales. Como excepciones de mérito propuso las que

denominó: prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de nexo causal entre los hechos alegados por el demandante y la calidad de usuaria del Fondo Nacional del Ahorro respecto de las empresas Optimizar Servicios Temporales S.A. y Activos S.A. e inexistencia de solidaridad.

Activos S.A.: reconoce la relación laboral que sostuvo con el demandante del 1 al 5 de octubre de 2015, en donde fue enviado en misión al Fondo Nacional del Ahorro. Que no le adeuda concepto laboral alguno al demandante. Como excepciones propuso: falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, pago y prescripción.

Optimizar S.A.: también aceptó la relación laboral que lo unió con el demandante, advirtiendo que envió a este en misión al Fondo Nacional del Ahorro. Que no han pagado las acreencias laborales porque este pago está sujeto a las reglas del concurso, por expresa disposición del artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, advirtiendo que serán pagado dentro del proceso de liquidación judicial en curso. Como excepciones propuso: existencia de procedimiento concursal especial, preferente y prevalente en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por el demandante, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la excepción genérica.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

Mediante sentencia del 7 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la relación laboral entre el trabajador EIDER PATIÑO MARTÍNEZ, con CC 71.315.583, y el empleador ACTIVOS S.A.S., con NIT 860.090.915-9 y representado legalmente por JUAN PABLO PASTRANA ÁLZATE, terminó durante el periodo de prueba.

SEGUNDO: ABSOLVER a ACTIVOS S.A.S. del pago de INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN INJUSTA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

TERCERO: DECLARAR que la relación laboral entre el trabajador EIDER PATIÑO MARTÍNEZ, con CC 71.315.583, y el empleador OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, con NIT 900.128.018-8 y representada legalmente por MARÍA CLAUDIA ECHANDÍA BAUTISTA entre el 12 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015 finalizó por la duración de la obra o labor contratada.

CUARTO: CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, a pagar al señor EIDER PATIÑO MARTÍNEZ la indemnización por falta de pago a la terminación del contrato prevista en el ar t 65 del C.S.T. en el siguiente valor:

A) La suma de \$96.000.000) por concepto de indemnización por falta de pago, liquidada entre el 1 ° de octubre de 2015 y el 30 de septiembre de 2017.

B) Entre el 1º de octubre y el 5 de octubre de 2017 se causaron intereses a la tasa máxima de créditos de libre asignación la suma de \$28.645

QUINTO: DECLARAR que FONDO NACIONAL DEL AHORRO, con NIT 899.999.284-4 y representado legalmente por MARÍA CRISTINA LONDOÑO JUAN, es solidariamente responsable de la indemnización por falta de pago.

SEXTO: CONDENAR en costas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO en un 50% a cargo de cada uno, y a favor de EIDER PATIÑO MARTÍNEZ. Se señalan agencias en derecho en la suma de \$3.840.000. se condena en costas al demandante a favor de ACTIVOS S.A.S., se fijan agencias en derecho en la suma \$908.526 para que sean incluidas en la liquidación que haga la secretaría del Despacho.

SÉPTIMO: DECLARAR próspera, de oficio, la excepción de FALTA DE CAUSA PARA PEDIR e impróspera la de PRESCRIPCIÓN propuesta por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO las demás excepciones implícitamente resueltas con los fundamentos de la presente decisión.”

- **APELACIÓN:**

La decisión anterior fue recurrida en apelación por las partes en los siguientes términos:

Demandante: mientras su inconformidad frente a dos aspectos de la sentencia. **i) sanción moratoria por no consignación de la cesantía al fondo.** Que en la sentencia se advirtió que no hubo buena fe por parte de Optimizar S.A., toda vez que a la ley de lo consagrado en el artículo 99.3 de la ley 50 de 1990, es deber de las empresas consignar la cesantía en un fondo, y que al no hacerse dentro del término legal da lugar a la causación de la indemnización moratoria. **ii) Indemnización por despido injusto por parte de Activos S.A.** Advierte que en la carta de terminación del contrato no se hace mención que este terminó por período de prueba, además de que este no fue un planteamiento presentado con la contestación de la demanda. Y que está claro que una vez le fue terminado el contrato fue reemplazado por otra trabajadora. Solicita que la sentencia sea revocada en tal sentido y que se condene en costas procesales a Activos S.A.

Optimizar S.A.: que desde el momento en que la empresa entró en **proceso de reorganización** quedó limitada para efectuar cualquier pago a los acreedores, entre ellos los laborales, por expresa disposición del artículo 17 de la ley 1116. Solicita que se tenga en cuenta la situación por la que está pasando la empresa desde el momento de ser admitida en proceso de reorganización y que desde este momento tuvo una limitación para el manejo de dineros que tenía en su momento, por lo que considera que no puede cuantificarse la sanción moratoria hasta la fecha en que recibió el demandante el pago de las acreencias laborales, sino que esta debió ser tasada hasta el 15 de febrero de 2016. Hizo alusión a sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 12 de marzo de 2016, radicado 2016-00503 y a la de radicado 20764 del 10 de octubre de 2003, aunque no mencionó la corporación que la profirió. Solicita como consecuencia se modifique la cuantía de la tasación de la sanción moratoria.

Fondo Nacional del Ahorro: que el vínculo laboral del demandante se dio con las empresas de servicios temporales y no con el FNA, por lo que aquellas son las verdaderas empleadoras. Acerca de la **responsabilidad solidaria** mencionó la sentencia del 24 de abril de 1997 de la Corte Suprema de Justicia, radicado 9435. Con relación a la responsabilidad solidaria, advierte que la ley laboral califica a las empresas de servicios temporales como empleadoras de los trabajadores en misión. Que el FNA cumplió con todas las obligaciones pactadas con las empresas de servicios temporales, por lo que se encuentra exenta de asumir alguna responsabilidad, solicitando como consecuencia se revoque la sentencia en su contra.

- **ALEGATOS:**

Activos S.A.: *“Como lo dijo la señora Juez, la terminación del contrato de trabajo entre ACTIVOS y el demandante se terminó dentro del período de prueba, por lo que conforme a la norma legal y a lo convenido en el mismo contrato, la empresa no tenía que invocar causal alguna para terminarlo (...) Entre el señor PATIÑO y ACTIVOS S.A., empresa de servicios temporales, en calidad de empleador, se celebró un solo contrato de trabajo, en la modalidad de escrito, contrato de trabajador en misión por el término estipulado en el contrato tipo, cuya cláusula regulatoria del plazo y periodo de prueba fue del siguiente tenor (...) No le asiste razón a la apoderada del demandante en su apelación sobre este punto, cuando aduce que la decisión de la señora Juez no es válida porque ACTIVOS no lo dijo así en la carta de terminación del contrato, sin que hubiere expuesto una razón legal ni jurídica para sustentar*

la apelación y fundamentar su punto de vista. En atención a que el 05 de octubre de 2015 se le notificó al demandante la terminación del contrato, en razón de la terminación del incremento de tareas administrativas para la cual había sido contratado, en aplicación a lo establecido en los artículos 45 y 61 literal d) del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, previa orden de la empresa USUARIA, se puso término al contrato suscrito entre las partes, en armonía con la cláusula segunda del mismo acuerdo contractual, razón por la cual se le efectuó al señor PATIÑO el pago de sus acreencias laborales, como lo reconoció el actor en su interrogatorio de parte. En razón del advenimiento de la causal de terminación del contrato de trabajo de que, trata el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, subrogado por el artículo 5 numeral 1, literal d) de la Ley 50 de 1990, no puede hablarse de terminación unilateral e injusta del contrato, como lo sostiene la parte actora y, por ende, el supuesto básico de sus pretensiones es inexistente. Además, en el interrogatorio de parte que se le formuló al demandante, el mismo informó haber suscrito contrato de obra y labor con ACTIVOS, como empresa usuaria el FNA, manifestó igualmente el conocimiento y existencia de la cláusula de la finalización de contrato por periodo de prueba sin lugar a indemnización. En consecuencia, no procede pues la pretensión de indemnización por la terminación del contrato que se reclama en el escrito de demanda en contra de mí representada, tal como lo consideró la señora Juez, por lo que reitero la solicitud para que se confirme la sentencia en cuanto se absolvió a ACTIVOS de las pretensiones de la demanda”

Demandante: “De acuerdo con la referenciada disposición las empresas usuarias son solidariamente responsables con las EST cuando las primeras contraten el suministro de personal de forma ilegal, lo cual, se configura en cualquiera de los 4 casos señalados en el artículo 20 del decreto 4369 de 2006, dentro de los que se destaca el numeral 3, que habla de aquellos eventos en los que se solicita trabajadores en misión indiscriminadamente, es decir, en aquellos casos distintos a labores ocasionales o transitorias, licencias, incapacidades, vacaciones o incrementos en la producción, el transporte o las ventas. Con base en el argumento expuesto se tiene que el presente asunto el Fondo Nacional del Ahorro abuso de la figura de intermediación laboral, a través de las Empresas de Servicios Temporales, toda vez que, mi mandante presto en calidad de trabajador en misión, sus servicios a favor del FNA, inicialmente por medio de optimizar S.A. y posteriormente con Activos S.A., sin que tales solicitudes por parte de esa entidad estuviera sustentada en alguna de las causales que habilitan el uso de trabajadores en misión, según se dispone en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 y el artículo 7 de la ley 50 de 1990. Nótese que el señor PATIÑO fue contratado por un periodo de 10 meses con las temporales OPTIMIZAR y posteriormente continuo con la temporal ACTIVOS, sin embargo, a pesar de haberse finalizado el vínculo, el cargo que el demandante desempeñaba (director Comercial), siguió siendo ejercido por otra persona, como trabajadora en Misión de la temporal ACTIVOS S.A., en este caso la señora PÉREZ RESTREPO. Lo anterior, demuestra que el Fondo Nacional del Ahorro, está abusando de la figura de intermediación laboral, al contratar trabajadores que necesita permanentemente, a través de empresas de servicios temporales, disfrazando las posibilidades contempladas en la ley, al reemplazar el personal, esto es cambiando a las personas, pero manteniendo el cargo de director Comercial, solo que lo ejecuta siempre a través de personal en misión con empresas de servicios temporales. Para el caso particular, tenemos que el señor PATIÑO,

laboro 10 meses en el cargo de director Comercial como trabajador en misión, y seguidamente, el mismo cargo fue provisto con la señora SANDRA CATALINA PÉREZ RESTREPO, dentro de los 10 días siguientes al retiro de mi mandante. Lo anterior demuestra que se trató de un simple cambio de un trabajador en misión por otro, siendo dicha maniobra demostrativa que la obra o labor para mi poderdante no había finalizado. Las circunstancias mencionadas, claramente demuestra un abuso del derecho por parte del fondo nacional del ahorro, y por tanto un evidente incumplimiento de las alternativas de intermediación laboral a través de empresas de servicios temporales, razón por la cual, al no sujetarse a dicha reglas de derechos, tal entidad (FNA) se hace solidariamente responsable de las acreencias adeudadas en favor de mi mandante por las temporales OPTIMIZAR S.A y ACTIVOS S.A., Artículo 20 Decreto 4369 de 2006 (...) Así mismo, manifiestan que el señor Eider fue reemplazado a los pocos días de haberse terminado su contrato con la EST Activos SA, por la señora Sandra Pérez, quien a su vez desempeño el mismo cargo de mi mandate, y esta última fue jefe del señor Alejandro Ocampo, debido a ello se encuentra demostrado que, la finalización del contrato de trabajo entre el señor Eider y la temporal Activos SA no obedeció verdaderamente a la terminación de la obra o labor, pues como ya se dijo, este fue reemplazado a los pocos días por la persona ya referenciada, quien se encargaría de continuar realizando las funciones de director comercial que ejecutaba el señor Patiño, por lo tanto la mencionada EST deberá reconocer la respectiva indemnización por despido sin justa causa. Obsérvese que en el contrato adjunto por activos SA con el FNA confirma que los servicios contratados no tenían una destinación temporal si no una necesidad permanente de suministrar mano de obra a favor del FNA para actividades que implicaban un prolongación indefinida en el tiempo. Finalmente, de acuerdo al actuar abusivo y fraudulento del FNA, y las temporales al suministrar trabajadores en misión sin apego a la ley, esto es, en alguna de las alternativa contemplada en los artículos 77 de la ley 50 de 1990 y 6 del Decreto 4369 de 2006, es que se hacen solidariamente responsables, es decir, la usuaria con las EST, según se establece de forma expresa en el artículo 20 parágrafo primero del decreto 4369 de 2006 en concordancia con el artículo 1568 del Código Civil (...) En conclusión, con el actuar de las demandadas está claro que han obrado de mala fe, por lo tanto solicito de manera respetuosa al Tribunal Superior de Medellín, se sirva confirmar la condena impuesta por el aquo a las demandadas por el pago de la indemnización moratoria. Al respecto es necesario destacar que la iliquidez o insolvencia de la EST no puede ser una limitante ni una justificación válida para desconocer los derechos laborales de mi mandante, tal y como así lo pretende la EST Optimizar SA al pretender que la indemnización moratorio sea únicamente hasta la fecha en que fue decretado el proceso de reorganización, ni mucho menos ello constituye un argumento válido para acreditar buena fe, toda vez, como ya se ha señalado a lo largo de los alegatos el actuar de la temporal y la usuaria fue fraudulento al usar los servicios de trabajadores en misión sin apoyo en algunas de la causales señaladas por la normatividad que regula esta actividad ni las demandadas desvirtuaron probatoriamente tal afirmación negativa indefinida sobre la que se basaron los hechos de la demanda. Frente a la iliquidez del empleador como argumento para desconocer la indemnización moratoria, la CSJ sala de casación laboral ha manifestado que tal argumento no es de recibo, pues con ello se estaría trasladando los riesgos del negocio a los trabajadores.”

CONSIDERACIONES:

Teniendo en cuenta que la sentencia fue recurrida en apelación por el demandante, Optimizar S.A. y el Fondo Nacional del Ahorro, resulta claro que el Tribunal apenas tiene competencia para revisar los puntos de inconformidad expuestos por los mandatarios judiciales conforme a lo regulado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal Trabajo y de la Seguridad Social.

No es objeto de discusión por las partes que el demandante fue contratado por Optimizar S.A. y Activos S.A., y a su vez enviado en misión para prestar su servicio en el Fondo Nacional del Ahorro.

De conformidad con la apelación formulada por las partes, el problema jurídico para resolver por esta Sala abarcará los siguientes temas: **i)** procedencia o no de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 99.3 de la ley 50 de 1990; **ii)** indemnización por despido injusto a cargo de Activos S.A.; **iii)** extremos de la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en atención al proceso de reorganización de la sociedad Optimizar S.A.; **iv)** responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro; y, **v)** costas procesales.

Procede en consecuencia esta Sala del Tribunal a resolver los problemas planteados.

i) Indemnización moratoria consagrada en el artículo 99.3 de la ley 50 de 1990

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en lo que se refiere a la imposición de las sanciones moratorias de que tratan los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99.3 de la ley 50 de 1990, advirtiendo que por tratarse de disposiciones de naturaleza eminentemente sancionadora su imposición no procede de manera automática, sino que debe analizarse las razones por las cuales el empleador incumplió con sus obligaciones, presumiéndose en todo caso la buena fe como principio constitucional, y en ese caso la imposición de la sanción solo procede si se acredita que el actuar estuvo prevalido de una intención fraudulenta.

También advirtió la Corte que para la imposición de la indemnización moratoria no se presume la mala fe del empleador; sin embargo, es este quien debe asumir la carga de demostrar que actuó sin intención fraudulenta. Véase al respecto la sentencia SL2258-2022:

“Adviértase en este punto, que es el empleador quien debe asumir la carga de demostrar que actuó sin intención fraudulenta, situación delimitada por esta Corporación en la sentencia CSJ SL3288-2021, donde se expuso:

[...] cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.”

Asimismo, ha indicado la Corte que esta sanción moratoria tiene lugar cuando no se realiza la consignación plena del auxilio o cuando este es parcial. Así se lee en sentencia SL2886-2022, en la que también explicó la forma como debe realizarse su liquidación:

“Así, en sentencia CSJ SL403-2013 esta Corporación señaló que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial. Por lo tanto, al demostrarse que, en los años 2007, 2008 y 2009 el empleador pagó al fondo de cesantías un valor inferior al debido, resulta procedente la imposición de la sanción en cita.

Y, en fallo CSJ SL3614-2020, se precisó que:

2.- De la sanción moratoria por no consignación de cesantías

Según el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el empleador que incumpla el plazo señalado para la consignación de cesantías «deberá pagar un día de salario por cada día de retardo».

Asimismo, en sentencia CSJ SL403-2013 esta Corporación señaló que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial. Por lo tanto, al demostrarse que en los años 2007, 2008 y 2009 el empleador pagó al fondo de cesantías un valor inferior al debido, resulta procedente la imposición de la sanción en cita.

Ahora bien, esta Sala ha explicado que la sanción analizada se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral, además el parámetro para su cómputo es el salario con el cual se liquida la cesantía (CSJ SL, 3 jul. 2013, rad. 40509; CSJ SL665-2013 y CSJ SL912-2013). (Subrayas de la Sala).”

Atendiendo a los principios que conforman la carga de la prueba, según lo señalado en el artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; asimismo, de conformidad con lo señalado en el artículo 164 de la misma codificación, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Los postulados anteriores, de la mano con la jurisprudencia citada, aplicados a este proceso significan que Optimizar S.A. estaba en la obligación de mostrar que actuó sin intención fraudulenta con relación a la consignación de la cesantía causada en el año 2014 a un fondo.

En el presente caso, Optimizar S.A. ampara su falta de pago en el hecho de haber entrado en proceso de reorganización empresarial; sin embargo, en esta clase de reorganización entró el 15 de febrero de 2016 y para el 17 de noviembre del mismo año la Superintendencia de Sociedades dio inicio al proceso de liquidación judicial, sin que pueda desconocerse que el límite temporal con el que contaba para consignar la cesantía causada del 12 al 31 de diciembre de 2014 era hasta el 14 de febrero del año siguiente.

Esta Sala no encuentra que el actuar de dicha sociedad esté revestido de buena fe, toda vez que ninguna justificación válida demostró la demandada en el transcurso del proceso para desconocer la consignación de la cesantía, pues el proceso de reorganización empresarial inició un año después de que surgiera a su cargo la mencionada obligación de consignar el auxilio. Además, el hecho que el 6 de octubre de 2017 le fueran pagada la liquidación al demandante, en la que se incluyó el auxilio de cesantía, ello no justifica en parte alguna la negligencia de Optimizar S.A. de consignar la cesantía en un fondo.

En tales términos, la sentencia será **REVOCADA**. En su lugar, se **CONDENARÁ** a Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial al pago de la indemnización de que trata el artículo 99.3 de la ley 50 de 1990 por la no consignación del auxilio de cesantía causada en el año 2014 a un fondo, condena que asciende a **\$30.133.333**, a razón de 226 días de mora contabilizados del 15 de febrero al 30 de septiembre de 2015, y un salario mensual de \$4.000.000, que equivale a un salario diario de \$133.333,³³.

ii) Indemnización por despido injusto a cargo de Activos S.A.

Los extremos de la relación laboral que unió a las partes del 1° al 5 de octubre de 2015 no es objeto de discusión; no obstante, el juzgado del conocimiento absolvió a Activos S.A. del pago de la indemnización por despido injusto al considerar que el vínculo entre las partes finalizó en aplicación del período de prueba.

El escrito por el cual Activos S.A. le comunica al demandante la finalización del vínculo laboral se encuentra visible en la página 127 del PDF "01ExpedienteDigitalizado". En esta se lee lo siguiente: *"Atentamente nos permitimos comunicarle que la labor para la cual fue contratado(a), finaliza el día 05 de octubre del 2015 inclusive"*

La apelación del demandante se dirigió a que en el escrito anterior la empresa no se invocó como causal de terminación del contrato el período de prueba.

Pues bien, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo señala lo siguiente: *"La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos"*

Lo anterior permite concluir que Activos S.A. se encontraba en la obligación de comunicarle al demandante que el contrato finalizaba en virtud del período de prueba, hecho que no ocurrió.

No se puede pasar por alto que la causal invocada por la empresa para dar por terminado el vínculo laboral es que la labor para la que fue contratado el señor Patiño Martínez finaliza el 5 de octubre de 2015; sin embargo, la empresa no aporta prueba alguna que permita concluir que efectivamente la labor contratada había finalizado con el Fondo Nacional del Ahorro. No hay claridad entonces de cuál es la vigencia del contrato, debido a que este se pactó por duración de la obra o labor; no obstante, no hay elementos que permitan definir cuáles son los extremos de la relación laboral, lo que genera, como consecuencia, que no haya claridad de cuál es el término que se puede pactar como período de prueba a la luz de lo consagrado en el artículo 78 del Código Sustantivo del Trabajo.

Conforme a los argumentos precedentes, la sentencia en tal sentido merece ser **REVOCADA**. En su lugar se **CONDENARÁ** a Activos S.A. a pagar la indemnización por despido injusto en favor del demandante.

Ahora bien, para determinar la cuantía de dicha condena se debe partir de lo consagrado en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que establece que será equivalente a los salarios “del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días”; sin embargo, como se dijo anteriormente, al no discutirse que el contrato es por obra o labor y que no hay forma de determinar la vigencia de este, la indemnización será equivalente a 15 días de salario. Teniendo en cuenta un salario mensual de \$4.000.000, la indemnización asciende a **\$2.000.000**, suma que deberá ser indexada con base en la certificación mensual del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, expedida por el DANE, entre el 5 de octubre de 2015 y hasta el momento efectivo del pago.

iii) Indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo

Optimizar S.A. en su recurso no desconoce la obligación a su cargo por concepto de indemnización moratoria; sin embargo, su inconformidad se dirige únicamente a cuestionar los extremos temporales en los que se debe imponer esta, al advertir que ante su entrada en proceso de reorganización empresarial quedó limitada para efectuar cualquier pago a los acreedores.

Con relación a dicha indemnización, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no entraña un actuar de buena fe el hecho de que una sociedad se encuentra atravesando una crisis financiera, pues ello implicaría trasladarle al trabajador la consecuencia de las pérdidas en su gestión, conducta claramente prohibida en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo cuando establece el principio de ajenidad del riesgo.

Sobre este punto existe un nutrido precedente jurisprudencial del que se cita la Sentencia SL845-2021, en la que al respecto se dijo:

“Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí

sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.”

En lo que respecta a este caso en concreto, se advierte que el retardo en el pago de salarios y prestaciones data de cuatro meses y medio antes de la presentación del trámite de reorganización, no demostrándose que en este período se emprendiera actuación alguna para satisfacer las acreencias laborales de su trabajador por lo que se encuentra configurara la mala fe.

Ahora, se debe resolver qué pasa en el segundo momento, el cual debe ser contabilizado a partir del **15 de febrero de 2016**, y en el cual ante la existencia de un trámite de la reorganización empresarial el manejo económico de la sociedad fue asumido por un agente estatal.

A partir de lo expuesto no encuentra la Sala una conducta de mala fe del empleador, puesto que en desarrollo del proceso de reorganización empresarial reconoció sus deudas, sin que pudiera el promotor del procedimiento a su libre arbitrio proceder a pagar las acreencias laborales que reclama el demandante, pues ello implicaría disponer de los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad de los acreedores, conforme a los fines propios de la reorganización empresarial.

En este punto bien vale la pena replicar el precedente contenido en la sentencia SL16280-2014, reiterado de forma más reciente en la sentencia SL1595-2020, en el que se expresó:

“Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial”

Así las cosas, se **MODIFICARÁ** la decisión emitida en la primera instancia. En su lugar, se **CONDENARÁ** a Optimizar S.A. Servicios Temporales S.A. – en Liquidación Judicial a pagar al demandante la suma de **\$17.866.667** por concepto de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a razón de 134 días de mora contabilizados del 1° de octubre de 2015 al 14 de febrero de 2016, día anterior al momento en que la Superintendencia de Sociedades la admitió en proceso de reorganización empresarial y le nombró un promotor, según se desprende del certificado de Cámara de Comercio visible en la página 228 del PDF “01ExpedienteDigitalizado”, teniendo en cuenta un salario mensual de \$4.000.000, que equivale a un salario diario de \$133.333,33. Aquella suma deberá ser **INDEXADA** con base en la certificación mensual del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, expedida por el DANE, entre el 15 de febrero de 2016 y hasta el momento efectivo del pago, atendiendo a que los efectos de la inflación son quizá más significativos en el campo laboral y de la seguridad social, dado el carácter alimentario de las prestaciones que el empleador o la entidad de seguridad social debe al trabajador o pensionado, y por lo tanto la doctrina y la jurisprudencia acuden a la corrección monetaria con el fin de procurar que el pago de lo debido sea cabal, íntegro o completo, o dicho en otros términos que el deudor cubra la prestación en su valor real.

iv) Responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que en aquellos casos en que una empresa de servicios temporales envía trabajadores en misión a una empresa usuaria, el verdadero empleador es la primera, quien es la encargada de responder por los salarios, prestaciones e indemnizaciones en favor del trabajador; no obstante, señaló que en determinadas circunstancias es viable considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, operando la solidaridad de las obligaciones laborales contraídas por la primera. Al respecto véase la sentencia SL4538-2021:

“Conviene además recordar que ya la Corte ha dicho que, en los casos de los trabajadores en misión, para todos los efectos, la verdadera empleadora es la Empresa de Servicios Temporales, de suerte que ésta es responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador o sus causahabientes, tal como lo señaló la Sala en sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, radicación 9435, reiterada en la CSJ SL, 18 may. 2009, radicación 32198, en

sentencia CSJ SL, 4 sept. 2009, rad. 34806, CSJ SL2797-2020, CSJ SL1906-2021 entre otras.

Solo en determinadas circunstancias es viable considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y a la EST como simple intermediaria, responsable solidaria de las obligaciones laborales contraídas por la primera, cuando la empresa de servicios temporales no está autorizada para prestar ese servicio o cuando en desarrollo del mismo infringe las normas que regulan el servicio temporal, como es el caso en que la contratación para la atención de incrementos en la producción o la prestación de servicios exceda el término de un año.”

En el presente asunto no se discute que quienes fungieron como empleadores del señor Patiño Martínez fueron Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial y Activos S.A., quienes enviaron en misión al demandante para prestar sus servicios en favor del Fondo Nacional del Ahorro, de conformidad con lo consagrado en los artículos 71 y siguientes de la ley 50 de 1990.

De conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, son las empresas de servicios temporales las llamadas a responder por las acreencias laborales causadas en favor del actor, sin que pueda considerarse que la empresa usuaria es solidariamente responsable de las obligaciones de la primera, toda vez que la usuaria se encuentra facultada legalmente para recibir trabajadores en misión según lo dispuesto en los artículos ya mencionados de la ley 50 de 1990. Nótese además que la jurisprudencia ha sido clara al predicar la solidaridad solo en aquellos casos en que se declara a la empresa usuaria como la verdadera empleadora y a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, respondiendo esta última solidariamente por las obligaciones laborales contraídas por la primera.

En el presente asunto, el Fondo Nacional del Ahorro actuó únicamente como usuaria de los servicios prestados por las empresas de servicios temporales, situación que se ajusta a derecho, toda vez que no se cuestionó cuál fue la empresa que fungió como verdadero empleador, aceptándose que fueron las empresas de servicios temporales.

En tales condiciones, la solidaridad de que trata el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no es aplicable al caso concreto por no tratarse de contratistas independientes. Asimismo, la solidaridad del artículo 35 de la misma codificación tampoco es aplicable al asunto bajo estudio, pues como se

ha advertido en varias ocasiones, no hay duda de quienes fueron los verdaderos empleadores del demandante, por lo que no puede predicarse que tales empresas actuaron como simples intermediarias y que el Fondo nacional del Ahorro era la verdadera empleadora.

En los términos anteriores, la sentencia en tal sentido merece ser **REVOCADA**. En su lugar se **ABSOLVERÁ** al Fondo Nacional del Ahorro de todas las condenas impuestas en su contra.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas por Activos S.A. y el demandante.

v) Costas procesales

La condena por concepto de costas procesales impuesta en la primera instancia a cargo del Fondo Nacional del Ahorro merece ser **REVOCADA**, atendiendo a que tal entidad fue absuelta de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. En su lugar se **CONDENARÁ** al demandante a pagar a esta entidad las costas procesales.

También se **REVOCARÁ** la imposición de costas procesales a cargo del demandante y en favor de Activos S.A. En su lugar, al haber salido avante la pretensión por indemnización por despido injusto, las costas procesales de la primera instancia quedarán a cargo de dicha empresa y en favor del demandante.

En la segunda instancia no se impondrán costas procesales por el hecho de haber salido avante la apelación formulada por las partes.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **REVOCA** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia que se revisa por vía de apelación. En su lugar, se **CONDENA** a **ACTIVOS S.A.** a pagar al señor **EIDER PATIÑO MARTÍNEZ** la suma de **\$2.000.000** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, con su respectiva **INDEXACIÓN**, conforme se dejó sentado en la motivación de esta providencia.

SEGUNDO: Se **MODIFICA** el numeral cuarto de la sentencia. En su lugar se **CONDENA** a **OPTIMIZAR S.A. SERVICIOS TEMPORALES S.A. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** a pagar al demandante la suma de **\$17.866.667** por concepto de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo con su respectiva **INDEXACIÓN**, conforme se dijo en la motivación de esta providencia.

TERCERO: Se **CONDENA** a **OPTIMIZAR S.A. SERVICIOS TEMPORALES S.A. – EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** a pagar al demandante la suma de **\$30.133.333** por concepto de la indemnización de que trata el artículo 99.3 de la ley 50 de 1990.

CUARTO: Se **REVOCA** el numeral quinto de la sentencia. En su lugar se absuelve al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Las costas procesales y agencias en derecho quedan como se dijo en la motivación de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,


GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

(Sin firma por ausencia justificada)
CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Eider Patiño Martínez
DEMANDADOS	Fondo Nacional del Ahorro Optimizar en Liquidación Activos S.A.
PROCESO	Ordinario
DECISIÓN	Confirma, modifica y revoca sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/131> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 16 de diciembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 16 de diciembre de 2022 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO