

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE : MARÍA RAQUEL ZULUAGA CORREA
DEMANDADO : JGEFECTIVOS SAS (EN LIQUIDACIÓN) Y VIVELL SAS
TERCERO INTERVINIENTE: MINISTERIO DEL TRABAJO
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-17-2021-00514-01
RADICADO INTERNO : 141-23
DECISIÓN : REVOCA PARCIALMENTE, ABSUELVE Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 392

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

De conformidad con la resolución 5561 del 30 de noviembre de 2011, por medio del cual se delega en un Asesores de la Oficina Asesora Jurídica, la facultad de ejercer la representación y defensa del Ministerio del Trabajo; así mismo, de la resolución 0683 del 29 de marzo de 2021 del Ministerio del Trabajo, por medio de la cual se “ ARTÍCULO PRIMERO: Otorgó comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción a el servidor público Johnny Alberto Jiménez Pinto, quien actualmente desempeña en encargo el empleo de Asesor Código 1020 Grado 15 y del empleo de Asesor 2003 Grado 14, para desempeñar el empleo de libre nombramiento y remoción de Asesor Código 1020 Grado 15... por el término de tres (3) años, de conformidad con lo previsto en la parte motiva de la presente Resolución.(...)” y del acta de posesión del 6 de abril de 2021, del Dr. Johnny Alberto Jiménez Pinto en el cargo de Asesor Código 1020 grado 15, se

reconoce personería jurídica para representar los intereses del Ministerio del trabajo, por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 75 del CGP.

ANTECEDENTES

La parte demandante **en su reforma a la demanda** solicita, se DECLARE que entre ella y la empresa VIVELL SAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido, cuya vigencia tuvo lugar del 1º de marzo de 2016 hasta el 31 de octubre de 2017; se declare **subsidiariamente**, que entre la demandante y la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN existió un contrato por obra labor para desempeñar las labores para VIVELL SAS cuya vigencia fue del 1º de marzo de 2016 al 31 de octubre de 2017. Además, solicita que se declare que el contrato de trabajo de la demandante con VIVELL SAS o con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, fue terminado de manera unilateral, sin justa causa, estando incapacitada y sin el debido permiso del Ministerio del Trabajo.

Se le ORDENE a las accionadas a pagar de manera conjunta, solidaria o individualmente:

- Los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y los aportes a pensiones dejados de percibir desde la terminación unilateral del contrato hasta su reintegro.
- La sanción de 180 días de salario contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- La compensación en dinero por concepto de vacaciones que no fueron dadas, ni compensadas a lo largo de la relación laboral.
- La prima de servicios por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2017 y el 31 de octubre de 2017 de conformidad con lo establecido en el artículo 306 y siguientes del CST.
- El auxilio de cesantías y sus intereses, causados y no pagados entre el 1º de enero al 31 de octubre de 2017.

De manera **subsidiaria** solicita, que, en caso de no ser ordenado el reintegro, solicita se le ORDENE a las accionadas al pago conjunta, solidaria o individualmente:

- La compensación en dinero por concepto de vacaciones que no fueron dadas, ni compensadas a lo largo de la relación laboral.

- La prima de servicios por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2017 y el 31 de octubre de 2017 de conformidad con lo establecido en el artículo 306 y siguientes del CST.
- El auxilio de cesantías y sus intereses, causados y no pagados entre el 1º de enero y el 31 de octubre de 2017.
- La indemnización por despido sin justa causa según lo establecido para su liquidación, en el artículo 64 del CST.
- La indemnización moratoria del artículo 65 del CST.
- La indexación de las sumas en aquellos casos en que no sea excluyente con la indemnización moratoria.

En caso que se condene a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN a realizar el pago de algunas de las acreencias relacionadas, de manera individual, sin que medie solidaridad, con la sociedad VIVELL SAS, solicita **subsidiariamente** se le ORDENE al Ministerio del Trabajo para hacer efectiva la póliza de garantía, del que habla el artículo 2.2.6.5.17 del Decreto 1072 de 2015 a favor de la demandante, para pagar las sumas que resulten condenadas. Consecuencialmente se solicita condenar en costas a las entidades demandadas (fls. 10 y 11 de la reforma a la demanda).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, expone que fue vinculada por contrato de aprendizaje tipo SENA, con la empresa VIVELL SAS, en la especialidad de manejo de máquinas de confección industrial para ropa interior y deportiva, con duración de 3 meses, desde el 17 de noviembre de 2015 hasta el 17 de febrero de 2016.

Una vez terminado el contrato de aprendizaje, la sociedad VIVELL SAS le dijo que había quedado seleccionada para seguir trabajando con ellos, pero debía permanecer un año con una Empresa de Servicios Temporales y posteriormente la contrataban directamente; el 1º de marzo de 2016, la demandante firmó un contrato de trabajo por obra o labor determinada con la empresa de servicios temporales demandada, con la finalidad de que se prestara sus servicios en misión en la entidad VIVELL SAS, como Operaria de Producción.

La demandante afirma que no fue contratada en virtud de las causales del art. 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015, que compiló el artículo 6º del Decreto 4369 de 2006, lo que quiere decir que no fue contrata para labores ocasionales, accidentales o transitorias, ni para reemplazar personal en

vacaciones en licencia, incapacidad por enfermedad o maternidad, ni por motivo de aumento de productividad; que estando la demandante incapacitada, el 23 de octubre de 2017 le fue entregada una carta de parte de JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN enunciada como “notificación de acuerdo de cancelación de contrato entre las partes”, en la cual se le informaba que: la Empresa de Servicios Temporales se encontraba en disolución y liquidación, y dicha situación impactaría la relación contractual, que se enviaría copia al Ministerio del Trabajo, le seguirían pagando los aportes a seguridad social, que supuestamente “en varias ocasiones se le ha manifestado el interés de llegar a un acuerdo y no ha sido posible, solicito su colaboración de parte de usted y tener presente esta solicitud”, afirmación que según la demandante no es cierta.

Asegura que desde el día pactado, la demandante acudía a las instalaciones de la VIVELL SAS, con un horario de 6:00am a 2:15pm de lunes a sábado, el cual cambió posteriormente de 7:00am a 5:00pm de lunes a viernes con sábados intercalados de 7:00am a 12:00m, durante los cuales recibía órdenes de la entidad para la prestación del servicio, y fue VIVELL SAS quien le realizó la evaluación de su periodo de prueba el 1° de mayo de 2016, fue la entidad que le entregó la dotación para trabajar, según consta en actas del 18 de julio de 2016 y 10 de octubre de 2016.

La demandante elevó derecho de petición a PROTECCIÓN S.A. solicitando información del pago de \$680.221 y le solicitó información a la accionada JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN del proceso de liquidación y pago de aportes a la seguridad social; el 19 de enero de 2018, PROTECCIÓN S.A. informó que fue afiliada al programa de cesantías desde el 15 de febrero hasta el 3 de noviembre de 2017, fecha en que la empresa de servicios temporales reportó la novedad de retiro por “terminación del contrato” por lo que le consignó la suma de \$680.221 por concepto de auxilio de cesantía; el representante legal de la empresa de servicios temporales dando respuesta al derecho de petición, después de un fallo de tutela y un desacato, informando que no se había procedido con la liquidación final por el embargo de las cuentas bancarias por la DIAN.

Por su parte, elevó derecho de petición a VIVELL SAS el 17 de mayo de 2018, solicitando informara los motivos de la contratación a la demandante, el tipo de vínculo contractual que tenía con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, si existía póliza de cubrimiento, entre otros requerimientos; y en respuesta aportada el 7 de junio de 2018, dicha sociedad aceptó el inicio de labores el

1º de marzo de 2016 por contrato que tenía vigente con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN sin dar más información.

Que teniendo en cuenta la respuesta emitida por la empresa JGEFECTIVOS S.A.S. (EN LIQUIDACIÓN) y la historia laboral, se tiene que el vínculo laboral fue terminado el 31 de octubre del 2017 de manera unilateral y sin justa causa, porque la liquidación de la empresa no es motivo para terminar el contrato de trabajo y más cuando la empresa indicó que debía pedir permiso al Ministerio del Trabajo.

La actora dirigió un derecho de petición al Ministerio del Trabajo, solicitando informar, si la accionada JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN contaba con el permiso del Ministerio para operar como empresa de servicios temporales, si presentó ante dicha entidad notificación alguna de su liquidación y aportar todo lo relacionado con la póliza de garantía de la cual trata el artículo 2.2.6.5.17 y siguientes del Decreto 1072 de 2015, suscrita por JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN para el cumplimiento de las acreencias laborales de sus trabajadores, porque la accionada no le realizó a la demandante el pago del auxilio de cesantía del año 2017, intereses al auxilio de cesantía, compensación en dinero por sus vacaciones no disfrutadas, la prima del segundo semestre del año 2017 y la indemnización por despido sin justa causa y hacer efectiva la póliza de garantía. El Ministerio del Trabajo dio respuesta el 30 de agosto del 2018, en la cual se manifestó que no tenía injerencia en los hechos por lo que no eran competentes.

En petición del 2 de agosto del 2019, solicitó a Colpensiones el pago del subsidio por incapacidad adeudado, el cual fue reconocidos hasta el 31 de octubre del 2017, y según comunicación del 3 de septiembre de 2019, quedó pendiente el pago de la incapacidad del 1º al 30 de noviembre del 2017 (expediente digital 01 y 31).

CONTESTACIONES A LA DEMANDA

El Ministerio del Trabajo en la respuesta a la demanda dijo que no es cierto que no se haya encontrado respuesta a través de las vías administrativas, porque el Ministerio del Trabajo dio respuesta a la solicitud presentada por la demandante, donde se le informó la imposibilidad de declarar la existencia de presuntos incumplimientos laborales en atención a la normatividad laboral que determina que dicha declaración de derechos le compete exclusivamente a los Jueces, y manifestó que al validar los archivos

de pólizas de Empresas de Servicios Temporales que reposan en la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, se encontró que la empresa JGEFECTIVOS EN LIQUIDACIÓN tenía una póliza vigente solo hasta el año 2017, razón por la cual a la fecha de la contestación no tiene una póliza que permita ejecutar posibles condenas a favor de la demandante. Aceptó que la demandante elevó derecho de petición al Ministerio del Trabajo, al cual se le dio respuesta, pero frente a los hechos constitutivos de un presunto incumplimiento de orden laboral, lo cual bajo criterio del Ministerio solo puede ser declarado por un operario judicial. Frente a los demás hechos dijo que no le constan.

Se opuso a cada una de las pretensiones declarativas y de condena formuladas por la demandante. Como excepciones propuso la falta de legitimación por pasiva, prescripción de la póliza, cobro de lo no debido, la excepción innominada. Para concluir, solicita al Juzgador denegar las pretensiones en la demanda y declarar probadas las excepciones propuestas relacionadas con el Ministerio (fls. 139 al 145 del expediente digital 01).

La sociedad VIVELL SAS en la contestación a la demanda y a la reforma a la demanda aceptó la vinculación de la demandante por medio de un contrato de aprendizaje del SENA con la empresa VIVELL SAS, la duración y los extremos; que el 1º de marzo de 2016 la demandante firmó un contrato de trabajo por obra o labor determinada con la empresa de servicios temporales demandada, con la finalidad de que prestara sus servicios en misión en sociedad VIVELL SAS; el derecho de petición elevado a la sociedad VIVELL SAS el 17 de mayo de 2018. Que no es cierto que al terminar el contrato de aprendizaje, VIVELL SAS le haya manifestado que acudiera a la empresa de servicios temporales para ser contratada, expresando que una vez finalizó el contrato de aprendizaje con la demandante, la accionada VIVELL S.A.S requería suplir necesidades de personal en el área de producción por alta demanda, y por el desempeño de la demandante como aprendiz se le recomendó con la empresa de servicios temporales para que se postulara a una de las vacantes en misión existentes, porque en ese momento no había vacantes para contratar personal de planta; tampoco es cierto que la demandante no haya sido contratada en virtud de las causales del Decreto 1072 de 2015, porque de conformidad con el objeto social de VIVELL SAS, es común que se presentaran picos pronunciados de producción, razón por la cual suele ser frecuente que se contrate personal tanto operativo como administrativo a través de empresa de servicios temporales para atender a las necesidades de la empresa; ni es cierto el

horario de trabajo y que VIVELL SAS haya realizado las evaluaciones del periodo de prueba; que las accionadas deban reintegrar al demandante y realizar el pago de las pretensiones de la demanda. A los demás hechos de la demanda y la reforma a la demanda indicó que no le constan.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Como excepciones, propuso la de: inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y genérica (expediente digital 16 y 34).

En auto con fecha del 10 de agosto de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, realizando el control de legalidad, decretó el emplazamiento de la entidad demandada JGEFECTIVOS EN LIQUIDACIÓN; en auto del 14 de septiembre de 2022 designó curador Ad Litem a la sociedad accionada en mención (expediente digital 14 y 17).

Una vez aceptado su nombramiento, **la curadora ad litem de la demandada JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN**, al contestar la demanda y reforma a la demanda, dice que no es un hecho lo planteado en relación que la demandante no fue contratada por las causales del Decreto 1072 de 2015; que según la respuesta de JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN y la historia laboral, la terminación del contrato se dio el 31 de octubre de 2017; que la liquidación de JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN no es una justa causa para terminar el contrato; y tampoco es un hecho que las accionadas deban reintegrar a la demandante. Frente a los demás hechos expresa que no le constan y que deberán ser probados dentro del proceso.

De las pretensiones de la demanda asegura que en su calidad de curadora ad litem no se puede aceptarlas o negarlas y se atiene a lo probado. Como excepciones plantea la inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y pago, excepción genérica (expediente digital 30 y 33).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 8 de mayo de 2023 el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito DECLARÓ que entre la demandante y la accionada JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de marzo de 2016 y el 23 de octubre de 2017, el cual terminó sin justa causa.

CONDENÓ a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar en favor de la demandante las siguientes sumas:

Concepto	Periodo	Valor
Auxilio de cesantías	Del 1º de enero al 23 de octubre de 2017	\$614.764
Intereses cesantías	Años 2016-2017	\$118.976
Prima de servicios	Del 1º de julio al 23 de octubre de 2017	\$340.170
Vacaciones	Todo el tiempo laborado	\$614.764
Indemnización por despido sin justa causa		\$1'229.528
Indemnización artículo 26 Ley 361 de 1997		\$4'426.302

Las anteriores sumas se cancelarán en forma indexada a partir del 23 de octubre de 2017 hasta su respectivo pago de la obligación.

CONDENÓ a la sociedad VIVELL SAS a responder solidariamente en los términos del artículo 34 del CST por las condenas enunciadas en el numeral anterior. Condenó en costas a las demandadas JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN y VIVELL SAS. Absolvió al Ministerio del Trabajo de toda suplica de la demanda (expediente digital 51).

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte demandante apela la decisión de primera instancia por considerar, **en primer lugar**, que el contrato de trabajo se dio con la sociedad VIVELL SAS y la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN operó como un simple intermediario. Al respecto, hace la claridad que frente al contrato de aprendizaje no se alega que sea un contrato de trabajo, sin embargo, no hay motivo para que se dé un trato diferencial entre la persona que trabaja en un contrato de aprendizaje para realizar un cargo de operaria de producción en las mismas máquinas de la sociedad VIVELL SAS a ser contratada 16 días después por una empresa de servicios temporales para seguir realizando la misma función de operaria de maquinaria en las mismas máquinas y con el mismo cargo. Sostiene que VIVELL SAS podría estar evadiendo la responsabilidad de contratar directamente a sus trabajadores dado que la demandante podía ser contratada con un contrato de trabajo y no de aprendizaje, pues se estaba realizando la misma labor; asegura que pese a tratarse de contratos diferentes, los efectos prácticos son las mismas, al haber subordinación,

remuneración y prestación personal del servicio para desempeñar un cargo exactamente igual que luego sería contratado con una empresa de servicios temporales.

Sostiene que en primera instancia se pasó por alto que no basta con afirmar que la demandante fue contratada por aumento de producción, y más cuando en la demanda se dijo que no era cierto que la demandante había sido contratada por aumento de producción, siendo ello así, con base en el art. 167 del CGP era a la sociedad VIVELL SAS a quien le correspondía probar la existencia del aumento de producción que dio lugar a que la demandante fuera contratada y no a la demandante, pues de imponerle la carga probatoria a ésta, la lleva a un estado de indefensión y debilidad en tanto es el empleador quien cuenta con la información de la producción; destaca que la demandante fue contratada como operaria de producción que es del giro ordinario de VIVELL SAS y está contemplada en el objeto social y por ello era dicha sociedad quien tenía que acreditar el aumento de producción y en virtud de ello se dio la contratación de la demandante; no hay prueba que demuestre que la demandante reemplazó a trabajador en vacaciones, ni que haya sido contratada temporal o transitoriamente porque al ser operaria de producción es lo que la accionada VIVELL SAS hace según su objeto social. Por lo tanto, considera que el verdadero empleador era VIVELL SAS.

Frente a la falta de prueba de la subordinación desde el año 2017, que fue reseñada en la sentencia, expone la apelante, que la demandante estaba incapacitada y era imposible acreditarla, y dicha incapacidad fue reconocida por la accionada en la contestación de la demanda y en ese sentido, le correspondería a VIVELL SAS acreditar cuáles fueron sus gestiones a fin de determinar los términos en los que quedaría la vinculación de la demandante con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN.

Por otro lado, dice que se omitió por el despacho, que para determinar si la intermediación fue legal o ilegal a través de la empresa de servicios temporales, no solo se debe evaluar el contrato realizado por la demandante sino que se debió evaluar el contrato de la empresa usuaria con la empresa de servicios temporales, el cual no cumple con los criterios del artículo 6° del Decreto 4369 del 2006, pues se contrató cada que había aumento de personal y no por aumento de producción, los cuales son diferentes, en tanto puede haber aumento de producción y no tener una actividad que sea permanente, pero al tener solo como causal para contratar con una empresa de servicios temporales cuando se tiene aumento de personal por no querer

realizar la contratación de manera directa, ello no es motivo para contratar con una empresa de servicios temporales; asegura que VIVELL SAS cuenta con los servicios prestados por la empresa de servicios temporales desde el año 2012, es decir, que más de 5 años duró el aumento de producción, el cual no fue acreditados. Considera que no existe un contrato de base por el cual la demandante haya tenido que presentar el servicio en VIVELL SAS, reiterando que el verdadero empleador fue esta entidad desde el 1º de marzo de 2016 hasta la terminación del contrato de trabajo.

Frente a lo señalado por el despacho en cuanto a las inconsistencias de los testigos, se aparta de dicha posición pues no hay inconsistencia cuando al testigo manifestó que la demandante fue a VIVELL SAS, sin que la hayan dejado entrar y le entregaron una carta de terminación de contrato de trabajo, porque ambas cosas no se contradicen y pudo haber sucedido.

No hay documento en donde VIVELL SAS haya solicitado a la accionada JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN la terminación del contrato de la demandante y más cuando el contrato de prestación de servicios suscrito entre las demandadas señalaba que para la terminación de los contratos a los trabajadores era VIVELL SAS quien debía comunicar a JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN y ello no fue acreditado.

Dejando claro la parte demandante, que el contrato de trabajo se dio con VIVELL SAS y que JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN se dio como un simple intermediario, adiciona que conforme las facturas aportadas por la accionada VIVELL SAS, el contrato con la empresa de servicios temporales se extendió hasta octubre de 2017 o más, sin que se pueda trasladar esa carga de la prueba a la demandante siendo y es la empresa usuaria la que tenía las herramientas y documentación requerida por el despacho; se contradice la sociedad VIVELL SAS cuando en la contestación de la demanda dice que el vínculo con la empresa de servicios temporales terminó en el año 2016, mientras que se aportan unas facturas donde JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN factura el servicio prestado por todo el año 2017. Y en ese sentido concluye que: 1) No se acreditó que VIVELL SAS haya solicitado la terminación del contrato de trabajo a la demandante al momento del accidente, 2) No se acredita que el contrato con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN había terminado en diciembre de 2016, sino que perduró hasta octubre de 2017 y en esta fecha JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN entregó la comunicación a la demandante de la terminación del contrato, 3) El contrato con la demandante no se dio por una causal de contratación con

empresa de servicios temporales sino que se dio en el tiempo en que la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN perdió su licencia para el funcionamiento, que en primera instancia se dijo que JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN estaba autorizada desde el año 2012 con la licencia de funcionamiento, pero el Ministerio de Trabajo en la contestación aportó la resolución por medio del cual retira a JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN su licencia para funcionar como empresa de servicios temporales desde abril del 2017, época en que las demandadas no le informaron a la demandante la terminación del contrato o que iban a elevar solicitud al Ministerio del Trabajo dado que la accionada JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN había perdido su licencia y por ello el contrato debe ser declarado con VIVELL SAS, la cual debía responder por la estabilidad laboral de la demandante.

Con fundamento en lo expuesto, al estar acreditado que VIVELL SAS era el verdadero empleador, le corresponde reintegrar a la demandante desde la terminación del contrato de trabajo.

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con la absolución de la indemnización moratoria, expone en su recurso la apoderada, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señala que el hecho que la accionada alegue que no tiene no tener dinero para pagar en virtud de sus capacidades económicas, no es motivo para no realizar el pago ni que ello implique la buena fe. Invoca la sentencia SL 624 de 2023; señala que si las accionadas conocían que desde abril de 2016 estaba la situación económica de JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN deteriorada, no se acreditó haber realizado gestiones para ponerse al día con las prestaciones sociales de la demandante y las incapacidades temporales fueron pagadas después de una acción de tutela; y porque la demandante le informó a VIVELL SAS el incumplimiento de la empresa de servicios temporales y pese a las actuaciones desplegadas por la demandante para obtener respuestas, VIVELL SAS se negó a entregar cualquier tipo de información relacionada con el contrato con la empresa de servicios temporales y demás información que le haya sido solicitada bajo el argumento de la confidencialidad de dicha información.

En tercer lugar, solicita que caso de considerar que no hay lugar a la existencia de un contrato realidad con VIVELL SAS, se mantenga la condena la condena impuesta por el Juzgado y se adicione la sanción moratoria del artículo 65 del CST, por las razones expresadas y porque la demandante desplegó actuaciones para obtener antes de la demanda el pago de la

obligación y porque no está demostrado que a la fecha de la sentencia JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN esté liquidado y porque al tratarse de una obligación del primer orden, se debió acreditar que se tiene una reserva para su pago.

La **entidad demandada VIVELL SAS** presenta recurso de apelación argumentando, en primer lugar, que en el recurso presentado por la parte demandante, pretende una inversión total de la carga de la prueba, cuando la demandante dispuso de todos los medios para solicitar las pruebas adecuadas, y de una forma temeraria dice que VIVELL SAS se está negando sistemáticamente a aportar pruebas, cuando su representada ha aportado lo requerido siendo diferente, que no se haya pedido lo adecuado, y lo que pretende la parte actora es que se condene a VIVELL SAS por el simple hecho de demandar y considerar que hay unos supuestos derechos.

En segundo lugar, señala, que, si bien el juzgado reconoce la calidad de empleador de JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, considera que se dio una interpretación extensiva a la solidaridad, porque se está diciendo que VIVELL SAS es responsable solidaria porque supuestamente existía un contrato con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, es decir, se está diciendo que hay una relación comercial que habilita una solidaridad, cuando al momento del despido de la demandante no existía tal relación comercial.

Que es distinto el pago de factura y acreencias comerciales, que, si está cuestionada, al igual que la terminación del contrato de comercial con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, ello es de conocimiento de un proceso declarativo y no a través de un proceso laboral se señale que existía un contrato comercial que daba lugar a la solidaridad.

Con base en lo anterior, el análisis no es la adecuada y como no hay prueba de la terminación o de la existencia del contrato no hay lugar a esa decisión; considera que VIVELL SAS aportó pruebas sobre la terminación del contrato con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN.

En tercer lugar, sostiene que se dejó de lado la confesión de la demandante quien señaló que el contrato se terminó cuando ya no se contaba con un estado de incapacidad, que, si bien se dijo en la sentencia que la demandante no estaba en condiciones de prestar su labor, jurídicamente no hay supuesto de hecho que diera lugar a la estabilidad laboral reforzada.

Dice que a VIVELL SAS se le está asignando la responsabilidad bajo el hecho de tener la capacidad de pago y por no haber ejecutado la póliza, pero se le está dando a una potestad de VIVELL SAS, la obligación de exigir la póliza (lo cual no está dentro de la normativa); además, se está desconociendo que la demandante no estaba incapacitada, y no por el hecho que VIVELL SAS tenga recursos deberá ser condenado.

En resumen, en este caso se está declarando la existencia o inexistencia de un contrato comercial que no es de su competencia, en consecuencia, de ello se le está imputando una solidaridad cuando no había un contrato comercial, se le está dando una interpretación a la figura de la solidaridad en forma expansiva y se parte de suposiciones y dichos de la demandante y no de pruebas que definan que existía un contrato, que en el marco de los contratos civiles y comerciales la demandante fue despedida y que se dé dentro de los supuestos de la solidaridad.

Con fundamento en lo anterior, solicita se revoque la declaratoria de la solidaridad a cargo de su representada, respecto al pago de obligaciones pecuniarias y que se exonere de total responsabilidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la demandante reitera lo manifestado en el recurso de apelación, adicionando que no hay motivo para declarar el contrato laboral de la demandante con la sociedad JGEFECTIVOS S.A.S EN LIQUIDACIÓN, sino con VIVELL S.A.S, la cual ejerció la subordinación y quién debe responder por la estabilidad laboral de la demandante, siendo VIVELL SAS el verdadero empleador y JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN un simple intermediario; que en ese sentido, es VIVELL SAS el que debe reintegrar a la demandante y pagar la sanción de 180 días de salarios, los salarios y prestaciones sociales adeudadas desde la terminación del contrato hasta la reincorporación.

En relación a la sanción moratoria, sustenta su reconocimiento con base en la sentencia SL 2809 de 2019 advirtiendo que, al estar en estado de liquidación, no es una causal de buena fe para efectos de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, sino que el empleador debe acreditar verdaderas razones de peso que le impidieron sustraerse del pago, según sentencia SL 624 de 2023.

Frente al recurso de apelación de la sociedad VIVELLA SAS, se opone a la afirmación que la parte accionada se encuentre actuando en forma temeraria, pues conforme el artículo 167 del CGP, al ser la accionada quien tiene la información sobre la contratación que tuvo con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, es quien debió aportarla y pese a los derechos de petición presentados por la demandante, el oficio del Juzgado y la solicitud de insistencia presentada por esta apoderada, se negó a aportar la información requerida para luego valerse de su propia negligencia e invocar el traslado de la carga probatoria; señala que la demanda no se basa en suposiciones al existir pruebas de la contratación de VIVELL SAS a JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN desde el año 2012 para supuestos aumentos de personal, sin que dicha causal esté contenida en el artículo 6 del Decreto 4369 del 2006, la prestación del servicio de mi representada en VIVELL SAS, además, fue contratada la demandante con contrato de aprendizaje y luego a través de una empresa de servicios temporales a 16 días de haber terminado su práctica, existe prueba del accidente de la demandante, las incapacidades generadas, el conocimiento de VIVELL SAS del estado de salud de la demandante, y la prestación del servicio de JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN en VIVEL SAS hasta el 31 de octubre del 2017, fecha posterior a que a la empresa de servicios temporales le fuera revocada la licencia para su funcionamiento.

Por el contrario, la sociedad VIVELL SAS no aportó prueba del aumento de producción, de la terminación del contrato de VIVELL con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, o de la notificación a JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN o a la demandante de la terminación del contrato ni que hay gestionado el permiso del Ministerio del Trabajo para prescindir de los servicios.

En relación con la solidaridad apelada por la accionada, asegura que el apoderado de VIVELL SAS no tiene en cuenta que en este proceso no se debate la existencia o no del contrato comercial entre VIVELL SAS y JG EFACTIVOS SAS, en tanto dicha entidad no se opuso a dicha declaración, sino que el debate es por la ilegalidad o no de la contratación de la demandante a través de la empresa de servicios temporales; decir que el Despacho no podía declarar la existencia del contrato comercial entre las demandadas, o decir que este terminó en octubre de 2017 es contrario a lo demostrado, en donde reposa que el contrato comercial suscrito el 18 de abril de 2012, en su cláusula 13, expresa que VIVELL SAS debe informar por escrito o vía email a la empresa de servicios temporales el retiro del personal

o la terminación del contrato con un plazo no superior a 3 días y en la misma cláusula establece la estabilidad laboral del personal incapacitado. Que dichas condiciones no fueron acreditadas por parte de VIVELL SAS.

Acoge que la solidaridad fuera reconocida en aplicación del art. 34 del CST, debido a que el dueño de la obra o beneficiario del servicio solo se puede exonerar del pago solidario si acredita que las labores hechas por el trabajador son ajenas a su objeto social y en este caso la actividad de operaria de producción no era ajena a VIVELL SAS y en la sentencia no se dijo que la condena solidaria se debiera a la capacidad financiera.

Respecto al fuero de salud, sostiene que con los anexos de la reforma a la demanda consta la incapacidad medica de octubre de 2017 y se prorrogó hasta noviembre de 2017.

El apoderado del Ministerio del Trabajo solicita sean negadas las pretensiones de la demanda y se declaren probadas las excepciones propuestas en relación con el Ministerio que representa, aduciendo que el Ministerio del Trabajo carece de legitimación para responder por las pretensiones de la demanda.

En lo que respecta a la póliza de garantía y la vinculación del Ministerio del Trabajo, remite al Decreto 4369 de 2006 “Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones.” Y en su art. 17 hizo referencia a la póliza de garantía; que en la demanda se indicó que la notificación de la cancelación del acuerdo entre las partes fue el 23 de octubre de 2017; y con base en la resolución 5039 de 2017 se canceló la autorización de funcionamiento de la empresa de servicios temporales JGEFECTIVOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN previo requerimiento de la póliza de garantía cumplimiento de obligaciones y constancia de pago de prima, sin embargo, la demandante en la demanda no plantea alguna de las situaciones del art. 18 del Decreto 4369 de 2006 compilado en el art. 2.2.6.5.18 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, que presuman en cabeza de la empresa de servicios temporales la iliquidez. Y advirtió que fue la Coordinación del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la dirección Territorial Antioquia del Ministerio del trabajo, la que mediante resolución 5039 de 2017, tomo la determinación de cancelar la autorización de funcionamiento de la empresa JGEFECTIVOS S.A.S. por verificarse la causal objetiva del artículo 22 numeral 2 del Decreto 4369 de 2006, por disolución y liquidación de la sociedad y no por

incumplimiento de las causales del art. 18 de dicho Decreto, por lo que no hay lugar a hacer efectiva la póliza de garantía. Sustenta sus alegatos en la sentencia del 28 de enero de 1994 expediente 7091 del Consejo de Estado.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia se centra en determinar: i) Si el verdadero empleador de la demandante era VIVELL SAS y la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN era un simple intermediario; ii) En caso que se acceda a lo anterior, analizar si el contrato de trabajo tuvo lugar desde el 1º de marzo de 2016 hasta la terminación del contrato de trabajo; iii) Si hay lugar a que VIVELL SAS reintegre a la demandante; iv) Si hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria del art. 65 del CST; v) En caso de no aceptarse el contrato realidad con VIVELL SAS, si hay lugar a mantener la decisión de primera instancia y se condene al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST; vi) Si hay lugar a revocar la solidaridad impuesta a la sociedad VIVELL SAS; vii) Si hay lugar a revocar la indemnización del art. 26 de la Ley 361 de 1997 por no existir estabilidad laboral reforzada.

Partiendo de lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. Del contrato realidad que existió entre la demandante y las sociedades JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN y VIVELL SAS

En primera instancia se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido de la demandante con la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN del 1º de marzo de 2016 y el 23 de octubre de 2017, y a la sociedad VIVELL SAS la consideró como una simple intermediaria (sic). Frente al contrato de aprendizaje dijo que no haría pronunciamiento, pues en la demanda ni en la reforma a la demanda se solicitó tener como un contrato realidad y porque con la pruebas, se evidencia que la existencia del verdadero contrato de aprendizaje al haber cumplido las etapas electiva y de capacitación; además porque si quería atacarlo, debió presentar demanda antes del 17 de febrero de 2016 en vista que la terminación del contrato de aprendizaje tuvo lugar el 17 de febrero de 2016, y el acta de reparto demuestra la presentación de la demanda el 6 de mayo de 2016.

Centrándose el Juzgado en la pretensión de declarar como verdadero empleador a la accionada VIVELL SAS y a JGEFECTIVOS SAS EN

LIQUIDACIÓN como una simple intermediaria, sostuvo que en principio se podría llegar a esa decisión porque hubo prestación personal del servicio, el hecho que la empresa VIVELL SAS en un principio la afilió a la ARL, realizó controles de ausencias laborales y calificó el periodo de prueba, pero por sí solo no determina que la relación laboral fuera con dicha sociedad, en tanto con posterioridad al 16 de diciembre de 2016 no existe prueba en donde se acredite la continua subordinación en cabeza de la accionada VIVELL SAS y que ella no haya vuelto a JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, lo que se deriva del interrogatorio de parte, en donde la accionante manifestó que fue JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN quien le pagó los primeros 6 meses de incapacidad, y con posterioridad fue la EPS; y no hay prueba que la demandante le llevara incapacidades a VIVELL SAS.

Consideró que JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN tenía autorización del Ministerio del Trabajo para desempeñarse como empresa de servicios temporales, su objeto social era el de enviar a trabajadores en misión y podía contratarla por 6 meses prorrogable por 6 meses más, y para el 1º de marzo de 2016 no había cumplido los 6 meses, el cual iría hasta el 8 de febrero de 2017 y fue aceptado que hasta el 10 de diciembre de 2016 prestó sus servicios en misión; que no se conoce lo que sucedió entre el 10 de diciembre de 2016 al 23 de octubre de 2017 (fecha de terminación del contrato de trabajo), no se sabe quien fungió como empleador, ni a quien le reclamó las incapacidades, ni a quien le reclamó la seguridad social.

Manifestó la A Quo, que el contrato celebrado entre la demandante y la empresa de servicios temporales no tiene determinada la obra o labor; que la subordinación de los enviados en misión se delega en la empresa usuaria sin que ello las convierta en un verdadero empleador; que el empleador es JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN en tanto el derecho de petición por medio del cual solicitó el pago de prestaciones sociales y la exigencia de la póliza, fue elevado por la demandante a esta sociedad, en Decreto 1072 de 2015 permite que contrataran a la demandante y la enviaran en misión.

Para analizar este problema, se debe decir que las Empresas de Servicios Temporales están reguladas por la Ley 50 de 1990, en sus artículos 71 a 94, y dentro de la cual se determina que se tratan de empresas 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 Empresas de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de éstas el

carácter de empleador. Es de importancia resaltar que sólo se puede contratar con Empresas de Servicios Temporales por el lapso de 6 meses prorrogables por seis meses más, contrario sensu, **la empresa usuaria se entenderá como verdadero y directo empleador de los trabajadores en misión**, con las consecuencias económicas que ello conlleva, es decir, el pago de salarios, prestaciones y eventuales indemnizaciones, cuando el contrato excede de un (1) año, la realidad prevalece sobre la formalidad trayendo como consecuencia que la empresa usuaria sea declarada judicialmente como el verdadero empleador del trabajador en misión y a la empresa de servicio temporal como un simple intermediario.

En el artículo 77 de la ley mencionada concordada con el art. 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015, se especifican los servicios temporales de colaboración por los cuales una empresa usuaria podrá acudir a la contratación de una Empresas de Servicios Temporales, que se ejecutan a través de trabajadores en misión:

- 1º. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias.
- 2º. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
- 3º. 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 meses prorrogable hasta por seis meses más.**

Pues bien, en la sentencia, radicado 9435 del 24 abril de 1997, la Corte Suprema de Justicia señaló que la responsabilidad del usuario es sui generis, pues tiene dentro de sus instalaciones un trabajador en misión cuyo empleador es la Empresas de Servicios Temporales, pero con ciertas facultades de subordinación, pues puede exigirle “... *el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo tiempo cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T. , con el alcance previsto por el artículo 1, inciso 1 del decreto 2351 de 1965 (C.S.T. S2) esto es lo que obliga frente a los trabajadores al paso durante estos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad que contrae tan sólo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en la respectivo convenio que autoriza la representación*”

Con base en lo anteriormente expresado, sea lo primero señalar que no existe discusión que la demandante celebró un contrato de aprendizaje con la sociedad VIVELL SAS, teniendo en cuenta que existe prueba donde el Centro de Formación de Diseño, Confección y Moda del SENA, envió comunicado de presentación de aprendiz a la sociedad VIVELL SAS el 18 de agosto de 2015, y en la misma fecha se celebró el contrato de referencia con extremos del **18 de agosto de 2015 al 17 de febrero de 2016**, en donde se especificó que la etapa electiva iba del 18 de agosto al 15 de noviembre de 2015 y la etapa productiva del 18 de noviembre de 2015 al 17 de febrero de 2016 (fls. 91 a 93, 98 a 100 del expediente digital 16 de la actuación del Juzgado Diecisiete Laboral), presupuesto que se encuentra acreditado con el registro de entrenamiento realizado a la demandante el 24 de agosto de 2015 (fl. 121); aunado a ello, acepta la demandante y la testigo Gloria Milena Escobar Correa haber celebrado dicho contrato y haberse capacitado allí.

En ese sentido, considera la Sala que no hay lugar analizar la existencia de un contrato realidad desde la celebración del contrato de aprendizaje, bajo el entendido que en la demanda y en su reforma, se solicita la existencia del contrato desde el 1º de marzo de 2016. Por lo que se CONFIRMARÁ lo manifestado en primera instancia respecto a contrato de aprendizaje.

En lo que atañe al contrato por obra o labor celebrado entre la Sra. María Raquel Zuluaga Correa y la empresa de servicios temporales JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, el mismo tuvo lugar desde el **1º de marzo de 2016 al 23 de octubre de 2017**, advirtiéndose que los extremos temporales laborales, no fueron objeto de inconformidad de las partes.

Siendo necesario entrar a determinar, si en la contratación enunciada, se dio cumplimiento a los parámetros de contratación determinado por la Ley 50 de 1990 a las Empresas de Servicios Temporales y quien fungió como verdadero empleador. En ese sentido se debe indicar, que en el contrato se enunció, que el cargo contratado era de Operaria de Producción (fl. 38 del expediente digital 01 de la actuación en Pequeñas Causas).

Para el caso en concreto, no existe discusión y además, se encuentra probado en el expediente de conformidad con las pruebas documentales arrimadas al plenario, lo siguiente:

- Entre las sociedades JGEFECTIVOS SAS e Inversiones Magen SAS, representada por la Sra. Yolanda Prada Bautista, se celebró contrato

denominado “Contrato Comercial con Empresa Usuaria), el 18 de abril de 2012, donde la empresa de servicios temporales se obligaba con la empresa usuaria a mantener trabajadores disponibles para que conforme el art. 77 de la Ley 50 de 1993 y el Decreto 4369 de 2006 fueran enviados en misión para desarrollar *“ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL AUMENTO DE PERSONAL PARA COMERCIALIZACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y MANEJO DE PRENDAS DE VESTIR...”* (fl. 4 a 10 del expediente digital 47)

- La Sra. María Raquel Zuluaga Correa y el GRUPO VIVELL SAS, celebraron contrato de aprendizaje del 18 de agosto de 2015 al 17 de febrero de 2016 (fls. 91 a 93 del expediente digital 16)
- La demandante y la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN celebraron contrato por duración de la obra o labor contratada, el **1º de marzo de 2016** (fls. 38-39 del expediente digital 01 de la actuación en Pequeñas Causas);
- El **23 de octubre de 2017**, la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN allegó a la demandante comunicación denominada *“notificación del acuerdo de cancelación de contrato entre las partes”*, donde informa las condiciones que presenta la empresa JGEFECTIVOS SAS en “LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN” y los embargos, a efectos que lo tuviera presente para la continuidad de la relación contractual; que dicha información se estaría enviando al Ministerio del Trabajo para dar a conocer las condiciones de la empresa (fl 41 del expediente digital 01 de la actuación en Pequeñas Causas);
- En el certificado de existencia y representación de la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, reposa que la sociedad en mención se encuentra disuelta y en proceso de liquidación, actuación registrada en la Cámara de Comercio el 28 de marzo de 2017 (fls. 54 a 59);
- Resolución 5039 del 24 de abril de 2017 del Ministerio del Trabajo, por medio de la cual se canceló la autorización de funcionamiento para actuar como empresa de servicios temporales a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN (fls. 124 a 125)
- Respuesta a oficio, dada por el Ministerio del Trabajo, informa que la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN presenta matrícula cancelada mediante resolución 5039 de 2017 y que la sociedad en mención, no adelantó solicitud de autorización de despido colectivo tras su disolución, liquidación, cancelación y cierre (expediente digital 46)
- Comunicación del 30 de diciembre de 2016, donde la sociedad VIVELL SAS le informó a JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, que partir del

31 de enero de 2017 se daba por terminado el contrato comercial con la empresa usuaria suscrito el 1º de enero de 2016 (fl. 3 del expediente digital 47)

- La sociedad VIVELL SAS dando respuesta a requerimiento del Juzgado, emitió comunicación denominada “Certificado trabajo en misión”, donde señala que la demandante prestó sus servicios como aprendiz del 18 de agosto de 2015 al 17 de febrero de 2016, dividido según su contrato de aprendizaje con tres meses de periodo lectivo entre el 18 de agosto de 2015 hasta el 17 de noviembre del mismo año y tres meses de práctica entre 18 de noviembre de 2015 hasta el 17 de febrero de 2016.

Y señaló que, al terminar el contrato de aprendizaje, se realizó contrato por medio de la empresa temporal JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN en el periodo del **1º de marzo de 2016 hasta el 15 de marzo de 2017** y de este periodo se realizó el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social, por lo que VIVELL SAS estaba al día en los pagos (fl. 11 del expediente digital 47).

Se extrae del interrogatorio de parte de la **Sra. María Raquel Zuluaga Correa**, que estuvo en periodo de aprendizaje y práctica en la sociedad VIVELL SAS y al terminar le dijeron que continuaría laborando para ellos y la mandaron a firmar contrato con JGEFECTIVOS; no recuerda si hubo interrupción entre el momento en que terminó el contrato de aprendizaje y cuando inició su contrato con JGEFECTIVOS; en el contrato que tuvo con JGEFECTIVOS la jefe era la Sra. Yolanda y si debía pedir permiso se lo solicitaba a Alejandro que era el supervisor; supone que Alejandro estaba contratado por el grupo VIVELL SAS porque ellos decían que después de un año los vinculaban; en el tiempo que estuvo incapacitada el pago de la incapacidad las pagó JGEFECTIVOS en los primeros 6 meses y después se las pagó la EPS; en el tiempo que estuvo incapacitada ente el 10 de diciembre de 2016 al noviembre de 2017, se imagina que JGEFECTIVOS le pagó las prestaciones sociales; las incapacidades que le daban ella las radicaba en Colpensiones; el grupo VIVELL SAS le suministró la dotación; no había diferencia en los carnet del personal en misión y del personal de VIVELL SAS, todos decían grupo VIVELL SAS; la última incapacidad que le pagaron fu en octubre de 2017 y no recuerda cuando la despidió JGEFECTIVOS.

La testigo **Gloria Milena Escobar Correa (prima de la demandante y compañera de estudio en el SENA)**, dijo que ella también estuvo vinculada con la VIVELL SAS por un contrato de aprendizaje y después tuvo un contrato con JGEFECTIVOS el 1º de marzo de 2016, ese contrato fue indefinido y la

testigo trabajó hasta abril de 2016; que la demandante firmó el mismo contrato que VIVELL SAS firmaba con las estudiantes del SENA; la demandante trabajó con la empresa VIVELL SAS a partir del 1° de marzo de 2016 con un contrato indefinido y este contrato lo suscribió con la temporal JG; los supervisores de VIVELL SAS le daba las órdenes a la demandante para ejecutar su contrato; la demandante llevaba las incapacidades a la empresa VIVELL SAS y lo sabe porque la testigo muchas veces la acompañaba; asegura que el contrato de la demandante terminó porque esperaron que se cumpliera la incapacidad y no la volvieron a ingresar a laborar; los supervisores era Alejandro y Patricia y ellos estaban contratados por VIVELL SAS y eso lo sabe porque la testigo trabajó con ellos; en caso de que la demandante tuviera que pedir permiso, se pedía a la empresa VIVELL SAS y tenía que hablar con el jefe o con los líderes; no conoció los contratos de los supervisores; la testigo radicó con la demandante y sola, incapacidades en VIVELL SAS; no conoció el contrato firmado por la demandante con la empresa de servicios temporales; a la testigo le pagó los salarios y seguridad social la sociedad JG y firmó contrato con JGEFECTIVOS; la testigo tuvo inconvenientes de acoso laboral estando en VIVELL SAS con la líder y por eso renunció; la demandante no tuvo llamados de atención por parte de la sociedad VIVELL SAS.

Frente a esta prueba testimonial, no se le dará credibilidad, teniendo en cuenta que la Sra. Gloria Milena Escobar Correa aceptó haber firmado contrato con la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN y haber laborado hasta el mes de abril de 2016, por lo tanto, los conocimientos que tenga de lo sucedido entre la fecha de su salida de la empresa de servicios temporales y la terminación del contrato de trabajo (ello es, de abril de 2016 a octubre de 2017) se circunscriben a información que no se obtuvo en forma personal y directa; además de que es evidente su contradicción con lo manifestado por la misma demandante, cuando asegura que la Sra. María Raquel Zuluaga Correa llevó incapacidades a la sociedad VIVELL SAS mientras que la accionante confesó que las incapacidades que le daban, las radicaba en Colpensiones sin mencionar su radicación ante JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN ni VIVELL SAS.

Ahora, fue aportado al plenario el formulario de evaluación de periodo de prueba elaborado por VIVELL SAS, con fecha del 1° de mayo de 2016; control de ausentismos realizados por VIVELL SAS; y entrega de dotación de calzado y vestido de labor por parte del Grupo VIVELL SAS (fls. 41, 65 a 68 del expediente digital 16 de la actuación del Juzgado Diecisiete Laboral).

Frente a dichas pruebas, debe decirse, que para la Sala es evidente **que el verdadero empleador era la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN**, con base en lo siguiente:

- La sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN fue autorizada en la Resolución 1578 del 13 de diciembre de 2011, por el Ministerio del Trabajo, para funcionar como empresa de servicios temporales, conforme se extrae de la Resolución 5039 de 2017(fl. 124 del expediente digital 01 de la actuación en Pequeñas Causas)
- La parte accionada aportó contrato comercial celebrado el 18 de abril de 2012, para que la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN enviara trabajadores en misión (fl. 4 a 10 del expediente digital 47 de la actuación del Juzgado Diecisiete Laboral)
- La demandante y la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN celebraron contrato por duración de la obra o labor para desempeñar el cargo de operaria de producción a partir del 1º de marzo de 2016 como trabajadora en misión (fl. 38 del expediente digital 01 de la actuación en Pequeñas Causas)
- Se encuentra acreditado por medio del certificado de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, que la accionada JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN realizó aportes en los periodos de marzo a octubre de 2017 y planillas de pago por los periodos de febrero de 2017 (fls. 60 a 62 y 66 expediente digital 01 de la actuación en Pequeñas Causas);
- Respuesta a derecho de petición por parte de PROTECCIÓN S.A., donde certifica que la demandante presentó afiliación para el producto de cesantías con la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN desde el 15 de febrero al 3 de noviembre de 2017 (fls. 70 a 71)
- Historia laboral donde se reportan cotizaciones realizadas por la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN del 1º de marzo de 2016 al 31 de octubre de 2017 (fls. 104 a 108)
- Constancia de ARL SURA certifica la sociedad VIVELL SAS afilió a la demandante el **24 de agosto de 2015 hasta el 2 de marzo de 2016**, ello es, en el tiempo en que se ejecutó el contrato de aprendizaje (fls 9 y 11 del expediente digital 16 de la actuación del Juzgado Diecisiete Laboral)
- Se aportó autorización dada por la demandante a JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN para realizar descuento del salario para ahorro programado (fl. 152 del expediente digital 19 de la actuación del Juzgado Diecinueve Laboral)

- Solicitud realizada por la Sra. María Raquel Zuluaga Correa a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN de permiso no remunerado (fl. 156 del expediente digital 19 de la actuación del Juzgado Diecinueve Laboral)
- La demandante elevó derecho de petición a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, solicitando información sobre la liquidación de la empresa, le aportaran constancia de los aportes a la seguridad social realizados (fl. 46 del expediente digital 01 de la actuación en Pequeñas Causas)

Asistiéndole la razón a la Juez de primera instancia cuando señala en su providencia, que el verdadero empleador es la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, ello teniendo en cuenta que en la sentencia SL 1906 de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, reafirmó que las empresas de servicios temporales son verdaderas empleadoras y que, por regla general, son estas las responsables de todas las acreencias laborales de los trabajadores en misión.

Además de evidenciarse que la sociedad VIVELL SAS podía solicitar trabajadores en misión por incremento de la producción o por la prestación de servicios por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más, pues así lo determina la norma y así lo determinó el contrato celebrado entre las dos empresas. Y en ese sentido, el contrato por obra o labor celebrada por la Sra. María Raquel Zuluaga Correa y la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN tuvo lugar el **1° de marzo de 2016**, finalizando los 6 meses el 31 de agosto de 2016 y la prórroga fue de 6 meses más, por lo tanto, iría hasta del 1° de septiembre de 2016 al **28 de febrero de 2017**. Y en ese sentido, nótese que la demandante solo prestó sus servicios hasta el **10 de diciembre de 2016** (fecha en que sufrió accidente de tránsito dado que estuvo incapacitada hasta el 30 de noviembre de 2017).

Bajo ese análisis, se cumplieron los presupuestos establecidos en la norma, sin que se haya superado el año en la labor desempeñada por la demandante como trabajadora en misión.

Otra de las razones para considerar a la empresa de servicios temporales como verdadero empleador, se genera porque la demandante considera que fue la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN la encargada de realizar el pago de sus incapacidades en los primeros 6 meses, pues así lo

manifestó en el interrogatorio de parte, lo que ratifica la calidad de empleador de la sociedad contratante JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN.

Y no hay fundamento para declarar a la sociedad VIVELL SAS como verdadero empleador por haberse terminado el contrato comercial con JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN y haber continuado la demandante prestando sus servicios a la empresa usuaria, toda vez que, en comunicación del 30 de diciembre de 2016 le informan a JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN que la terminación del contrato comercial era a partir del **31 de enero de 2017** (fl. 3 del expediente digital 47 de de la actuación del Juzgado Diecisiete Laboral) y en Resolución 5039 del **24 de abril de 2017** del Ministerio del Trabajo, se canceló la autorización de funcionamiento para actuar como empresa de servicios temporales a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN (fls. 124 a 125), es decir, lo expuesto se dio con posterioridad al momento en que la demandante dejó de prestar sus servicios el **10 de diciembre de 2016** debido al accidente de tránsito que la incapacitó (fl. 135 del expediente digital 31 de la actuación del Juzgado Diecisiete Laboral).

Finalmente, una de las razones de peso para tener como verdadero empleador a la empresa de servicios temporales, es porque obra prueba en el plenario de comunicación donde VIVELL S.A puso de presente a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, la finalización del contrato comercial a partir del **31 de enero de 2017** (fl. 3 del expediente digital 47) y con posterioridad a fecha, expresamente, el **23 de octubre de 2017**, la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN fue esta quien comunicó en misiva a la demandante su situación económica precaria para que lo tuviera en cuenta en la continuidad de su relación contractual (fl. 41 del expediente digital 01), siendo esta última fecha la que en primera instancia se adoptó como fecha de finalización de la relación laboral, en efecto, se entiende que la terminación del contrato fue ejercida por sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN y no por la empresa usuaria VIVELL S.A.

Con fundamento en lo anterior, es por lo que se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia que declara como verdadero empleador, a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN.

Finalmente, frente a la inconformidad de la parte demandante por no haberse analizado la legalidad o ilegalidad del contrato comercial celebrado entre las sociedades demandadas, dicha solicitud no prosperará, porque con ella se

está sorprendiendo a la parte accionada al no haber sido objeto del litigio, y así lo fuera, tampoco se accedería a ello, pues le asiste razón al apoderado de la sociedad VIVELL SAS cuando asegura que no es competencia de la justicia ordinaria laboral. En ese sentido, el pronunciamiento que se realiza es frente a la autorización que tenía la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN para ejercer labores de empresa de servicios temporales y el cumplimiento de las causales determinadas por la ley para que una empresa de servicios temporales envíe trabajadores en misión a la empresa usuaria.

2. De la indemnización moratoria del art. 65 del CST

En primera instancia se absolvió por estar acreditado que la accionada JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN tenía embargado los bienes, y estaba en liquidación, lo que genera que no pudiera realizar los pagos.

Al respecto, de forma reiterada ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL 691 de 2013, SL 16.884 de 2016, SL 2175 de 2022, entre otras, que la imposición de estas indemnizaciones, no es automática, por lo que debe el juez abordar en cada caso los aspectos relacionados con la conducta que asume el empleador para sustraerse del pago de las obligaciones laborales. En forma concreta, la última de las sentencias expresó:

“Es un tema pacífico el hecho de que en tratándose de indemnización moratoria, la buena fe, equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, de que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin probidad o pulcritud (CSJ SL 691 de 2013).

Y es que la indemnización moratoria obedece a una sanción por el no pago de salarios y prestaciones sociales y no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados o liquide indebidamente, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos (CSJ SL3288-2021, reiterada en CSJ SL5290-2021). (...).”

De la prueba aportada se destaca, que:

- En el certificado de existencia y representación de la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, reposa que la sociedad en mención se encuentra disuelta y en proceso de liquidación, actuación registrada en la Cámara de Comercio el **28 de marzo de 2017** (fls. 54 a 59 fl 01 de la actuación en Pequeñas Causas);
- En Resolución 5039 del **24 de abril de 2017** del Ministerio del Trabajo, canceló la autorización de funcionamiento para actuar como empresa de servicios temporales a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN (fls. 124 a 125)
- En comunicación denominada “notificación del acuerdo de cancelación de contrato entre las partes” con fecha del **23 de octubre de 2017**, el empleador le informó a la demandante que se encontraba en liquidación y disolución y que presentaba embargos por dicho motivo y la requirió para llegar a acuerdos (fl 41).

De lo anterior se puede concluir, que previo a la terminación del contrato de trabajo por parte de JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, dicha sociedad ya se encontraba disuelta y en proceso de liquidación, siendo un impedimento para realizar el pago adeudado a la demandante.

No obstante, la buena fe se refleja, con el pago realizado a los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de los periodos de marzo a diciembre de 2017 y de las planillas de pago por los periodos de febrero de 2017 (fls. 60 a 62 y 66); así mismo, en el pago de aportes a pensiones del 1º de marzo de 2016 al 31 de octubre de 2017 que se refleja en la historia laboral (fls. 104 a 108).

Por lo que se aparta esta Sala de la posición expuesta por la apoderada de la parte demandante, y se CONFIRMARÁ la decisión de la sentencia recurrida.

3. De la estabilidad laboral reforzada

En primera instancia se consideró que la demandante tenía estabilidad laboral reforzada, al estar acreditado que tuvo incapacidades desde diciembre de 2016 y las últimas se generaron en octubre a noviembre de 2017; que no era necesaria la existencia de una calificación y tomó como indicio, que la demandante tenía un estado de salud que desde diciembre de 2016 no le permitía ejecutar de manera normal sus funciones, por lo que se

requería autorización del Ministerio del Trabajo para terminar el vínculo, al ser beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada.

Pese a la anterior posición, y al considerar que la terminación del contrato en principio sería ineficaz, manifestó que lo procedente sería ordenar el reintegro pero el mismo no fue ordenado aduciendo que no era claro que su verdadero empleador fuera VIVELL SAS y porque JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN está en liquidación desde el 28 de marzo de 2017, así mismo, porque al comunicarle la terminación del vínculo laboral, no se hizo por razones de su estado de salud sino porque la empresa no podía seguir, y no tenía forma de pagar, y en ese sentido consideró que no era un despido discriminatorio. Pero advierte que si el despido es ineficaz no hay dónde ordenar el reintegro al ser una empresa en liquidación, y con base en ello indicó que la tesis del despacho era **generar la indemnización de 180 días de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997.**

Dicha decisión fue apelada por la parte accionada VIVELL S.A por haberse omitido la confesión de la demandante cuando aseguró que el contrato finalizó cuando no estaba incapacitada; también sostiene que no existe prueba de la que se pueda derivar que la demandante no estaba en condiciones de laborar; considera que su representada no puede ser condenada por el hecho de tener recursos para el pago.

Al respecto, esta Sala CONFIRMARÁ la calidad de sujeto de especial protección de la demandante por su condición de estabilidad laboral reforzada, bajo el entendido que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 propende por la protección de la contratación que se realice frente a personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales y rechaza la posibilidad que la persona con limitación sea despedida *“por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.”*

Partiendo de lo anterior conviene recordar la sentencia SL1360-2018 con radicado 53.394 donde abandona el criterio de la sentencia 36.115 en el que consideraba que artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, señalando lo siguiente:

“...Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. ...

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

*Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el **juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz** (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (...)”.*

Ahora, según lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral entre otras en sentencia STL 3420 de 2020, para que se den los presupuestos de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud se deben cumplir 4 requisitos o condiciones tales como: i) Que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) Que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; **iii) Que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa;** y iv) Que el empleador no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

No obstante, lo anterior, dicha exigencia de la calificación para que opere la estabilidad laboral reforzada ha sido morigerada por dicha corporación en sentencia SL 2586 de 2020, en el sentido de precisar que esta no resulta necesaria al momento de la terminación del contrato de trabajo y que en caso tal, el trabajador puede demostrar a través de diferentes medios probatorios tal situación.

Concordado con lo anterior, debe precisarse que la Corte Constitucional ha expresado en la reiteración de su jurisprudencia que para que opere la protección en mención deben cumplirse los siguientes presupuestos: (i) que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; (ii) **que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido;** y (iii) **que no exista una justificación suficiente para la desvinculación,** de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación, tal y como se ha sostenido en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-040 de 2018, y en la SU 087 de 2022.

Y más recientemente han indicado las dos altas Corporaciones de forma concordante, que corresponde al trabajador probar la condición de salud que le impide desarrollar sus labores en condiciones normales y el conocimiento que de esta tenía el empleador, para a partir del cumplimiento de estas dos cargas, activar la presunción de discriminación que hace que el empleador deba demostrar las **razones objetivas** para terminar el vínculo, pues de no demostrarla procede el reintegro del trabajador, tal y como se describe en las siguientes providencias:

Corte Suprema de Justicia	Corte Constitucional
Sentencia SL-4632-2021	Sentencia T-195-2022
Por ende, <u>el trabajador debe demostrar que fue despedido y que se encontraba limitado en su salud en los grados previstos por el legislador</u> , para que surja en su favor la protección legal, que conlleva a que sea el empleador quien deba probar que las razones invocadas para prescindir de los servicios del trabajador no fueron las concernientes a su limitación y, por consiguiente, ante esa situación acreditada, no se le podía exigir el agotamiento del permiso ministerial.	(...) el juez debe constatar el “deterioro significativo de [la] salud” del trabajador. Esta condición se verifica “siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales”. <u>Esta Corte ha aclarado que dicha condición puede ser probada</u> mediante la historia clínica y las recomendaciones del médico tratante, no es necesario que el accionante haya sido calificado con una pérdida de capacidad laboral “moderada, severa o profunda”, o aporte un certificado que acredite un porcentaje específico de pérdida de capacidad laboral.

De los anteriores apartes jurisprudenciales que guardan diferencia en cuanto al criterio de identificación de la persona beneficiada con la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo destacable es la necesidad de que la persona que reclama la protección demuestre que al momento en que fue terminado su contrato de trabajo se encontraba en una condición de salud que impedía realizar sus labores en condiciones regulares, siguiéndose por esta Sala el criterio establecido por la jurisprudencia constitucional para la identificación de la persona titular del denominado “*fuero de salud*”, criterio ampliamente reiterado y que en la actualidad se recoge en la sentencia **SU-087 de 2022** en la que de forma enunciativa se consignó una tabla para servir de criterio orientativo a los jueces para identificar aquellos casos en los que se esté en presencia de una estabilidad laboral reforzada por motivos de salud, la cual se transcribe para mejor ilustración así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido. (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral. (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico. (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido.
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental. (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad. (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL.
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%. (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto.

Para acreditar el requisito del conocimiento del estado de Salud del trabajador que debe tener el empleador, la Corte Constitucional en la sentencia precitada, ha adoptado algunos criterios o casos a tenerse en cuenta para acreditar este conocimiento tales como:

- “1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.

4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.

5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.

6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.

7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador”¹ (Resalto de la Sala)

Precisándose que, por el contrario, este conocimiento no se acredita cuando (i) ninguna de las partes prueba su argumentación; (ii) la enfermedad se presenta en una fecha posterior a la terminación del contrato; (iii) el diagnóstico médico se da después del despido; y (iv) pese a la asistencia a citas médicas durante la vigencia de la relación, no se presentó incapacidad o recomendaciones laborales como consecuencia de dichas citas médicas.

Y recientemente en sentencias SL 1152 y 1154 de 2023, consideró necesario tener en cuenta al momento de analizar la estabilidad laboral reforzada, los alcances de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, señalando que el concepto de discapacidad se genera cuando se presenta una interacción entre “*personas con deficiencia y las barreras externas*” que impiden al trabajador que actúe en forma igualitaria a nivel social, político, económico y cultural. Determinó la Corte Suprema de Justicia, que, para dar aplicación a la estabilidad laboral reforzada, deben concurrir dos elementos: “*1. La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo. 2. La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.*”, y determina como barreras de acceso, las actitudinales, comunicativas, y físicas. Estas últimas (las físicas) entendidas como “*obstáculos materiales, tangibles o contruados que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las*

¹ T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

personas con discapacidad.”. Y concluyó reiterando la necesidad de solicitar permiso del Ministerio del Trabajo para despedir a una persona con una discapacidad, de no hacerlo, se presumiría que la terminación fue discriminatoria, estando en cabeza del empleador demostrar lo contrario, y en caso de iniciarse un proceso laboral señaló:

“... a las partes les concierne lo siguiente:

- Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.*
- Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.”*

Para el caso bajo estudio, en atención a las cargas procesales contenidas en los artículos 164 y 167 del C.G.P y después de ser valorada en su conjunto las pruebas aportadas al proceso, con base en las reglas de la **sana crítica y la libre formación del convencimiento** (art. 61 del CPL), extrae de la prueba aportada al plenario, que:

- La demandante sufrió accidente de tránsito el **10 de diciembre de 2016** según reposa en el informe de policía de accidente de tránsito de fl. 43 del expediente digital 31, y con ocasión a dicho accidente, el diagnóstico fue el de contusión de la rodilla y fractura de la epífisis superior de la tibia (fl. 49 del expediente digital 31)
- Dentro de la historia clínica se evidencia que adicional al diagnóstico de fractura de la epífisis superior de la tibia, tenía desgarro de menisco, y esguince y torcedura que comprometían el ligamento cruzado anterior-posterior de la rodilla (expediente digital 31)
- En la historia clínica del 16 de junio de 2017 se plasmó “*Análisis. Accidente de Tránsito Conductora Lesión de LCA con lesión de menisco. Lleva mucho tiempo con bastón, incapacitada y sin recuperación completa de los arcos de movimiento por lo que se observa una restricción de isquiotibiales cuádriceps y un dolor patelofemoral residual asociado al trauma previo. Estas condiciones limitaran la rehabilitación. Ya se programó Cx ambulatoria...*” fl. 94.

- De la historia clínica del 29 de agosto de 2017, se extrae que el 3 de agosto de 2017 le realizaron a la demandante *“Remodelación de su menisco y reconstrucción en LCA”* (fl. 108)
- La Sra. María Raquel Zuluaga Correa tuvo constantes consultas de control y seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología, el cual le otorgó incapacidades laborales con ocasión del accidente de tránsito que tuvo lugar el **10 de diciembre de 2016, hasta el 30 de noviembre de 2017**, tal y como reposa en la historia clínica aportada a fls. 46 a 133 del expediente laboral 31.
- Dentro del plan de evaluación, el médico tratante le ordenó 10 sesiones de fisioterapia el 29 de agosto de 2017 (fl. 109) y en la cita del 5 de octubre de 2017 le ordenó 10 fisioterapias más, según consta en la historia clínica de fl. 112; a fl 115 se demuestra que asistió una de dichas terapias el 19 de octubre de 2017.

Se concluye de lo anterior, que la deficiencia física que tenía la demandante era una barrera física que limita el ejercicio efectivo de las funciones y ello generaba una desigualdad de frente a sus demás compañeros de trabajo, lo que genera que la demandante contara con fuero de salud a la terminación del contrato de trabajo que tuvo lugar el 23 de octubre de 2017, debiendo ser CONFIRMADA la decisión de la A Quo, cuando consideró la estabilidad laboral reforzada con que contaba la accionante.

4. Respecto a la solidaridad

En primera instancia se declaró la solidaridad de la sociedad VIVELL SAS en calidad de simple intermediaria porque era su deber hacer exigible la póliza si existía un incumplimiento y porque para la A Quo no es claro que el contrato hubiera terminado con la empresa JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN en diciembre de 2016 y porque en este caso aplica el art. 34 del CST, en tanto que las personas jurídicas o naturales se exoneran del pago, siempre que acrediten que las labores le son ajenas al giro de sus negocios y en este caso se demostró que la trabajadora en misión se envió para desempeñar el cargo de Operaria de Producción.

Decisión que será REVOCADA, por las siguientes razones:

En el Código Sustantivo del Trabajo se encuentra consagrada varios tipos de solidaridad, entre otras, la solidaridad de los contratistas independientes en el art 34, de los simples intermediarios en el art. 35 y la responsabilidad

solidaria de los socios de sociedades de personas en el art. 36. Esta normatividad es de carácter restrictivo por ser sancionatoria la norma, por ello debe ser aplicada de manera exegética, y en nuestra legislación no quedó consagrada norma expresa que determine la solidaridad de los usuarios que contraten con empresas de servicios temporales.

Ahora, no se acoge la posición de declarar la calidad de simple intermediaria de la sociedad VIVELL SAS, por lo siguiente:

Queda demostrado que la empresa de servicios temporales JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN es el verdadero empleador de la hoy demandante, pues contaba con autorización del Ministerio del Trabajo para funcionar como empresa de servicios temporales, y la demandante fue enviada a la empresa usuaria VIVELL SAS para cumplir el cargo de Operaria de Producción, y al haberse prestado el servicio sin sobrepasar el término de 6 meses prorrogable por 6 meses más, es por lo que se debe considerar que la sociedad VIVELL SAS ciertamente fungió como **empresa usuaria** frente a la cual no es dable aplicar la solidaridad de la simple intermediaria (art. 35 del CST), pues la lógica enseña que si la persona prestó sus servicios en el aumento de producción de la misma empresa, no cabría aplicar las definiciones previstas en el artículo 35 del CST.

A nivel jurisprudencial, se ha decantado en posición pacífica que cuando se incumplen los requisitos exigidos por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 CST, esto es: la EST se constituyó ilegalmente, cuando no se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias o para remplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad o para atender incrementos en la producción, en la prestación de servicios o excediendo el término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más, se entiende como verdadera empleadora la usuaria y como simple intermediaria la EST, sin que exista pronunciamiento contrario, es decir, donde se le dé la calidad de simple intermediaria a una empresa que efectivamente fungió como empresa usuaria, pues se repite no es lógico que la empresa usuaria contrate servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de ella misma.

En conclusión, al haber cumplido la sociedad VIVELL SAS el rol de empresa usuaria, dicho actuar no se enmarca en las solidaridades de los arts. 34 a 36 del CST, y aunado a ello, la labor ejecutada por la demandante se encuentra dentro de los parámetros determinados en el art. 77 de la Ley 50 de 1990, es

por lo que se considera que la sociedad VIVELL SAS no es solidariamente responsable de las condenas impuestas a la sociedad JGEFECTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, debiendo ser REVOCADA PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, y en su lugar se ABSOLVER a VIVELL SAS de la solidaridad endilgada.

La anterior decisión se sustenta en la sentencia SL 4162 de 2021 en donde se expuso:

1. “La solidaridad en el caso de contratistas independientes y en el de empresas de servicios temporales

Para evitar el uso indebido de la figura de contratista independiente o el desconocimiento o la afectación de los derechos laborales del personal que aquel emplea para llevar a cabo la obra contratada, el beneficiario o dueño de esta es responsable solidariamente de dichas obligaciones cuando se trate de labores que no sean extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, conforme lo previsto en el artículo 34 del Estatuto Laboral antes transcrito (CSJ SL, 12 jun. 2009, rad. 33082, CSJ SL, 1.º mar. 2010, rad. 35864, CSJ SL, 24 ag. 2011, rad. 40135 y CSJ SL, 26 sep. 2000, rad. 14038). Precisamente, en la segunda providencia referida la Corporación explicó:

Es cierto que la jurisprudencia de la Sala, al interpretar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fundado la solidaridad laboral en la relación que exista entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario y dueño de la obra, en cuanto ese artículo preceptúa que: “Pero el beneficiario 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 (...).

Por manera que, como lo dijo en la sentencia en la que se apoyó el Tribunal y ha considerado la Sala que, “para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo”, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

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

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

Asimismo, la legislación y la jurisprudencia de la Corporación han establecido otras situaciones en las que también se configura la responsabilidad solidaria entre las empresas de servicios temporales y las usuarias, tal como ocurre en los casos de: (i) **omisión de la información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral de trabajadores en misión** – artículo 13 del Decreto 4369 de 2006-; (ii) **cuando se contrata a una empresa de servicios temporales sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución y funcionamiento** -artículo 20 numeral 3.º ibidem-, y (iii) **cuando la empresa usuaria ha desbordado el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales**, tal como ocurre cuando incumple las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 –parágrafo artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006- (CSJ SL467-2019), o cuando le ocurre un infortunio laboral por orden de la empresa usuaria en una labor distinta a la que generó el envío de aquel por parte de la E.S.T. (CSJ SL15195-2017).

3. **Análisis del caso en concreto**

Conforme al anterior marco normativo, la Sala advierte que en el presente caso no es objeto de discusión que la relación entre la empleadora y las entidades respecto a las que se solicitó su condena solidaria se dio bajo **la convicción de estar en el marco de una intermediación laboral entre una E.S.T. y una compañía usuaria**.

Asimismo, tampoco se discutió el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada que acordaron el accionante y la E.S.T. como trabajador en misión para el desempeño en funciones de ayudante de construcción de las instalaciones en Neiva de la Clínica Medilaser S.A.

Así las cosas, es evidente que **el ad quem confundió la institución del contratista independiente con la de las empresas de servicios temporales, figuras jurídicas que son autónomas e independientes, de modo que no es posible analizar la figura de la solidaridad conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues Temporal Efectivos Ltda. no actuó como contratista independiente. (...)**” (Resalto fuera del texto).

Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, y en su lugar **ABSOLVER** a VIVELL SAS de la solidaridad endilgada, por las razones analizadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-17-2021-00514-01
Radicado Interno 141-23



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:

DEMANDANTE : MARÍA RAQUEL ZULUAGA CORREA
DEMANDADO : JGEFECTIVOS SAS (EN LIQUIDACIÓN) Y VIVELL SAS
TERCERO INTERVINIENTE: MINISTERIO DEL TRABAJO
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-17-2021-0514-01
RADICADO INTERNO : 141-23
DECISIÓN : REVOCA PARCIALMENTE, ABSUELVE Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

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/148> 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 18 de diciembre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 18 de diciembre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO