Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada por la secretaría de la Corporación, únicamente las vinculadas Activos S.A. y S&A Servicios y Asesorías S.A.S., así como la llamada en garantía Liberty Seguros S.A., remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede.

Pereira, 6 de septiembre de 2023.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, VEINTICINCO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 147 de 18 de septiembre de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 7 de junio de 2023, dentro del proceso que le promueve el señor **HÉCTOR BUITRAGO HENAO** y al cual fueron vinculadas en calidad de litisconsortes necesarios las sociedades **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, **ACTIVOS S.A.**, **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.**, **TEMPORALES 1A S.A.S.** y **CONFIANZA S.A.**, habiéndose llamado en garantía a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, cuya radicación corresponde al N°66001310500420180058001.

Cuestión Previa

Es conocida la postura que frente a este tipo de asuntos ha adoptado quien aquí hace las veces de Magistrado Ponente, consistente en que, en acatamiento del Auto 492 de 11 de agosto de 2021 emitido por La Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando se demanda a una entidad estatal con la finalidad de buscar la declaratoria de un contrato de trabajo bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer el asunto, explicándose que ello opera en razón a que los demandantes se encuentran controvirtiendo actos administrativos emitidos por las entidades del Estado accionadas que gozan de la presunción de legalidad y, por lo tanto, es dicha jurisdicción la competente para resolver sobre esos precisos aspectos.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que La Sala Plena de la Corte Constitucional emitió Auto 252 de 2022 en el que analizó un caso de similares

connotaciones al que aquí se plantea, esto es, una acción en contra de una Empresa de Servicios Temporales y de una entidad del Estado con la que se pretende el reconocimiento de derechos laborales por parte de aquellas, para esa específica situación fáctica, emitió como **regla de decisión que**: *“Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las demandas en las que, en el marco de una relación laboral con una empresa temporal, se solicita el reconocimiento de derechos laborales -salariales y prestacionales- tanto a la empresa temporal como a la usuaria, cuando quiera que esta última (i) sea una entidad pública cuya regla general de vinculación sea la de empleado público, y (ii) dentro del trámite no pueda desvirtuarse prima facie tal parámetro de vinculación”*.

Es entonces, siguiendo tal precisión que, de acuerdo con lo esgrimido por la autoridad competente para dirimir los conflictos de jurisdicción en dicho Auto 252 de 2021, el Magistrado Ponente aplicó dicha postura y recogió los planteamientos que había emitido en salvamento de voto en providencia proferida por esta Sala de Decisión dentro del proceso adelantado por el señor Carlos Arturo Restrepo Álvarez en contra del Fondo Nacional del Ahorro y al cual fueron vinculadas en calidad de litisconsorte necesarios las sociedades Optimizar Servicios Temporales S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S., Temporales 1A S.A.S. y Confianza S.A., proceso cuya radicación corresponde al N°66001310500420190028502; indicando allí que, en adelante, continuaría realizando el estudio correspondiente para determinar en cada caso, con base en la **regla de decisión allí plasmada**, cuál es la jurisdicción competente para conocer el asunto; como se procederá a continuación.

Clasificación de los Servidores Públicos del FNA

El artículo 17 de la ley 432 de 1998 establece que *“Los servidores públicos vinculados a la planta de personal del Fondo Nacional de Ahorro serán trabajadores oficiales, con excepción de quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Subdirectores Generales y Coordinadores de dependencias regionales, quienes tendrán la calidad de empleados públicos.”*

De acuerdo con lo expuesto en la norma en cita, por regla general los servidores públicos vinculados al Fondo Nacional del Ahorro ostentan la calidad de **trabajadores oficiales** y por excepción la de empleados públicos.

Ahora, al aplicar la regla de decisión contemplada en el Auto 252 de 2022, al presente asunto, se tiene que, al iniciar la presente acción el señor Héctor Buitrago Henao afirmó haber prestado sus servicios a favor del FNA en el cargo de **“Comercial III – Front Comercial”** ejecutando como funciones las de *“asesoría e información al usuario sobre los procedimientos relacionados al trámite de afiliación, de*

ahorro voluntario, crédito hipotecario y educativo; traslado de cesantías, cumplimiento de metas comerciales, revisión del cumplimiento de la totalidad de requisitos en las solicitudes presentadas por el cliente, asistencia a reuniones y capacitaciones, entre otras”; hechos que permiten entrever, según lo expuesto por el demandante, que los supuestos servicios prestados a favor de la entidad estatal accionada corresponderían a los ejecutados por uno de sus trabajadores oficiales **-regla general de vinculación-** y no los de un empleado público que corresponde a los cargos de Director General, Secretario General, Subdirectores Generales y Coordinadores de dependencias regionales; por lo que, **el presente asunto es de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral correspondiendo ahora que la Corporación continúe con el trámite, esto es, la resolución del recurso de apelación interpuesto por el FNA en contra de la sentencia de primer grado.**

ANTECEDENTES

Pretende el señor Héctor Buitrago Henao que la justicia laboral declare que: i) Entre él y el Fondo Nacional del Ahorro existen uno o varios contratos de trabajo a término indefinido desde el 5 de agosto de 2011, que se han ejecutado sin solución de continuidad; ii) Es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el FNA y el sindicato de sus trabajadores Sindefonahorro.

Con base en esas declaraciones, aspira que se condene al Fondo Nacional del Ahorro a reconocer y pagar la diferencia salarial existente entre lo realmente devengado y la remuneración reconocida a un trabajador oficial, el reajuste de las prestaciones sociales legales, las prestaciones convencionales *-estímulo de recreación, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de alimentación-*, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, la indexación de las sumas reconocidas, el reajuste de los aportes al sistema general de seguridad social, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: El Fondo Nacional del Ahorro suscribió varios contratos de prestación de servicios para el suministro de personal con las sociedades Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.; de acuerdo con esas relaciones contractuales, las referidas sociedades lo vincularon a través de contratos de trabajo por obra o labor desempeñando el cargo de “Comercial III – Front Comercial”, siendo remitido en misión al Fondo Nacional del Ahorro desde el 5 de agosto de 2011; las tareas que le correspondió ejecutar fueron impuestas directamente por el Fondo Nacional del Ahorro y consistían en *“la asesoría e información al usuario sobre los procedimientos relacionados al trámite de afiliación, de ahorro voluntario, crédito hipotecario y educativo; traslado de cesantías, cumplimiento de metas comerciales, revisión del cumplimiento de la totalidad de requisitos en las solicitudes presentadas por el cliente, asistencia a reuniones y capacitaciones, entre otras”*; el salario que devengó durante toda la relación laboral fue inferior al que devengaba un trabajador oficial – técnico

administrativo grado 2 de la planta del FNA, diferencia que se expone en el hecho décimo segundo de la demanda; la totalidad de los trabajadores de la entidad demandada están cobijados por la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el FNA y Sindefonahorro, tal y como lo establece su artículo 3; al ser beneficiario del referido compendio normativo, tiene derecho a que se le reconozca el estímulo de recreación, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y el subsidio mensual de alimentación.

Luego de elevar la reclamación administrativa tendiente a que se le reconocieran y pagaran los derechos que aquí reclama, el FNA emitió el acto administrativo 02-2303-201808140500871 en el que decidió negar cada uno de los emolumentos solicitados, argumentando que entre ellos no existió una relación laboral.

La demanda fue admitida en auto de 6 de diciembre de 2018 -archivo 04 C02 carpeta primera instancia-.

El Fondo Nacional del Ahorro contestó la acción -archivos 12 C01 y 62 C02 carpeta primera instancia - aceptando que suscribió contratos de prestación de servicios con las sociedades Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.; afirmando a continuación, que entre esa Empresa Industrial y Comercial del Estado y el señor Héctor Buitrago Henao no existió uno o varios contratos de trabajo como se sostiene en el libelo introductorio, ya que él nunca fue contratado directamente por el FNA. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Formuló las excepciones de mérito de *“Inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador del demandante”, “Buena fe”, “Compensación” y “Prescripción”*.

En escrito adjunto -archivo 13 C02 carpeta primera instancia- la entidad accionada solicitó que fuera llamada en garantía Liberty Seguros S.A., con la finalidad de que, en caso de que llegare a ser condenada, se le ordene a esa aseguradora que proceda a afectar las pólizas 2436541 y 2533998 constituidas a su favor por la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A. para que se reembolsen las sumas de dinero que tenga que pagar por concepto de condenas impuestas en el proceso.

La sociedad S&A Servicios y Asesorías S.A.S. contestó la demanda -págs.1 a 12 archivo 40 C02 carpeta primera instancia- expresando que sostuvo una relación comercial con el Fondo Nacional del Ahorro consistente en el suministro de personal misional, razón por la que vinculó al señor Héctor Buitrago Henao, quien efectivamente fue remitido en misión a la entidad usuaria, pero indicando que al actor se le cancelaron adecuadamente sus salarios y prestaciones sociales. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de *“Sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no aplicable a Servicios y Asesorías S&A”, “Concurrencia de responsabilidad limitada solo a los periodos de trabajo vinculados a S&A*

Servicios y Asesorías”, “No solidaridad, para la empresa se servicios temporales, ni aplicación de la convención colectiva de trabajo de los empleados del FNA”, “Pago total de las obligaciones salariales y demás prestaciones hasta la fecha”, “Buena fe en el desarrollo de los contratos e imposibilidad de aplicar las sanciones”, “Excepción de prescripción”, “La calidad de trabajador oficial o empleado público, no solicitada, ni probada, imposibilidad de aplicar sus beneficios”, “Excepción genérica”.

La sociedad Activos S.A.S. respondió la demanda -págs.15 a 19 archivo 40 y archivo 64 C02 carpeta primera instancia- manifestando que dicha entidad es una empresa de servicios temporales que, en ejercicio de su actividad, envió como trabajador en misión al Fondo Nacional del Ahorro al señor Héctor Buitrago Henao entre el 1° de octubre de 2015 y el 15 de noviembre de 2015, pagándosele todos los emolumentos a los que tenía derecho. No se opuso a las pretensiones elevadas por el demandante, advirtiendo que ninguna de ellas está dirigida en contra de Activos S.A.S.; pero planteó las excepciones de *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”* y *“Buena fe”*.

La aseguradora Confianza S.A. contestó la acción -págs.93 a 119 archivo 40 C02 carpeta primera instancia- expresando que al señor Héctor Buitrago Henao se le *“pagó con cargo a la póliza DL007987 la liquidación de conformidad con los documentos allegados por la liquidadora de Optimizar en cumplimiento de las resoluciones proferidas por el Ministerio del Trabajo.”*. Se abstuvo de pronunciarse frente a las pretensiones de la demanda al no existir ninguna de ellas dirigidas en su contra y a continuación propuso adecuadamente sus excepciones de mérito.

Liberty Seguros S.A. respondió la demanda y el llamamiento en garantía -archivo 68 C02 carpeta primera instancia- expresando frente a los hechos relatados en la acción que no le constaban, pero se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas por el señor Héctor Buitrago Henao y planteó como excepciones de *“Pago de la obligación”, “Improcedencia de la declaratoria de existencia de relación laboral directa de la demandante con el Fondo Nacional del Ahorro”, “Improcedencia de sanción moratoria de la que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo”, “La declaratoria del actor como trabajador del Fondo Nacional del Ahorro hace improcedente la efectividad de la póliza de cumplimiento expedida por Liberty Seguros S.A.”*, *“Prescripción”* y *“Genérica”*.

Frente al llamamiento en garantía aceptó la suscripción de las pólizas relacionadas por el Fondo Nacional del Ahorro en donde dicha entidad se encuentra como asegurada o beneficiaria; sin embargo, no se opuso a las pretensiones manifestando que, en caso de que tuviere que responder por las condenas impuestas a la entidad accionada, únicamente se puede hacer en los términos de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales. Formuló debidamente las excepciones de mérito que pretende hacer valer ante el llamamiento en garantía realizado por el Fondo Nacional del Ahorro.

A pesar de haber sido notificados debidamente del auto admisorio de la demanda, las vinculadas Optimizar Servicios Temporales S.A. y Temporales 1A S.A.S. dejaron transcurrir en silencio el término otorgado para responder la demanda, motivo por el que el juzgado de conocimiento en auto de 5 de diciembre de 2022 -archivo 65 C02 carpeta primera instancia- tuvo por no contestada la acción por cuenta de esas entidades.

En sentencia de 7 de junio de 2023, la funcionaria de primer grado, luego de verificar las pruebas aportadas en el plenario, determinó que entre el Fondo Nacional del Ahorro y las sociedades Optimizar Servicios Temporales S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S. y Temporales 1A S.A.S. existieron varios contratos comerciales que tenían como objeto la provisión de trabajadores en misión a la entidad usuaria, esto es, al Fondo Nacional del Ahorro; estando demostrado también que el señor Héctor Buitrago Henao fue vinculado por esas entidades entre el 5 de agosto de 2011 y el 11 de noviembre de 2019, siendo remitido por ellas en misión al Fondo Nacional del Ahorro, en donde prestó sus servicios como asesor comercial front; no obstante, a continuación, sostuvo que en este caso no se cumplió con ninguna de las tres posibilidades que otorga la ley para remitir trabajadores en misión, además de haberse excedido el término máximo para ejecutar actividades como trabajador en misión, razón que la llevó a concluir que las sociedades vinculadas en calidad de litisconsorte necesario operaron como unas simples intermediarias entre las partes y en consecuencia declaró que entre el señor Héctor Buitrago Henao y el Fondo Nacional del Ahorro existió un contrato de trabajo que se prolongó entre el 5 de agosto de 2011 y el 11 de noviembre de 2019, advirtiendo que los derechos surgidos de esa relación contractual que se hicieron exigibles con antelación al 14 de agosto de 2015 se encuentran cobijados por la prescripción.

En cuanto a la nivelación salarial, sostuvo que el actor no cumplió con la carga que le correspondía, ya que no demostró haber ejecutado las mismas funciones de un trabajador oficial de planta del Fondo Nacional del Ahorro, motivo por el que negó dicha pretensión y en consecuencia la pretensión encaminada a que se reajustara el valor pagado por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.

Al verificar el contenido de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Fondo Nacional del Ahorro y el sindicato de sus trabajadores, estableció que las normas contenidas en ese compendio normativo le son aplicables a la totalidad de los trabajadores de dicha entidad, de acuerdo con lo establecido en su artículo 3°, por lo que definió que el señor Buitrago Henao tiene derecho a que se le reconozca y pague el estímulo de recreación, la bonificación por recreación, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima quinquenal en las sumas determinadas en el ordinal segundo de la providencia.

No accedió al subsidio de alimentación, argumentando que, de acuerdo con lo previsto en la convención colectiva de trabajo, esa prestación económica se reconoce a los trabajadores que devenguen mensualmente menos de determinado monto y como el actor percibió una suma superior, no generó a su favor esa prestación.

Frente a la sanción moratoria, indicó que si bien en este tipo de casos en los que la entidad accionada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado no opera la sanción prevista en el artículo 65 del CST, lo cierto es que se entiende que el actor está reclamando la indemnización moratoria prevista en el decreto 797 de 1949, agregando que, como lo ha definido la jurisprudencia nacional, ese tipo de sanciones no opera de manera automática; pero, a renglón seguido, concluyó que el Fondo Nacional del Ahorro no demostró que la omisión en el pago de esas prestaciones económicas hubiere ocurrido por un accionar de buena fe, razón por la que lo condenó a reconocer y pagar la suma diaria de \$61.666 diarios a partir del 12 de febrero de 2020 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

Respecto al reajuste de los aportes al sistema general de pensiones, sostuvo que ninguna de las prestaciones convencionales reconocidas constituye factor salarial y por tanto no sirven de base para realizar las cotizaciones en pensiones, motivo por el que no hay lugar a acceder a esa pretensión.

Así mismo, indicó que las prestaciones económicas reconocidas a favor del señor Héctor Buitrago Henao no surgen por el incumplimiento de las sociedades vinculadas en calidad de litisconsortes necesarios, razón por la que las pólizas de seguro contratadas por ellas en beneficio del Fondo Nacional del Ahorro no se pueden afectar, lo que llevó a absolver a las aseguradoras Confianza S.A. y Liberty Seguros S.A. de las pretensiones que se hayan dirigido en su contra.

Finalmente, condenó en costas procesales al Fondo Nacional del Ahorro en un 80%, en favor de la parte actora.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del Fondo Nacional del Ahorro interpuso recurso de apelación argumentando que entre esa entidad y el señor Héctor Buitrago Henao no existió un contrato de trabajo como lo definió erradamente la falladora de primera instancia, por cuanto en el proceso quedó acreditado que el demandante tuvo varios contratos de trabajo, pero con las empresas temporales de servicios que fueron vinculadas al proceso en calidad de litisconsortes necesarios, habiendo quedado acreditado que el Fondo Nacional del Ahorro simplemente fungió como una usuaria de aquellas, quedando facultada para imponer órdenes al demandante, sin que ello implicara una relación directa con al FNA. Por lo expuesto,

solicita que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, para que en su lugar se absuelva a la entidad accionada de la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, únicamente el Fondo Nacional del Ahorro y S&A Servicios y Asesorías S.A.S. hicieron uso del derecho a remitir en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto a su contenido, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”*, baste decir que los argumentos expuestos por el Fondo Nacional del Ahorro coinciden con los plasmados en la sustentación del recurso de apelación; mientras que los emitidos por la vinculada S&A Servicios y Asesorías S.A.S. se circunscriben en solicitar incólume la decisión adoptada en primera instancia frente a esa entidad.

Atendidos los argumentos expuestos, a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURIDICOS:

¿Se cumplió alguno de los presupuestos exigidos en los artículos 77 de la ley 50 de 1990 y 6° del decreto reglamentario 4369 de 2006, que permitan concluir que el señor Héctor Buitrago Henao prestó sus servicios a favor del Fondo Nacional del Ahorro en calidad de trabajador en misión remitido por las sociedades Optimizar Servicios Temporales S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S. y Temporales 1A S.A.S.?

Conforme con la respuesta al interrogante anterior ¿Hay lugar a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito para en su lugar negar las pretensiones de la demanda?

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

1. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES EN MISION.

Establecen los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y el 6° del Decreto Reglamentario 4369 de 2006, los eventos en los cuales se permite la contratación de trabajadores en misión, en los siguientes términos:

“1. Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio”.

Sobre el tema bajo análisis, ha sido pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en sostener que en los casos en que la contratación de trabajadores en misión tiene un objeto diferente a los anunciados o supera los términos previstos, **quien funge como usuario necesariamente es el verdadero empleador, desplazando a la Empresa de Servicios Temporales a la condición de simple intermediaria**; postura que fue reiterada en sentencia CSJ SL4330 -2020.

2. EL PRINCIPIO DE CONSONANCIA.

Prevé el artículo 66A del CPT y de la SS, que la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

EL CASO CONCRETO.

No se encuentra en discusión en esta sede, al no haber sido motivo de controversia por parte de la entidad recurrente, que: i) El Fondo Nacional del Ahorro y las Empresas de Servicios Temporales vinculadas como litisconsortes necesarias suscribieron varios contratos comerciales para el suministro de personal en misión; ii) Como producto de esas relaciones comerciales, las EST Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S. y Temporales 1A S.A.S. remitieron en misión al señor Héctor Buitrago Henao para prestar sus servicios a favor del Fondo Nacional del Ahorro entre el 5 de agosto de 2011 y el 11 de noviembre de 2019.

Ahora bien, asegura el apoderado judicial del Fondo Nacional del Ahorro en la sustentación del recurso de apelación, que esa entidad no fungió como el verdadero empleador del señor Héctor Buitrago Henao, debido a que la calidad de empleadores la ocuparon en este caso las Empresas de Servicios Temporales vinculadas al proceso, mientras que el FNA actuó como una simple usuaria de aquellas, cumpliéndose con las exigencias previstas en la ley.

En atención al principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPT y de la SS, claro es que el apoderado judicial de la entidad accionada no controvertió el

hecho consistente en que el señor Héctor Buitrago Henao prestó sus servicios personales a favor del Fondo Nacional del Ahorro *-por remisión de las Empresas de Servicios Temporales vinculadas al proceso-*, de manera continua e ininterrumpida entre el 5 de agosto de 2011 y el 11 de noviembre de 2019, esto es, por lapso de 8 años 3 meses y 7 días; periodo en el que, según lo expresado por el testigo y compañero de trabajo en el FNA Carlos Alberto Espinal Parra *-quien hizo un relato espontáneo, claro y diáfano sobre las particularidades del caso, sin tener la intención de favorecer con sus dichos los intereses de la parte actora-*, el señor Buitrago Henao siempre desempeñó el cargo de asesor comercial front, en el que ejecutó tareas de asesoramiento e información a los usuarios del FNA, debiendo asistir, no solamente a las ferias y olimpiadas de vivienda programas por la entidad demandada, sino también a todas las actualizaciones, capacitaciones y actividades lúdicas realizadas por dicha entidad, explicando que era el Fondo Nacional del Ahorro quien recibía las hojas de vida de los trabajadores y, una vez las aprobaba, los remitía para que se vincularan a través de las Empresas de Servicios Temporales que el FNA definiera, añadiendo que el único papel que jugaban las EST era como pagador; así mismo informó que ellos debían seguir todas las instrucciones y órdenes impartidas por el Fondo Nacional del Ahorro a través de sus funcionarios de planta, quienes se encontraban en la ciudad de Bogotá; finalizó su relato asegurando que el demandante no fue contratado para realizar reemplazos de vacaciones o licencias por incapacidad.

Así las cosas, conforme con lo expuesto, no queda ninguna duda que en este caso no se cumplió con ninguna de las exigencias previstas en los artículos 77 de la ley 50 de 1990 y 6° del decreto reglamentario 4369 de 2006, ya que el señor Héctor Buitrago Henao no fue contratado para desempeñar labores ocasionales, accidentales o transitorias, ni mucho menos para reemplazar personal en vacaciones o en uso de licencias por incapacidad, ni tampoco para atender incrementos en la producción; siendo evidente que las labores para las que fue contratado eran permanentes, al punto que ejecutó las mismas labores durante 8 años 3 meses y 7 días, excediendo el plazo máximo de doce (12) meses fijado en el párrafo de las normas en cita, en el que, vale la pena recordar, se establece que *“Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio”* previsión legal que a todas luces no fue cumplida por el Fondo Nacional del Ahorro, quien por el contrario, lo que hacía era celebrar nuevos contratos comerciales para el suministro de personal con diferentes Empresas de Servicios Temporales, con la única finalidad de defraudar los derechos mínimos del trabajador.

Es que, en un caso en el que también se encontraba demandado el Fondo Nacional del Ahorro, además de estar vinculadas las Empresas de Servicios Temporales Optimizar S.A. y Temporales 1A S.A., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL4330-2020, sostuvo:

“Como no se discute que el FNA no demostró un incremento en los servicios que presta en los términos del numeral 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y aún si los hubiese acreditado, de todas formas superó el término de 6 meses prorrogable por otros 6, el Tribunal no erró al calificar los servicios contratados como continuos de la empresa usuaria. No sobra agregar que el juzgador válidamente podía catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo:

(1) Cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente no puede acudir al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria.

(2) Cuando a pesar de que obedece a una situación extraordinaria (p.e. incremento en los servicios), satisfacerlo demanda un tiempo superior a 1 año, en cuyo caso, para el legislador, la necesidad equivale a su permanencia. Es decir, después del periodo máximo previsto en la ley se considera que la necesidad empresarial, debido a su duración, deja de ser ocasional y pasa a considerarse permanente.

En línea con lo anterior, y como en este caso el requerimiento del FNA no podía ser contratado a través de una EST, tampoco erró el Tribunal al considerar defraudatoria esta negociación y reputarlo como verdadero empleador y a la EST como solidariamente responsable.”.

Como puede verse, la situación analizada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en la sentencia CSJ SL4330-2020 se replica en el presente asunto, por lo que no queda duda que al haberse trasgredido lo dispuesto en los artículos 77 de la ley 50 de 1990 y 6º del decreto reglamentario 4369 de 2006, las Empresas de Servicios Temporales Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S. y Temporales 1A S.A.S. actuaron como unas simples intermediarias frente al Fondo Nacional del Ahorro quien se constituyó como el verdadero empleador del señor Héctor Buitrago Henao entre el 5 de agosto de 2011 y el 11 de noviembre de 2019, como correctamente lo definió la juzgadora de primera instancia.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada, siendo del caso referir que la Corporación, en aplicación del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPTSS, no está facultada para revisar en esta sede las condenas impuestas al Fondo Nacional del Ahorro, en consideración a que esos precisos aspectos no fueron objeto del recurso de apelación formulado por dicha entidad.

Costas en esta sede a cargo de la entidad recurrente en un 100%, en favor de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia recurrida.

SEGUNDO. CONDENAR en costas en esta sede a la parte recurrente en un 100%, en favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes Integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 de la Ley 2213 de 2022

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cece57835bc39228875b7e624400cc0c359e60250b9e2895bd651fd46f0e775e**

Documento generado en 25/09/2023 07:29:26 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>