



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL4330-2020

Radicación n.º 83692

Acta 39

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió el 30 de octubre de 2018, en el proceso que **JUAN PABLO RESTREPO GARAY** adelanta contra **TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** y la recurrente.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el Fondo Nacional del Ahorro –FNA- y que se le confiera estabilidad laboral reforzada, dada su pérdida de capacidad laboral. En consecuencia, solicitó se ordene su reintegro al cargo de

técnico administrativo 2 o a uno de superior categoría, y se condene al fondo accionado a pagarle los salarios y demás prestaciones legales y extralegales dejadas de percibir entre la fecha del despido y su reintegro.

Al mismo tiempo, reclamó el reajuste de su salario con el que corresponde al cargo de técnico administrativo 2, se reliquiden sus prestaciones legales y los aportes al sistema general de seguridad social, se cancele retroactivamente las primas de vacaciones y navidad, la bonificación por recreación, el estímulo a la recreación, los auxilios de alimentación, bono navideño, bonificación por firma de la convención y, en general, todas las primas, auxilios, bonificaciones y demás acreencias convencionales, desde el 16 de marzo de 2009 hasta la fecha de la sentencia, de manera indexada y con base en el salario que corresponde al cargo de técnico administrativo 2.

Subsidiariamente, pretendió se condene al FNA a pagarle la indemnización por despido injusto consagrada en la convención colectiva de trabajo y la sanción moratoria y, en caso de no ser procedente la primera, solicitó se le pague la prevista en el Código Sustantivo del Trabajo.

Refirió que prestó servicios al Fondo Nacional del Ahorro desde marzo de 2009 en el punto de atención de la oficina de Medellín donde debía brindar asesoría comercial, atención e información al público, tramitar vinculaciones por ahorro voluntario, aporte de cesantías, crédito para vivienda y educación y atender todos los requerimientos

relacionados con el portafolio de servicios de la entidad, actividades que, según el manual de funciones, son responsabilidad del técnico administrativo 2 y que están relacionadas directamente con el objeto social de la empresa.

Mencionó que trabajó para el ente público durante más de 6 años a través de las empresas de servicios temporales demandadas, con quienes suscribió varios contratos por duración de obra, entre los cuales apenas si trascurrían algunos días de interrupción:

Contratante	Desde	Hasta
Temporales Uno A	16/marzo/2009	23/marzo/2010
Temporales Uno A	26/marzo/2010	25/marzo/2011
Temporales Uno A	5/abril/2011	13/marzo/2012
Temporales Uno A	14/marzo/2012	23/noviembre/2012
Temporales Uno A	5/diciembre/2012	30/enero/2013
Temporales Uno A	1/febrero/2013	27/enero/2014
Temporales Uno A	28/enero/2014	30/noviembre/2014
Optimizar Servicios Temporales	1/diciembre/2014	14/abril/2015

Afirmó que, a través de este esquema de contratación, el fondo le impidió beneficiarse de la convención colectiva suscrita con su sindicato mayoritario, le canceló un salario menor al de los técnicos administrativos 2 quienes para el 2015 devengaban \$2'052.623, mientras que él ganaba \$1'750.000 y le pagó deficitariamente sus prestaciones sociales.

Informó que goza de estabilidad laboral reforzada debido a que presenta una pérdida de capacidad ocupacional superior al 50%, estructurada el 16 de

septiembre de 2005 y, no obstante ello, el 14 de abril de 2015, Optimizar Servicios Temporales S.A. decidió despedirlo sin previa autorización del Ministerio del Trabajo.

Agregó que interpuso acción de tutela, mediante la cual obtuvo el amparo transitorio de sus derechos fundamentales, se dispuso su reintegro, el pago de acreencias laborales y se le reconoció la indemnización del artículo 361 de 1997, todo ello condicionado a que en los 4 meses siguientes iniciara la respectiva demanda ordinaria. Por último, mencionó que en julio de 2015 elevó reclamación administrativa ante la entidad, la cual se pronunció negativamente en agosto de ese año.

Al contestar la demanda, el Fondo Nacional del Ahorro se opuso a todas las pretensiones e indicó que no fue el empleador del actor, pues este se desempeñó como trabajador en misión de las empresas contratistas Temporales Uno-A Bogotá S.A. y Optimizar Servicios Temporales S.A. Sobre los hechos dijo que no son ciertos, no le constan y que algunos son apreciaciones del demandante. A la par, propuso las excepciones previas de inexistencia del demandado e ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y, de fondo, las de prescripción, cobro de lo no debido, no configuración del contrato realidad y ausencia de nexo causal entre los hechos alegados por el demandante y la calidad de usuario del FNA, respecto de las empresas de servicios temporales.

Temporales Uno-A Bogotá S.A. se opuso al reajuste de salarios y acreencias laborales de orden legal y convencional. Sobre las demás, afirmó atenerse a lo que resulte probado. De los hechos, únicamente aceptó la vigencia de los contratos que el actor tuvo con dicha compañía y presentó las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción de los derechos reclamados, solución de continuidad entre los contratos de trabajo, inexistencia de solidaridad y la genérica.

Optimizar Servicios Temporales S.A. también se opuso a lo pretendido y precisó que con el demandante solo tuvo un contrato de trabajo por duración de la obra que finalizó el 14 de abril de 2015, debido a la terminación de la labor desempeñada y que, posteriormente procedió a reintegrarlo y a pagarle salarios, prestaciones y la indemnización de la Ley 361 de 1997, porque así se lo ordenó un juez de tutela. Frente a los hechos, aseguró que no son ciertos o no le constan y, en su defensa, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de la causa para pedir, carencia de norma jurídica, buena fe, compensación y la genérica.

En audiencia de 3 de octubre de 2016, el *a quo* denegó las excepciones previas propuestas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 19 de octubre de 2017, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín decidió:

PRIMERO: Se declara que el Fondo Nacional del Ahorro (...) y Juan Pablo Restrepo Garay (...) estuvieron vinculados por medio de un contrato de trabajo de plazo indefinido que tuvo vigencia entre el 16 de marzo de 2009 y el 14 de abril de 2015, según lo expresado en las consideraciones de la presente sentencia.

Y como las sociedades TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A. (...) y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. (...) actuaron como simples intermediarias, serán solidariamente responsables del pago de las condenas que se impongan en este juicio.

SEGUNDO: Se condena al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a reconocer y pagar al señor JUAN PABLO RESTREPO GARAY, las sumas de dinero que a continuación se relacionan. Valores que deberán ser indexados a la fecha de pago efectivo de la obligación.

- a) Por reajustes de salario \$3'696.444
- b) Por reajuste de cesantías \$348.777
- c) Por reajuste de intereses sobre las cesantías \$41.853
- d) Por reajuste de la prima de servicios \$174.389
- e) Por reajuste de vacaciones \$174.389
- f) Por prima extraordinaria \$2'044.247
- g) Por prima de vacaciones \$2'445.851
- h) Por estímulo y recreación \$1'630.568
- i) Por prima de navidad \$4'556.174
- j) Por bonificación de servicios prestados \$1'569.112
- k) Por bonificación especial de recreación \$448.318
- l) Por bono navideño \$1'772.200
- m) Por indemnización por despido injusto \$8'552.315

TERCERO: Se condena al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a reconocer y pagar a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. el reajuste de las cotizaciones obligatorias correspondientes al señor JUAN PABLO RESTREPO GARAY, teniendo en cuenta el salario que debió recibir para los años 2012, 2013 y 2014, tal como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Se absuelve al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y a las sociedades TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A. y

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. de las demás pretensiones formuladas en la demanda.

QUINTO: SE AUTORIZA deducir del valor de las condenas la suma \$13'260.367, reconocida al señor JUAN PABLO RESTREPO GARAY por concepto de salarios y prestaciones sociales pagados con ocasión del reintegro dispuesto por el Juez Constitucional.

SEXTO: De las excepciones propuestas prospera la de COMPENSACIÓN y parcialmente la de prescripción, las demás excepciones quedan implícitamente resueltas con esta decisión.

SÉPTIMO: Se condena en costas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y a las sociedades TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y a favor del señor JUAN PABLO RESTREPO GARAY, las que se liquidarán oportunamente por la secretaría del despacho. Se fijan como agencias en derecho la suma \$740.000 a cargo de cada una de las demandadas.

(...)

La sentenciadora explicó que mediante fallo de tutela se declaró ineficaz el despido del actor y dispuso su reintegro, pero tiempo después de reinstalarlo, Optimizar Servicios Temporales S.A. finiquitó su contrato por hallarse en proceso de liquidación judicial, momento para el cual el demandante tenía una pérdida de capacidad laboral del 79,45%. Sin embargo, concluyó que el despido no obedeció a razones discriminatorias, ya que la discapacidad se estructuró el 16 de septiembre de 2005, mucho antes de iniciar el vínculo, de manera que las EST lo contrataron con independencia de su padecimiento, el cual limita su movilidad pero no le impide desempeñar sus funciones. Por tanto, el *a quo* declaró improcedente el reintegro pretendido en forma principal.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de todas las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fallo de 30 de octubre de 2018, confirmó los numerales 1, 2, 3 y 7 de la sentencia apelada y de los demás dispuso:

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 5, en cuanto autorizó compensar de las condenas reconocidas, la suma de \$13'260.367, para en su lugar, NEGAR esta compensación por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: REVOCAR el numeral 4 en cuanto ABSOLVIÓ de la indemnización moratoria del artículo 1 del Decreto 797 de 1949, para en su lugar, CONDENAR al FNA y solidariamente a las empresas de servicios temporales codemandadas, a pagarle al demandante la suma de \$58.333,33 diarios desde el 31 de agosto de 2015 y hasta cuando se haga efectivo el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones adeudadas.

Para arribar a tal decisión, el *ad quem* respaldó las consideraciones del *a quo* y concluyó que el despido no fue discriminatorio, comoquiera que la relación laboral inició el 16 de marzo de 2009, fecha para la cual, ya era notoria la discapacidad que aquejaba al actor y que no lo limitaba para desempeñar sus funciones; por tanto, resulta ilógico que 6 años después lo despidiera por tal motivo. Además, resaltó que está demostrado que su retiro obedeció a una situación administrativa y no a criterios discriminatorios.

Ahora bien, en lo que estrictamente interesa a este recurso destacó que desde el punto de vista formal no se discute que el demandante celebró 7 contratos por duración de obra o labor, con algunas interrupciones entre sí. Seis de ellos vigentes entre el 16 de marzo de 2009 y el 30 de

noviembre de 2014, con Temporales 1-A Bogotá S.A. y uno con Optimizar Servicios Temporales S.A. del 1.º de diciembre de 2014 al 14 de abril de 2015. No obstante, aclaró que por el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, la hermenéutica judicial no puede limitarse a las apariencias, pues su cometido consiste en descubrir la verdadera esencia de la relación a partir del análisis de todas las pruebas allegadas al proceso.

En esa medida, emprendió el estudio del acervo probatorio, del cual destacó el testimonio de Claudia María Aguirre Arredondo - coordinadora del punto de atención del FNA, regional Antioquia-Chocó, quien afirmó que el demandante hacía parte del FRONT o personal encargado de atención al público y que, básicamente, se ocupaba de los trámites relacionados con el retiro de cesantías, por su habilidad en ese campo.

En esa medida, el juzgador calificó las tareas encomendadas al demandante como *«perdurables, permanentes y conexas con la función misional del FNA como empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero»*; de ahí, consideró que la accionada desvirtuó la teleología de las EST que están concebidas para enviar trabajadores en misión a la empresa usuaria, con el objeto de desempeñar actividades esencialmente temporales, las cuales se limitan a los supuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Entonces, aunque el FNA afirmó que la contratación

del actor se debió al incremento en la producción suscitado por la liquidación de créditos de la entidad y la expansión del negocio, pues según la coordinadora, aquella pasó de tener 25 afiliados a 250 mil aproximadamente; tal circunstancia no se acreditó, comoquiera que en los contratos de folios 344, 346, 348, 351, 353 y 357 consta que el objeto contractual consistió en «*colaborarles temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales*» y frente a la duración del vínculo se dispuso que «*sería por el término que dure la realización de la obra o labor contratada a Temporales 1-A S.A. por la empresa usuaria o beneficiaria de los servicios personales del trabajador en misión*». Entonces, como los términos contractuales fueron vagos e indeterminados, el juzgador concluyó que tales contratos debían reputarse a término indefinido.

Finalmente, sostuvo que aun si se admitiera que el objeto de la contratación era cubrir el incremento de la producción, el parágrafo del artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006 le impedía al FNA prorrogar el contrato con las EST más allá de un año, o celebrar uno nuevo con la misma u otra empresa para la prestación de igual servicio.

De la prueba documental extrajo que hubo días de interrupción entre los contratos y que el demandante desempeñó diversos oficios como auxiliar administrativo, auxiliar de apoyo y auxiliar comercial, pero concluyó que la prestación del servicio fue continua a pesar de las

apariencias, porque los testigos refirieron que, durante esas interrupciones, el demandante y los trabajadores encargados de atender al público seguían prestando servicios sin solución de continuidad, pues de lo contrario no se les renovaba el contrato. Así, tales períodos se le cancelaban a título de bonificación, a través de las EST y con rubros del FNA, afirmaciones que se corroboran con la prueba de folio 358 donde se advierte que el demandante recibió bonificaciones por \$97.400 y \$338.576, para las vigencias del 26 de marzo de 2010 al 25 de marzo de 2011 y del 5 de abril de 2011 al 13 de marzo de 2012.

También citó *in extenso* la sentencia CSJ SL, 22 feb. 2006, rad. 25717, para significar que cuando se acude a la contratación fraudulenta con EST, por tratarse de casos distintos a los enunciados en los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998 o también cuando se supera el plazo máximo permitido en estos preceptos, las empresas de servicios temporales adquieren la condición de empleador aparente y verdadero intermediario, en los términos del artículo 32 – 5 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual determina que el usuario sea ficticio y, por tanto, deba tenerse como verdadero empleador, tal como lo determinó el *a quo*.

Sobre la compensación decretada, el *ad quem* consideró que esta no procede porque las condenas impuestas por el *a quo* son diferentes e independientes de lo que pagó Optimizar S.A. para dar cumplimiento al fallo de tutela. Nótese que esta compañía canceló al actor

\$13'260.367 a título de indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por la terminación del contrato, todo lo cual se liquidó sobre un salario mensual de 1'750.000 (f.º 385). Por tanto, no es dable compensar tal cifra con los reajustes salariales y prestacionales ordenados en el fallo de primer grado, pues según el artículo 1.715 Código Civil, la compensación opera por ministerio de la ley cuando ambos sujetos son deudores y acreedores entre sí, hasta la concurrencia de los respectivos valores, siempre que ambas deudas sean de dinero o cosas fungibles, de igual género y calidad, sean líquidas y actualmente exigibles. Entonces, como no se trata de deudas recíprocas, ni de igual género no es posible compensarlas.

En punto a la indemnización moratoria, recordó que en tratándose de trabajadores oficiales, el artículo 1.º del Decreto Legislativo 797 de 1949, modificadorio del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, confiere a la empleadora 90 días para cancelar salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador, so pena de cancelar una sanción equivalente a un salario diario, la cual está sujeta a que se valore la conducta del empleador y a que se demuestre que el empleador obró con mala fe (CSJ SL11436-2016, CSJ SL 21 sep. 2010, rad. 32416 y SL 13 abr. 2005, rad. 24397)

Para el efecto, memoró los hechos probados: (i) que los servicios prestados por el demandante no eran de carácter

temporal; (ii) que fue contratado para ejercer labores propias, permanentes, necesarias y habituales del FNA; (iii) que en el FNA regional Antioquia existió una nómina paralela gestionada mediante EST, que no se ve justificada por el incremento de los negocios y usuarios, pues la entidad debió adecuar su planta de personal y no implementar estos esquemas en perjuicio del trabajador, a sabiendas que las necesidades del servicio eran permanentes; (iv) el hecho de que las EST finalizaran cada contrato antes de cumplirse un año, con un mínimo o ningún margen de espera para celebrar el siguiente, lejos de demostrar que cada uno obedeció a una finalidad y objeto distinto, constituye un indicio más de mala fe, pues con ello se pretendió burlar la necesidad de las funciones y su permanencia en el tiempo; (v) que los trabajadores no podían sustraerse de prestar los servicios durante los periodos en los que no había contrato porque no les renovaban su vinculación y, en todo caso, el tiempo servido se les pagó bajo otras formas veladas de remuneración.

De acuerdo con los hechos probados y reseñados a espacio, la Sala concluyó:

Bajo estas circunstancias, se pregunta la Sala: ¿Puede admitirse en sana lógica que el FNA (...) estuviera realmente convencido de que celebró contratos temporales, de aquellos que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y más concretamente, por la duración de una obra o labor determinada, al punto de vincular bajo esta modalidad al demandante en 8 ocasiones consecutivas, en un término de 6 años y 28 días? La Sala considera que NO y por ende evalúa la conducta del empleador como una actuación de mala fe, con el consecuente pago de la sanción moratoria ya enunciada. Por tanto, se revocará la absolución en este punto y se condenará al FNA, como obligado principal, a pagarle al demandante la suma

de \$58.333,33 diarios desde el 31 de agosto de 2015 que corresponde al día 90 después de la terminación del contrato – días hábiles- y hasta cuando se haga efectivo el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones adeudadas.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo formuló la demandada, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente la casación parcial del fallo de 30 de octubre de 2018, en cuanto confirmó las condenas y revocó la absolución de la sanción moratoria y la compensación decretadas por el *a quo*. Lo anterior, para que en sede de instancia se revoquen los numerales 1, 2, 3 y 7, y se confirme en todo lo demás la sentencia de primer nivel.

Con tal propósito, formula un cargo que fue objeto de réplica oportuna.

VI. CARGO ÚNICO

Por la vía directa, acusa la interpretación errónea del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con los artículos 8.º de la Ley 153 de 1887 y 53 de la Constitución Política, todo en relación con los artículos 1.º de la Ley 64 de 1946, 2.º, 3.º y 18 del Decreto 2127 de 1945, recogido

en la misma compilación, la del Decreto 1073 de 2015; del artículo 1.º del Decreto 747 de 1949, que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945; de los artículos 467 y 476 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 1714 del Código Civil. Además, reprocha la infracción directa de los artículos 115 de la Ley 489 de 1998, del artículo 76 del Decreto 1042 de 1978, y artículos 95 y 96 del Decreto 1227 de 2005.

Lo anterior, fundamentalmente porque *«basó el Tribunal su entendimiento del caso en la sentencia del 22 de febrero de 2006, radicación 25717 de 2006 y del 24 de abril de 1997, radicación 9435 invocada en aquella»*, con lo cual *«asume una jurisprudencia, sin percatarse de que en ella se acude a dos instituciones diversas, utilizadas en niveles de controversia distintos, como son el FRAUDE A LA LEY y el CONTRATO REALIDAD»* que, por demás, son excluyentes. La primera de ellas, parte de una ilicitud demostrada y real, mientras que la segunda, se fundamenta en el examen de unos hechos para confrontarlos con unas formalidades aparentes.

Así, la figura del contrato realidad supone dejar sin valor un contrato ficto de prestación de servicios, que no necesariamente es ilícito, pues la naturaleza de la actividad contratada no viene prohibida en la ley. En cambio, el fraude a la ley supone que el acto contraviene el ordenamiento, por lo que de él no se puede alegar ficción.

El Tribunal se avino a los considerandos de la

sentencia CSJ SL, 22 de feb. 2006, rad. 25717, del célebre caso *Pascualita Epiayú*, a través de la cual concluyó que las demandadas incurrieron en fraude a la ley al superar los 6 meses en la contratación y, a la par, acudió al principio de primacía de la realidad, cuando en este proceso «*no se trata de indagar sobre la clase de contrato que rigió la relación a partir de auscultar como este se cumplió en la realidad*»; luego, no era necesario descifrar si el contrato, la actividad o los pagos eran una ficción, pues el acto jurídico y su ejecución con las EST no se discutieron y tal realidad no cambió pese a la contravención de la temporalidad prevista en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Cosa distinta es la discusión sobre el verdadero empleador, la cual abordó el Tribunal desde la teoría del contrato realidad, con la pretensión de ver en lo real una ficción, sin advertir que lo que se controvertió fue la eficacia de las cláusulas que señalan como empleador principal a la EST. Este error condujo a que se negara la compensación de lo pagado, por considerar que no se trataba de deudas recíprocas y de igual género, entendimiento que quebranta el artículo 1.714 del Código Civil y desconoce que las sumas pagadas por la EST y la empresa usuaria corresponden a un único contrato y a una misma deuda, a tal punto que ambos son solidarios en su pago frente al trabajador.

Adicionalmente, denuncia que el Tribunal presumió dolo de parte del fondo convocado a juicio y la simulación del contrato por el hecho de sobrepasar el término de 6 meses en la contratación del actor. Le bastó constatar que

se excedió el límite temporal de la ley para condenar a la sanción moratoria, con lo cual aplicó una especie de responsabilidad objetiva, sin examinar la intencionalidad del agente.

Explica que la temporalidad en la contratación es una condición para su eficacia, pero no es un fin en sí mismo. Por lo tanto, no es cierto que si se sobrepasan los seis meses del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, automáticamente se quebranta la teleología de las EST, pues esta figura lo que pretende es garantizar el pago de acreencias a los trabajadores mediante el incremento de las exigencias a estas empresas, tales como constitución formal, solidez económica, pólizas de seguro a favor del personal en misión y la vigilancia del Ministerio del Trabajo.

Tampoco resulta lógico deducir mala fe solo porque el trabajador en misión desempeñaba actividades propias, permanentes, necesarias y habituales de la empresa usuaria, pues según los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, los trabajadores temporales deben cumplir actividades propias de la empresa usuaria.

Se duele de que el *ad quem* pasara por alto que el incremento de las actividades financieras del Fondo Nacional del Ahorro no significó una expansión de su planta de personal y que, por ser una empresa industrial y comercial del Estado no pudo ampliarla a discreción, en tanto que el artículo 115 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 76, 95 y 96 del Decreto 1042 de 1978 reservan tal

facultad al Presidente de la República. En esa medida, el Tribunal desestimó que tales normas le impedían jurídicamente vincular al demandante en su planta de personal, sin tener un cargo para él y sin la apropiación presupuestal para cubrir sus salarios y prestaciones.

En consecuencia, para afrontar la imperiosa necesidad de cumplir con el servicio crediticio, la accionada solo tenía una opción: *«contratar los trabajadores temporales que venían prestando sus servicios o despedirlos y contratar un nuevo equipo»*, pues *«darle al demandante la condición de trabajador oficial, no es una opción de la entidad pública, y por tanto no lo podría ser de las instancias judiciales»*.

Para finalizar, menciona que *«hoy, la jurisprudencia debe avanzar corrigiendo la debilidad conceptual que encierra el acudir al CONTRATO REALIDAD, para justificar una sanción económica al proceder contrario a la ley»*, especialmente porque acá no se controvierte que la relación fue subordinada y tampoco se le puede otorgar la condición de trabajador oficial sin que existan los supuestos de ley necesarios para ello. Para comprobar su dicho, cita a la Corte Constitucional C-555-1994 y al Consejo de Estado quienes no confieren el tratamiento de servidor público, sino que *«se limitan a conceder una INDEMNIZACIÓN, que se tasa bajo la ficción de haber sido un empleado público»*.

En consecuencia, pide variar la jurisprudencia y darle una ubicación correcta a las controversias sobre la duración ilícita de relaciones laborales con EST, para que

«se fundamenten correctamente en el concepto del FRAUDE A LA LEY, Y NO EN EL PRINCIPIO DE LA REALIDAD, pues ello lleva a confusión entre los jueces».

VII. RÉPLICA

El promotor del juicio, manifiesta que la censura carece de fundamento jurídico en sus reparos y desconoce la línea jurisprudencial de las Cortes Suprema y Constitucional, pues la vinculación del actor mediante empresas de servicios temporales, por más de 6 años en actividades propias, habituales y necesarias de la usuaria, vulnera los derechos fundamentales del trabajador. Por otra parte, asegura que de aceptarse que la recurrente no pudo contratarlo directamente por carecer de cargos disponibles en su planta de personal, se promovería el abuso de la temporalidad, en detrimento de la parte débil de la relación laboral.

Considera que el principio de primacía de la realidad sobre las formas es aplicable al caso, por cuanto el fondo simuló que el demandante era trabajador en misión, pese a que desempeñaba actividades diferentes a las enlistadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y a que la relación se prolongó más de 6 años, lo que significa que la empresa usuaria era la verdadera empleadora. En consecuencia, el Tribunal no incurrió en yerro alguno, por el contrario, aplicó apropiadamente la ley y la jurisprudencia para desenmascarar una situación de abuso de la temporalidad.

Destacó que los testimonios practicados en juicio dieron cuenta de que el FNA vinculaba trabajadores mediante empresas de servicios temporales, con el fin de evitar su afiliación a la organización sindical y de que fueran beneficiarios de la convención colectiva, lo que constituye una prueba fehaciente de la mala fe de la demandada.

VIII. CONSIDERACIONES

El debate que trae la censura se contrae, en esencia, a establecer si los presupuestos de fraude a la ley y primacía de la realidad sobre las formas resultan pertinentes para la controversia, teniendo en cuenta que nunca se discutió que entre el actor y las EST existió una relación subordinada. También se conmina a la Corte a definir si el Tribunal aplicó los supuestos de la responsabilidad objetiva para condenar a la sanción moratoria y si procede la compensación de deudas solicitada por Temporales Uno-A Bogotá S.A. y Optimizar Servicios Temporales S.A. frente a las sumas canceladas en razón a una orden de tutela.

Previamente a su resolución, es necesario precisar que en sede de casación no se discute: *(i)* que Juan Pablo Restrepo Garay prestó sus servicios al FNA a través de las EST demandadas, con quienes suscribió 8 contratos por duración de obra o labor; *(ii)* que la relación laboral se ejecutó de manera continua por más de 6 años, del 16 de marzo de 2009 al 14 de abril de 2015; *(iii)* que durante este tiempo desempeñó las mismas funciones que los técnicos

administrativos 2; (iv) que las tareas asignadas al demandante estaban relacionadas con la actividad financiera del Fondo Nacional del Ahorro y eran permanentes. A partir de tales hechos, la Corte abordará los cuestionamientos del recurso.

- **Aplicación de los principios de primacía de la realidad y de fraude a la ley en supuestos de contratación mediante Empresas de Servicios Temporales.**

El fraude a la ley es un principio general del derecho que como tal permea todo el ordenamiento jurídico y se define como el quebrantamiento de la legalidad, al amparo aparente de una norma. Esta figura denota aquel proceder que superficialmente se ajusta a la ley, pero que en verdad infringe la legislación, pues busca burlarla o evadir sus efectos y generalmente supone perjuicios o defraudación a terceros.

Por su parte, el postulado de primacía de la realidad sobre las formas constituye un principio constitucional, según el cual se debe privilegiar la realidad empírica y objetiva en la que se desarrolla el trabajo, sobre las formalidades pactadas por los actores. Este mandato supralegal es transversal en el derecho laboral, por tanto resulta útil no solo para establecer si existió una relación subordinada, sino también a la hora de esclarecer qué emolumentos son constitutivos de salario, determinar el verdadero empleador en relaciones tripartitas o

multipartitas, la continuidad y los extremos temporales del vínculo e incluso desmantelar situaciones de simple interposición, entre otros.

En tratándose de vinculaciones defraudatorias o de intermediación laboral ilegal, a través de EST, ambos principios convergen en privilegiar la realidad sobre las situaciones aparentes y, lejos de ser antagónicos, funcionan de manera armónica y complementaria.

En efecto, el principio de la primacía de la realidad, según se explicó, no se limita a una especie de conflicto y mucho menos se puede pregonar su impertinencia en el *sub judice*, donde se hace necesario revelar el carácter transitorio o permanente de los servicios prestados a una empresa usuaria. Desde luego que en supuestos de interposición ilegal de EST no es técnicamente correcto aludir al «*contrato realidad*», debido a que no se discute como tal la naturaleza laboral de la vinculación, como bien lo pone de relieve el recurrente. Sin embargo, ello no impide aplicar, desde otra vertiente, este principio para descifrar si las actividades misionales desarrolladas por el trabajador son temporales, según el listado taxativo del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o, por el contrario, permanentes, en cuyo caso la empresa usuaria debe vincular de manera directa a su propio personal.

Fue por ello que el Tribunal, en aras de dilucidar esta cuestión, se apoyó válidamente en el principio de primacía de la realidad sobre las formas para develar la naturaleza

del servicio prestado al FNA, especialmente en lo que hace al carácter de la necesidad contratada y su duración. Con ello, su estudio no se limitó a las estipulaciones contractuales, sino que las confrontó con la realidad de su ejecución, lo que le permitió colegir que el actor desempeñó actividades permanentes en favor de la usuaria y no transitorias. Es decir, se instrumentalizó el servicio a cargo de las empresas de servicios temporales para ocultar relaciones laborales continuas y por esa vía reducir costos laborales.

En paralelo, también se comete fraude a la ley en estos casos de intermediación ilegal, cuando formalmente se contratan servicios temporales con EST pero, en la práctica, se desarrollan actividades misionales permanentes, contrariando la finalidad de esta institución, cual es la de satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero.

En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, *temporal*; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no

está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.

En la sentencia CSJ SL467-2019 la Corte se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las EST, así:

Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que **las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios.** Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:

[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir

necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria¹.

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

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 acudirse 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.

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

(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.

- **De la sanción moratoria**

Como bien lo señala la censura, y lo ha definido esta Sala, la sanción prevista en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 requiere el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del deudor. Para tal fin, el empleador debe demostrar que su morosidad estuvo justificada en razones atendibles que lo llevaron al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186, CSJ SL8216-2016, CSJ SL16884-2016 y CSJ SL694-2019, entre otras).

Sobre este particular, no le asiste razón a la censura, por cuanto el Tribunal procedió a imponer la mencionada sanción luego de examinar su conducta y las circunstancias

fácticas relevantes. Así, fulminó tal condena por considerar que las actividades ejercidas por el trabajador lejos de ser ocasionales, tenían vocación de permanencia, no obstante lo cual, el FNA pretendió suplirlas ilegalmente con trabajadores en misión, infringiendo deliberadamente el término previsto en artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006.

Nótese que para el juzgador no era creíble que el FNA no se percatase de la ilicitud de su conducta; por el contrario, señaló que la evidencia recopilada llevaba a pensar que actuó con ánimo torticero y pleno conocimiento de tal irregularidad, pues solo así se explicaba que el actor fuera vinculado en 8 ocasiones, para la misma labor, mediante contratos de duración de obra, que se prolongaron más de 6 años y 28 días y que entre cada contrato trascurriera un mínimo o ningún margen de espera para celebrar el siguiente, siendo evidente que lo que se pretendía era dar una fachada de legalidad y «*burlar la necesidad de las funciones y su permanencia en el tiempo*», especialmente si se tiene en cuenta que el actor laboró de manera continua.

Todo este abuso sistemático y prolongado de la figura del servicio temporal demostró que el FNA no actuó desprevenidamente, sino que su intención fue la de encubrir una necesidad permanente en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de la temporalidad, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales del demandante. Esta instrumentalización de una figura legítima para esconder y llevar a lo más recóndito verdaderas relaciones de trabajo directas con los

empleados, constituye un fraude a la ley, circunstancias a partir de las cuales el juzgador descartó un actuar de buena fe.

Tal inferencia, no se desvirtúa por el hecho de que el FNA estuviera en imposibilidad de ampliar su planta de personal, pues al tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado cuyos servidores, por regla general son trabajadores oficiales, tiene la posibilidad de proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que considere pertinentes, de conformidad con el artículo 90 de la Ley 489 de 1998.

En ese sentido, le era factible ampliar su planta de trabajadores oficiales para contratar el personal requerido en aras de garantizar el normal funcionamiento de la entidad, previa solicitud ante el Gobierno Nacional y con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública, según lo previsto en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012, y los artículos 2.2.12.1 a 2.2.12.3 del Decreto 1083 de 2015, gestión que acá no se demostró, por tanto, no es posible atender a la imposibilidad que ahora alega y que, en todo caso, constituye un hecho nuevo en casación toda vez que el FNA no la invocó en las instancias.

- **De la compensación de deudas**

En primer lugar, precisa aclarar que las EST formularon la excepción de compensación sustentadas en el pago de \$13'260.367 que hizo Optimizar S.A. al actor, por virtud de un fallo de tutela, monto que comprendió la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el despido inicial y hasta su reintegro. Lo anterior, sin perjuicio de su retiro posterior.

Debido a que la orden constitucional no suscitó erogación alguna para el FNA y abarcó conceptos distintos a los que fueron materia de condena, el *ad quem* se abstuvo de compensarla con los reajustes salariales y las prestaciones convencionales ordenadas en esta oportunidad, por cuanto claramente se trata de obligaciones diferentes, no recíprocas.

Ahora bien, si la accionada considera que lo pagado abarcó los conceptos ordenados en su contra, debió enderezar su acusación por la vía indirecta, dado que el argumento para desaprobación la compensación fue eminentemente fáctico, luego de que el Tribunal considerara que «*los conceptos materia de condena son diferentes e independientes de los pagados por Optimizar S.A.*», según extrajo de la liquidación de folio 385.

Entonces, el recurso no prosperará frente a este punto, comoquiera que el cargo resulta insuficiente e

ineficaz, en la medida en que controvierte por la senda jurídica un argumento de índole probatorio y, además, se trata de un hecho novedoso para la *litis*, toda vez que el FNA jamás alegó la existencia de una deuda a su favor y a cargo del demandante susceptible de compensación, pues se reitera, la excepción provino de las empresas de servicios temporales, quienes aludieron al del fallo de tutela.

Por lo anteriormente expuesto, el cargo se desechará.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de ocho millones cuatrocientos ochenta mil pesos (\$8'480.000) m/cte., que se incluirán en la liquidación que se practique según lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió el 30 de octubre de 2018, en el proceso ordinario laboral que **JUAN PABLO RESTREPO GARAY** adelanta contra el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO, TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.** y **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA



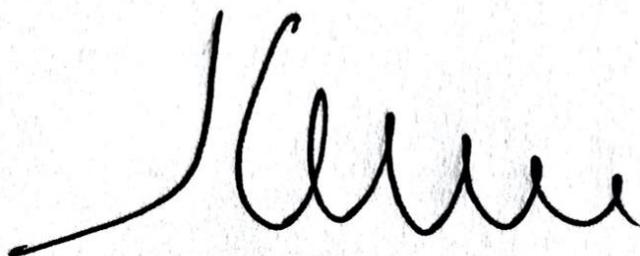
CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR



JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN