

No se puede entregar: RE: Proceso Ordinario Laboral No 2017-059. Sustentación recurso de apelación

Microsoft Outlook

<MicrosoftExchange329e71ec88ae4615bbc36ab6ce41109e@etbcsj.onmicrosoft.com>

Lun 29/11/2021 3:09 PM

Para: carlos.quiroga@optimizarservicios.com.co <carlos.quiroga@optimizarservicios.com.co>

 1 archivos adjuntos (52 KB)

RE: Proceso Ordinario Laboral No 2017-059. Sustentación recurso de apelación ;

No se pudo entregar a estos destinatarios o grupos:

carlos.quiroga@optimizarservicios.com.co (carlos.quiroga@optimizarservicios.com.co)

El mensaje no se pudo entregar. El sistema de nombres de dominio (DNS) ha informado que el dominio del destinatario no existe.

Póngase en contacto con el destinatario por algún otro medio (por teléfono, por ejemplo) y pídale que le diga a su administrador de correo electrónico que parece que su dominio no está registrado correctamente en el registrador de dominios. Proporcione los detalles del error que se muestran a continuación. Es probable que el Administrador de correo electrónico del destinatario sea el único que puede solucionar este problema.

Para obtener más información y consejos para solucionar este problema, vea este artículo: <https://go.microsoft.com/fwlink/?LinkId=389361>.

Información de diagnóstico para los administradores:

Generando servidor: MN2PR01MB5757.prod.exchangelabs.com

carlos.quiroga@optimizarservicios.com.co

Remote Server returned '550 5.4.310 DNS domain optimizarservicios.com.co does not exist

[Message=InfoDomainNonexistent] [LastAttemptedServerName=optimizarservicios.com.co] [MW2NAM10FT054.eop-nam10.prod.protection.outlook.com]'

Encabezados de mensajes originales:

ARC-Seal: i=1; a=rsa-sha256; s=arcselector9901; d=microsoft.com; cv=none;

b=V8t056HYcLUW1M5JGxmra4Le7mX6nHL+WRTJUrbegQ+Fnu0VTQ3Ft+Opt06P6ZRfpNq0YIm+njfkYpdRuqj4638pEw02Q+ZRPUqJo/el6UGpGYe/Gmhja0rATaV9g8Eby4zZu0JuLXp5N/5Cdcie9f/buYn1JJ7uQaEqg4uzvHqYogbqBp1vI2jWFT/TRRq1S0dVZTjh+7SDmkGSBEuRsYQp6tQQzCnVMkw8Qdq/y6E2iy3agEKfL546khC6qaRkf3HjoAqc40oV1UwnoFV8WkjpadT0tTgiYSDN1L6XH5TYTo9MXsGguCF0HAFQZb5qeLVfeVwpVonFV6v0s50nQ==

ARC-Message-Signature: i=1; a=rsa-sha256; c=relaxed/relaxed; d=microsoft.com; s=arcselector9901;

h=From:Date:Subject:Message-ID:Content-Type:MIME-Version:X-MS-Exchange-AntiSpam-MessageData-ChunkCount:X-MS-Exchange-AntiSpam-MessageData-0:X-MS-Exchange-AntiSpam-MessageData-1; bh=DYSjyLj+gyYU50wrLiIZXjgDNPUFFC0oc4D80z+sV68=;

b=YBrNAxrKe9XuY0+eGSbFxpjSnVZM0xj3vti/f5sz441x6UxnUTLoWtK0ChiVyrJ8hawLb0T1EAA+2l/z8i+QE9Xk0+YUwaI4Dd50 ZKAn++0gNaoD1WvURhTVrMgfOgnCjzgzSemyA/WZun61WaJqgWqAKb3N4/SDQvM50HVKWUYgQF2Kqs0F4jyf6AP56j5qTbKenfxNep iuW/vE3LMVbtdV/o4mYq08Ls13n0KmYBQ43t8//VtqUoRRpQH8+wYiC+ZfKpmFCJHMAHc5tNhg/y11lcE0Bp7CrapPtNyJ6z68U1K2 keSps3mZoGhqRvsrCLr29IUKdNeE4CMzwVeJkw==

ARC-Authentication-Results: i=1; mx.microsoft.com 1; spf=pass smtp.mailfrom=cendoj.ramajudicial.gov.co; dmarc=pass action=none header.from=cendoj.ramajudicial.gov.co; dkim=pass header.d=cendoj.ramajudicial.gov.co; arc=none

DKIM-Signature: v=1; a=rsa-sha256; c=relaxed/relaxed; d=cendoj.ramajudicial.gov.co; s=selector2; h=From:Date:Subject:Message-ID:Content-Type:MIME-Version:X-MS-Exchange-SenderADCheck; bh=DYSjyLj+gyYU50wrLiIZXjgDNPUFFC0oc4D80z+sV68=;

b=EzlgLLdMspd14uFuG1NvgN+KqVbY+EXv8wmpqHXMVHwU1TcwgC9rTt81iNmCf8I/qsKkjba2YRxqIV/f4rADC2Nn3rN1CWH9CBpT dDUe1S0zfZu6Lg10euerHxEZdZSnin4hn+01SxbprdmFLY+++mYeAhdGftXowcNDSvdkwQsxpVfN0BGeb+AhhbJqMOI+23ApanirCN OfWpcg+078LvhPBoX2wvT66RA+60p/0ipr7d8KrITUbejj1LtJjCron7snUaZyJ/c8V7VLaNr3ZnZQTic0MwiraamKe95wKQAIgLiJ /MM+TvwRnzikeHwnKDZdWP5foAh+ukZ5V/3PoA==

Received: from BL0PR01MB4049.prod.exchangelabs.com (2603:10b6:208:41::30) by MN2PR01MB5757.prod.exchangelabs.com (2603:10b6:208:194::21) with Microsoft SMTP Server (version=TLS1_2, cipher=TLS_ECDHE_RSA_WITH_AES_256_GCM_SHA384) id 15.20.4734.22; Mon, 29 Nov 2021 20:09:10 +0000

Received: from BL0PR01MB4049.prod.exchangelabs.com ([fe80::58f7:59b0:4d2d:f10]) by BL0PR01MB4049.prod.exchangelabs.com ([fe80::58f7:59b0:4d2d:f10%5]) with mapi id 15.20.4734.024; Mon, 29 Nov 2021 20:09:10 +0000

From: Secretaria Tribunal Superior - Yopal - Seccional Tunja

<sectsyopal@cendoj.ramajudicial.gov.co>
To: WILLIAM ORLANDO RODRIGUEZ AGUIRRE <williamorlando78@hotmail.com>, "fnahorro@1.telecom.com.co" <fnahorro@1.telecom.com.co>, "carlos.quiroga@optimizarservicios.com.co" <carlos.quiroga@optimizarservicios.com.co>, libia rincon <libirincon@hotmail.com>, John Jairo Gonzalez Herrera <jjgonzalez@confianza.com.co>, "CCORREOS@CONFIANZA.COM.CO" <CCORREOS@CONFIANZA.COM.CO>

Subject: =?iso-8859-1?Q?RE:_Proceso_Ordinario_Laboral_No_2017-059._Sustentaci=F3n_?= =?iso-8859-1?Q?recurso_de_apelaci=F3n_?=
Thread-Topic: =?iso-8859-1?Q?Proceso_Ordinario_Laboral_No_2017-059._Sustentaci=F3n_recu?= =?iso-8859-1?Q?rso_de_apelaci=F3n_?=
Thread-Index: AQHX4xDS97yp25bI6kGqsJ022ohrXKwa869D

Date: Mon, 29 Nov 2021 20:09:10 +0000
Message-ID: <BL0PR01MB40491A371AFC66E6BE041A68BC669@BL0PR01MB4049.prod.exchangelabs.com>
References: <BN8PR06MB6244D8E94B2EBFE434DAE3C7CE639@BN8PR06MB6244.namprd06.prod.outlook.com> <BN8PR06MB6244AA35000F35E796A0D406CE639@BN8PR06MB6244.namprd06.prod.outlook.com>
In-Reply-To: <BN8PR06MB6244AA35000F35E796A0D406CE639@BN8PR06MB6244.namprd06.prod.outlook.com>
Accept-Language: es-CO, es-ES, en-US
Content-Language: es-CO

X-MS-Has-Attach:
X-MS-TNEF-Correlator:
suggested_attachment_session_id: a3854bcb-a44a-c3cf-45ae-65bc80455f5e
authentication-results: dkim=none (message not signed)
header.d=none;dmarc=none action=none header.from=cendoj.ramajudicial.gov.co;
x-ms-publictraffictype: Email
x-ms-office365-filtering-correlation-id: fa050cea-b3b0-4aac-acd4-08d9b3741b76
x-ms-trafficdiagnostic: MN2PR01MB5757:
x-ld-processes: 622cba98-80f8-41f3-8df5-8eb99901598b,ExtAddr
x-microsoft-antispam-prvs: <MN2PR01MB57578F29921A20EF8D03ED0BBC669@MN2PR01MB5757.prod.exchangelabs.com>
x-ms-oob-tlc-oobclassifiers: OLM:1728;
x-ms-exchange-senderadcheck: 1
x-ms-exchange-antispam-relay: 0
x-microsoft-antispam: BCL:0;
x-microsoft-antispam-message-info: uqzK6TRvY3GFmG6YioZMn2q2wqKvvc3fSkSpAg87XRQnzV0ix7XuGdTR9PYKTUGmIjX0ES/aMAaF+4ae8v5mtDLFl4Xnelim90XDn Tv/B7F3XFvrL+Ft/9roHjrI1QsSRaKRUi0pYd+DcmaLVMF7bx00jbxZ1+GL8a4tj7Tt+DAMPXjFJH1JO/gC6PWhS5Uua1np7QqmE9a CQ8i0AtD0zu3M0EJYAltic7h/4dJuh7NxcM/aaV3H6ImF4rTm+Masz7Rxx7HzPpMznAI1b7iD1Ejd3mquWzmRbYvaYueF4ptQfyd7 m0loGjwsM06Ihtb+N6XyJfHYmk9jhZEIULLaSSaJ9sdRNsS/9SjD96ciQ+HJ4mR24J0D4KXECgMI+m84yBPvkmouUy0D0Kd1fle9

7CNLCqXUQ1fFRRaFpU1K3ixdsdDhwTSfS5h6xQMw5zfRGfx230mUfKlXTB5j13spsyksn0akVnypXg5wvY0peu+N670hB8LQaua/F7
eme6W5/vzKOYKrnQKff+PEVIYvqWnk3mPf7PNMjhy/i360yzavS2V9u6BgDxou5r8A8gjnQGgvohdQOQHw7fATdFPJwFPjhCEw3Vrz
dT7aQA00z4tH1QLJ3wn20ej7S1hiRLkH+g7zwKrrj+hGx7Q54u2T0tnZFyprNtmwMA08/13zCmIGZ4NdVrrB4mYJmo+3UdFs0eek81
gEgKrtskl3A==
x-forefront-antispam-report:
CIP:255.255.255.255;CTRY:;LANG:es;SCL:1;SRV:;IPV:NL;SFV:NSPM;H:BL0PR01MB4049.prod.exchangelabs.com;PT
R:;CAT:NONE;SFS:(4636009)(366004)(55016003)(9686003)(2906002)(566030002)(26005)(45080400002)
(66476007)(6506007)(52536014)(122000001)(66946007)(186003)(38070700005)(110136005)(224303003)
(19627405001)(7696005)(66446008)(64756008)(86362001)(91956017)(76116006)(66556008)(38100700002)
(33656002)(316002)(71200400001)(4743002)(8936002)(508600001);DIR:OUT;SFP:1101;
x-ms-exchange-antispam-messagedata-chunkcount: 1
x-ms-exchange-antispam-messagedata-0: =?iso-8859-1?Q?
aCvLQrQG+S12zgPqhm93e3oC6aHzv6gvsKc7G0fdg7r344dxEcqJk9A106?=
=?iso-8859-1?Q?YR9UPZ8e9bx0E6Ad1vSEipOGHHnc+z7PAM7kvn7x3vpzoLpQieC/Dd7ad?=
=?iso-8859-1?Q?iWm6gfH0SVKXldYBwRccf47UBbMRSHPaEXWGSZ47cg0Q0uLORnbwYoVEmi?=
=?iso-8859-1?Q?tTPVAQmCvrM6i6B1Rwb2Ys8cYVPTNbkZf78fXh9Q90VXAI72dKEg2LciCs?=
=?iso-8859-1?Q?uT1nmW2DMtuFhL36SnORwCfGZF7g7maaX9qfbhVTf5T/2m+44YGPf0kJKV?=
=?iso-8859-1?Q?3q/LV2ULuHyvgOmUmPXfmX7ytZzeNDDPGtoeWP5oMjc/J8XJdIQ+MhsNoh?=
=?iso-8859-1?Q?Icj+nv2EFBl66mSouZATvEK7bhGXsLK+0/nCuxrB+r048yhgbF+YC9w+VX?=
=?iso-8859-1?Q?pvYRk5VFxdTK/ds+HuIv5fCOLoEDghm02BQSDre5zb9Z4xjnPHBcnczL8P?=
=?iso-8859-1?Q?Xes9JVeEKJZAV1MGK0tAgVWAqzedEBFzauYiB1y5W7/wOH8non2KPKwih?=
=?iso-8859-1?Q?iDvmQxsVz6Ruh6qMi4/MKLTShE8jjooCI1lFMf0+vBd2Lhtz3ux9n27Qv0?=
=?iso-8859-1?Q?MvYAo6yaBNX48tAmrIj6kD7Pr80g9/TLkwpwJ8A7VJMcRGW+MXmfZY0Y2p?=
=?iso-8859-1?Q?AwijGSDzA/KaodPsXB1vwc/pph1XQQAQDH2Vqk6cs1XsG1DRkzLmM3Nfcm?=
=?iso-8859-1?Q?jC3AI0OXDxWVFPDsghGKAJ2SWhux5g0wCxsYsrhaB6SVHJD/ZXeyyJfc5?=
=?iso-8859-1?Q?PEkix/VdSpV0bCAGne2aKi/KJwU2hCs/K4tioHRhwB02S/tDBK0mwMoO+T?=
=?iso-8859-1?Q?PdWpsYNosHK7Ww80kkFlcTU9zmqTNGutz9oTpuJKVPzIMwVc8qAgmAcBxe?=
=?iso-8859-1?Q?4HQQSTEmoMMQ9145I0NOL/RO20BGXWfdQp1/Wz+QneqGMd03it0Ns39m5Q?=
=?iso-8859-1?Q?D0tqFwILT1UtzmJLYCy3MpYqsXHTOM1MdKV3EaLbBwXdsM2/IT4FXOpBMX?=
=?iso-8859-1?Q?WX8Sx5eWGsR5Zr2HxQqGxhBKwscSMyc1V3ojeIkTuYAcZ4THcd6afo6Ni?=
=?iso-8859-1?Q?QLaaafX55QNs2T0400zarV+HYSjF2322m3L/zonRzarFtXTgkpmwiNeoA?=
=?iso-8859-1?Q?PpsjWkEhDJjYs0Pq2fd1CqnDF/2R84N/hV1/MjGDt5Kigulqbj2cm6b9LE?=
=?iso-8859-1?Q?pgSDQZeVqgILz6k0r0lQ1poJvH0OG7MCznDymI4RdiPF1kZyrXGsX4mm7G?=
=?iso-8859-1?Q?+AafbeTvvzIeTtXtWwQ5aH10U2hnn3VqgQXW4b6IPqA0QUq2zui85Tp0y?=
=?iso-8859-1?Q?Y9rxI1xEa+nRiaUwNqygAh9/DsZhFl+u/NcZB4uTqUvP2uY1Vw+8QFrXzV?=
=?iso-8859-1?Q?bsz2lMYf5U07a6P6TGJRn2sUYqwKUHw+hX1+nDET4gkZinjNCCrRkqDgP?=
=?iso-8859-1?Q?Ajw/4uHI5wJKgOX2NqS/Bx1o30DMNgYxP7vqTI+Xq5nYLRxdePh5wEaVL?=
=?iso-8859-1?Q?C1jNrz2QWqLP5KF4f6xZ8gNxpjupbE0S1Vhr3gQKCBUtuwr11KZ4f7x6HP6?=
=?iso-8859-1?Q?+pX/d6VNN9rsbv0iwnivL0xHarsgOgn1FrZGBPhKbiyK5r2D9e3gTQy1Mu?=
=?iso-8859-1?Q?19VGQx5VWPgJS79j4bwq/dNjGjN6giQ/Qqb1N6oVHV7rd3/QntWcoMgbf?=
=?iso-8859-1?Q?Zgofs+VE6qQ6sGX5+MmFir+HnEwevLHPBAMMsF+V7Abm8T7hn4KAR9tV1m?=
=?iso-8859-1?Q?dsD6jVid938bUMueDb1yfpeZXF6+IJPQBs2ZEDX+gMufPM?=
Content-Type: multipart/alternative;
boundary=" _000_BL0PR01MB40491A371AFC66E6BE041A68BC669BL0PR01MB4049prod_ "
MIME-Version: 1.0
X-OriginatorOrg: cendoj.ramajudicial.gov.co
X-MS-Exchange-CrossTenant-AuthAs: Internal
X-MS-Exchange-CrossTenant-AuthSource: BL0PR01MB4049.prod.exchangelabs.com
X-MS-Exchange-CrossTenant-Network-Message-Id: fa050cea-b3b0-4aac-acd4-08d9b3741b76
X-MS-Exchange-CrossTenant-originalarrivaltime: 29 Nov 2021 20:09:10.6047
(UTC)
X-MS-Exchange-CrossTenant-fromentityheader: Hosted
X-MS-Exchange-CrossTenant-id: 622cba98-80f8-41f3-8df5-8eb99901598b
X-MS-Exchange-CrossTenant-mailboxtype: HOSTED
X-MS-Exchange-CrossTenant-userprincipalname:
gUgtAZP1AoB5NyM+V+1qxHQz6eIavQDGFnSSA110xw0WMMF4Cwq2CK6D8MFTV07kbybKfFW91JL2gmqdfsZdc46eCY/1oXwFQRT9D
5zqY1Zdg6GmkNeKetr0yxJcJ
X-MS-Exchange-Transport-CrossTenantHeadersStamped: MN2PR01MB5757

Yopal, 26 de noviembre de 2021

Doctor:

JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ

Magistrado Ponente

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL

E.

S.

D.

REF. Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia No. 2017-00059.

Demandante: MARIA DE JESUS SALAMANCA MARTINEZ.

Demandados: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTROS.

ASUNTO: Sustentación de reparos concretos apelación sentencia del 19 de octubre de 2021.

WILLIAM ORLANDO RODRIGUEZ AGUIRRE, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado judicial de la demandante **MARIA DE JESUS SALAMANCA MARTINEZ** en el proceso de la referencia, atendiendo a lo dispuesto en auto del 16 de noviembre de 2021, con todo comedimiento me dirijo a su Señoría para sustentar los reparos concretos y/o alegatos de conclusión con relación al recurso de apelación contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2021, de conformidad con las siguientes:

CONSIDERACIONES:

I. REPARO CONCRETO: EXISTENCIA DE UN CONTRATO REALIDAD ENTRE EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y LA DEMANDANTE.

1. El A Quo desconoció la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, acerca de que la vinculación mediante empresas de servicios temporales, en actividades propias, habituales y necesarias de la usuaria, vulnera los derechos laborales fundamentales del trabajador, entre otros, a la estabilidad laboral.
2. El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, es aplicable al presente caso, máxime que en un caso similar (rad. 83692 del 21 de octubre de 2020) en contra de los mismos demandados FNA y OPTIMIZAR se determinó que el Fondo simuló que el demandante era trabajador en misión, ya que desempeñaba actividades diferentes a las enlistadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, lo que significa que la empresa usuaria era la verdadera empleadora.

Según 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.

3. La jueza de instancia desconoció la existencia de un contrato realidad fruto de la errónea valoración del contrato de trabajo celebrado por la demandante **MARIA DE JESUS SALAMANCA MARTINEZ** y **OPTIMIZAR S.A.S.**, y la prueba testimonial practicada en juicio, lo que conllevó a desconocer la vinculación directa de la demandante con el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, pues, valoró el documento que contiene el contrato de trabajo, de manera equivocada, ya que la señora Juez lo valoró

individualmente, pero no vio la continuidad que se desprende al valorar los medios de prueba en conjunto, desconociendo la primacía de la realidad.

4. En el proceso quedó demostrado: (i) que MARIA DE JESUS SALAMANCA MARTINEZ prestó sus servicios personales al FNA a través de la EST OPTIMIZAR S.A.S., con quienes celebró aparente contrato por duración de la obra o labor determinada; (ii) que la relación laboral no tuvo solución de continuidad desde el 04 de mayo de 2015 hasta el 24 de septiembre de 2015; (iii) que durante el tiempo de la relación laboral desempeñó las mismas funciones, el mismo cargo de Asesor Comercial I o Back en el punto de atención del FNA en la ciudad de Yopal. (iv) que las tareas asignadas y desempeñadas por la demandante estaban relacionadas con la actividad financiera del Fondo Nacional del Ahorro y eran permanentes.
5. Adicionalmente, **1.306** trabajadores del FNA fueron contratados a través de la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR bajo el objeto contractual de **SUMINISTRO Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL CON CARGO A LA NOMINA DEL FNA**, es decir, toda la nomina del FNA fue tercerizada, tal como dan cuenta los testimonios practicados en juicio quienes declararon que de los 6 o 7 trabajadores que permanentemente laboraban en la Oficina del FNA punto Yopal, ninguno era trabajador de planta del FNA sino que todos eran contratados a través de la temporal OPTIMIZAR; es decir, existió un *modus operandi* defraudatorio de la ley laboral en cabeza del FNA. Pues así fue contratada en idéntica situación la compañera de trabajo GLORIA CRISTINA LEMUS BECERRA quien también demandó al FNA y Optimizar, Proceso Ordinario Laboral que se encuentra en apelación bajo el radicado 2017-058 que le correspondió a la Dra. GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA.

No de otra forma se explica que los trabajadores vinculados a través de la EST, al punto Yopal, entre ellos la demandante y los testigos GLORIA CRISTINA LEMUS BECERRA y LEYDI JOHANA BARRERA traídos a este proceso, nunca conocieron dependencias físicas o propias de la empresa temporal, únicamente la sede del FNA Yopal a donde llegaron a pedir trabajo y fue donde se les contrato, luego, **nunca fueron enviadas en misión** sino que fueron contratadas directamente en el punto Yopal del FNA máxime que el esquema de contratación laboral era el mismo, a través de correos electrónicos por los cuales remitían los contratos laborales para que fueran impresos, firmados y remitidos de vuelta. Es decir, los trabajadores nunca acudieron físicamente a las instalaciones de la EST en busca de trabajo, sino que fue directamente al FNA en donde les remitieron los correos con la documentación necesaria.

6. Ante la fuerza de los hechos y los reclamos de los trabajadores sobre posibles abusos en la utilización de esta figura jurídica, fue que se expidió el Decreto reglamentario 4369 del 04 de diciembre de 2006 que enfatiza sobre **la naturaleza, requisitos, límites, funciones y demás características fundamentales para evitar relaciones laborales disfrazadas, simuladas o aparentes** entre usuarias y prestadoras de servicios temporales.
7. Por esta razón es que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 2 del Decreto 4349 de 2006 define a la EST como: *“aquella que contrata la prestación con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales (trabajadores en misión) contratados directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstos, el carácter de empleador”*

En cuanto a la prestación del servicio temporal, es claro que la E.S.T. como tal **presta servicios específicos frente a una situación concreta** que debe serlo igualmente **temporal**, pues de lo contrario, se desfiguraría su naturaleza. Pues de lo contrario, **si las necesidades del servicio son permanentes**, no se podrá acudir a esta figura sino a **vincular trabajadores permanentes directamente por la usuaria.**

En este orden de ideas, el interrogante que debe resolverse es ¿cuál era la necesidad temporal del FNA en el caso concreto de la demandante? y la respuesta a ese interrogante es que el FNA **nunca tuvo una necesidad del servicio temporal** pues en el expediente quedó demostrado que el cargo de asesora comercial o comercial I venía de antes que la demandante prestara su servicio como trabajadora, como lo manifestaron ella y las testigos **Gloria Cristina Lemus Becerra y Leydi Johana Barrera Montenegro** que ese cargo continuó incluso después que despidieron a la demandante y que el punto del FNA se ha conservado en la ciudad de Yopal hasta el día de hoy, es decir, el FNA nunca tuvo una necesidad de servicio temporal, ya que siempre se hizo como era costumbre prestar los servicios financieros del FNA con trabajadores vinculados a través de EST pero nunca con siquiera un trabajador de planta del FNA.

Otro indicio de contratación fraudulenta del FNA que surge fue que en el sitio de trabajo - punto de atención del FNA Yopal-, nunca hubo un solo trabajador propio de la empresa usuaria; sino que todos los trabajadores fueron contratados siempre a través de EST.

En eso términos, ha dicho la jurisprudencia constitucional y laboral que si las necesidades del servicio son permanentes deberá vincularse trabajadores bajo esa modalidad, de lo contrario se desnaturaliza la esencia de las EST.

8. Me permito traer a colación Sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, del 30 de octubre de 2018, siendo demandante: JUAN PABLO RESTREPO GARAY y demandados: TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO respecto al desconocimiento del servicio temporal como causa para la contratación del trabajador sostuvo que:

“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, 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, como los términos contractuales fueron vagos e indeterminados, tales contratos deben reputarse a término indefinido”. Cursiva y negrilla mía.

9. Entre el FNA y Optimizar existieron dos contratos comerciales, así:

1). Contrato No. 275/2014. **OBJETO: PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SUMINISTRO Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FNA.** Plazo contractual: 01/12/2014 hasta el 30/06/2015. **Valor contrato: \$12.000.000.000.** Valor Asegurado: amparo de salarios y prestaciones \$5.821.650.000. Adicionado por otro si del 30 de abril de 2014 por valor de \$12.937.000.000.

2). Contrato No. 147/2015 con sustento en la declaración de urgencia manifiesta del FNA mediante resolución No. 216 del 30 de junio de 2015. **OBJETO: PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SUMINISTRO Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FNA.** Plazo contractual: 01/07/2015 hasta el 30/09/2015. **Valor contrato: \$12.000.000.000.** Valor Asegurado: amparo de salarios y prestaciones \$870.900.000. Adicionado por otro si del 30 de abril de 2014 por valor de \$5.418.000.000.

En consecuencia, en primer lugar, el FNA desconoció el límite temporal máximo previsto en el párrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006 según el cual no podía prorrogar el contrato con la EST más allá de un año, o celebrar uno nuevo con la misma u otra empresa para la prestación de igual servicio, pues los extremos temporales sumados de los cuatro (4) contratos suscritos por el FNA con la EST discurrieron entre el 01 de diciembre de 2014 al 15 de julio de 2016, tiempo claramente superior al año (tiempo máximo legal permitido), en segundo lugar, jamás existió una necesidad de servicio temporal en el FNA, pues, como se puede dilucidar del objeto contractual de los contratos fue para la **“PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SUMINISTRO Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FNA”**, que está muy lejos de constituir una necesidad temporal sino que la **“NECESIDAD DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FNA”** en sana lógica es una necesidad de carácter permanente que demandaba la contratación de personal de carácter permanente directamente por parte del FNA, máxime si se tiene en cuenta que el cargo de la demandante fue de asesor comercial I del punto de Atención en la ciudad de Yopal, en tercer lugar, se mancilló los derechos laborales mínimos de más de 1.306 trabajadores al servicio del FNA, pues la EST actuó como una clara intermediaria laboral porque ésta simplemente lo que hacía era la administración de la nomina y prestaciones de los trabajadores y en cuarto lugar, no hay concordancia entre el objeto contractual de los contratos celebrados entre el FNA y las EST y el termino de duración de contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada para personal en misión, ya que como se ha dicho el objeto contractual comercial era el **SUMINISTRO Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FNA** que dista mucho de una obra o labor contratada, que aun en gracia de discusión, la demandada nunca demostró cual fue la obra o labor contratada para la que se contrató a la demandante y que por tanto fuera valido el contrato a término de duración de la obra o labor contratada, en consecuencia, ha de tenerse como un contrato a término indefinido.

10. Según el criterio doctrinal sentado en la Sentencia rad. 9435 del 24 de abril de 1997, *relativo a que, frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, solo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador”*

Ello es así, en tanto que las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contiene el artículo 43 del C.S. del T., ... todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponde a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones sociales”. Sentencia Sala Laboral Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Dr. Carlos Isaac Nader, 25 de febrero de 2006. Radicación 25.717

11. El antecedente jurisprudencial más reciente y apropiado lo encontramos en la Sentencia SL 4330-2020 radicación No. 83692, de fecha 21 de octubre de 2020, Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al resolver un caso similar al que ahora ocupa nuestra atención, en contra de las mismas demandadas: FNA y Optimizar, acerca del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en tratándose de contratación fraudulenta considero que:

El debate se circunscribe 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.

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 iudice, 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 misma sentencia traída a colación, la Corte rememoró la Sentencia CSJ SL467-2019 en la que la Alta Corporación 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 períodos 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». Cursiva, negrilla y subrayado mío.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL4330 – 2020 radicación 83692, del 21 de octubre de 2020 sobre la contratación fraudulenta del FNA a través de las EST sostuvo:

“Como no se discute que el FNA no demostró un incremento en los servicios que presta en los términos del numeral 3º 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.

(2). La necesidad empresarial, debido a la duración deja de ser ocasional y pasa a ser 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”. Cursiva, negrilla y subrayado mío.

Refulge de todo lo anterior, la conclusión que el FNA acudió a la contratación fraudulenta con EST por tratarse de casos distintos a los enunciados y autorizados en los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 6 del Decreto Reglamentario 4369 de 2006, en consecuencia, ha de tenerse a la empresa de servicios temporales que contrató a la demandante como empleadora aparente y verdadera intermediaria, en los términos del artículo 32 – 5 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual determina que el usuario FNA sea ficticio y, por tanto debe tenerse como verdadero empleador, tal como lo determinó el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín en la Sentencia de fecha 30 de octubre de 2018, siendo demandante: JUAN PABLO RESTREPO GARAY y demandados: TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

II. REPARO CONCRETO: SOLIDARIDAD LABORAL ENTRE EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OPTIMIZAR.

1. Los argumentos utilizados para negar la solidaridad laboral del art. 34 del C.S.T., fueron que no existe relación directa entre el objeto social de la empresa usuaria y las EST.
2. La Jueza de Instancia en su fallo desconoció el sentido doctrinal expuesto en la Sentencia del 24 de abril de 1997, radicado 9435, donde específicamente se dijo lo siguiente:

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E. S. T. funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E. S. T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S. del T., de forma que el usuario ficticio se considera verdadero patrono y la supuesta E. S. T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C. S. T.”

Igualmente, a parte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E. S. T. en el evento que se efectúe una contratación fraudulenta, vale decir, transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”

Bajo estos derroteros trazados, en la decisión jurisprudencial aludida, claramente se colige que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de los trabajadores en misión también deben ser considerados como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de la primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deben ser considerados como servidores suyos”. Cursiva, negrilla y subrayado mío.

3. Según el criterio doctrinal sentado en la Sentencia radicado 9435 del 24 de abril de 1997, relativo a que, frente a la contratación fraudulenta, *por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, solo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador”*

Ello es así, en tanto que las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contiene el artículo 43 del C.S. del T., ... todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponde a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones sociales”. Sentencia Sala Laboral Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Dr. Carlos Isaac Nader, 25 de febrero de 2006. Radicación 25.717

Descendiendo al caso concreto, demostrado como quedó, que en el presente estamos ante una contratación fraudulenta, en la cual emerge con claridad que el verdadero patrono fue el FNA y que la empresa de servicios temporales simplemente actuó como intermediaria, en consecuencia, surge a su cargo, la solidaridad pregonada en el artículo 35 – 2 del C.S. del T., pues como se demostró con la prueba documental, contratos comerciales 275/2014 y 147/2015 ambos tuvieron como objeto contractual la “PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SUMINISTRO Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FNA” se denota que el FNA tercerizó su nomina de personal contratando fraudulentamente el suministro de 1306 trabajadores a nivel nacional para la ejecución de trabajos de carácter permanente y de naturaleza financiera para los consumidores financieros, utilizando locales, equipos y elementos del FNA para beneficio exclusivo de éste y en actividades ordinarias, inherentes o conexas del mismo, ya que la demandante se desempeñó siempre como asesor comercial I del punto de atención del FNA Yopal, quien además rendía informes de gestión y documentación diaria y en general se entendía directamente con el FNA en todo su accionar en la ciudad de Yopal, de donde no cabe duda que sus funciones siempre fueron inherentes y conexas a las propias que desarrolló el FNA.

III. REPARO CONCRETO: PROCEDENCIA DE LA SANCION MORATORIA.

Con relación a la indemnización moratoria, que prevé el artículo 65 del CST, si bien es cierto que la postura de la Corte Suprema de Justicia, es que dicha indemnización no opera de forma automática, *su posición jurisprudencial en realidad no es tan laxa y podría concluirse que la exoneración de dicha sanción será de forma muy excepcional.*

La interpretación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, reiterada el 24 de enero de 2012 en sentencia número 37228, ha sido la siguiente:

“Con arreglo al artículo 65 del C.S.T., si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela al trabajador los salaros y prestaciones debidas, salvo los casos en que la ley o el convenio lícito de las partes autoricen retención, a éste corresponde el derecho de percibir un día de salario por cada día de retardo a título de indemnización.

En caso de que este derecho indemnizatorio sea reclamado por vía judicial, la jurisprudencia ha precisado que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe exonerar al patrono.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo, entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir, que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos.

Como ejemplo típico de buena fe puede mencionarse que el patrono haya estado convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía tales características externas de independencia que la ubicaban en una zona gris respecto del elemento subordinación. También es dable citar la hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de liquidación prestacional”. Cursiva y negrilla mía.

Recientemente la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de fecha 30 de octubre de 2018, siendo demandante: JUAN PABLO

RESTREPO GARAY y demandados: TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, impuso la sanción moratoria en contra de los demandados bajo las siguientes consideraciones:

“En punto a la indemnización moratoria, recordó que en tratándose de trabajadores oficiales, el artículo 1º 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. Cursiva y negrilla mía.

La anterior determinación fue objeto de revisión a través de casación en sentencia SL 4330-2020 Radicación No. 83692, de fecha 21 de octubre de 2020, Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, respecto de la sanción moratoria sostuvo:

“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.

Descendiendo al caso concreto, la realidad de los hechos y la situación fáctica evaluada en aquella sentencia, así como la conducta del empleador verdadero FNA no dista en nada del caso que nos ocupa pues, estamos ante hipótesis idénticas ya que partimos de **idénticos hechos probados**: (i) que los servicios prestados por la demandante no eran de carácter temporal; (ii) que fue contratada para ejercer labores propias, permanentes, necesarias y habituales del FNA; (iii) que en el FNA regional Yopal existió una nómina paralela

gestionada mediante EST, que no se ve justificada por el crecimiento y expansión del FNA, pues la entidad debió adecuar su planta de personal y no implementar estos esquemas en perjuicio de la trabajadora, a sabiendas que las necesidades del servicio eran permanentes; (iv) el hecho de que los contratos con la EST 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.

Ahora en lo que tiene que ver con el examen de la conducta y las circunstancias fácticas relevantes, en el presente caso, **se pueden hacer las mismas o similares consideraciones que las que tuvo la Corte para calificar la mala fe en la conducta del FNA, así:** (i). las actividades ejercidas por la trabajadora 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 6º del Decreto 4369 de 2006. (ii). no resulta creíble que el FNA no se percatase de la ilicitud de su conducta; por el contrario, la prueba documental y testimonial llevaba a pensar que actuó con ánimo torticero y pleno conocimiento de tal irregularidad, pues solo así se explicaba que la demandante fuera vinculada mediante contrato de duración de obra, 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». (iii). todo este abuso sistemático y prolongado de la figura del servicio temporal con la planta de personal del FNA 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 de la demandante. Esta instrumentalización de una figura legítima para esconder verdaderas relaciones de trabajo directas con los empleados, constituye un fraude a la ley, circunstancias a partir de las cuales demando del Honorable Tribunal descartar un actuar de buena fe del FNA y en consecuencia, estimar que el FNA actuó de mala fe y por lo mismo proceder a imponer la correspondientes sanción moratoria.

IV. REPARO CONCRETO: IMPROCEDENCIA DE LA ABSOLUCION A LA COMPAÑÍA LLAMADA EN GARANTIA POR ESTIMAR PROBADA LA EXCEPCION DE VALOR ASEGURADO.

Subsidiariamente -y solo en el evento que el Honorable Tribunal no llegue a considerar la existencia de una relación laboral amparada en el principio de primacía de la realidad sobre las formas- considero que no resulta procedente el absolver a la Compañía llamada en garantía, bajo el argumento de haberse agotado el valor asegurado en la póliza, por las siguientes razones:

1. La compañía misma es la que se esta certificando que se halla agotado el valor de la póliza, por lo que no es lógico ni permitido que la interesada fabrique su propia prueba de demostración de agotamiento del valor asegurado.
2. La aseguradora trajo al proceso dos pólizas: una es la DL007987 cuya vigencia fue del 01-01-2015 al 01-01-2016 por valor asegurado de 4.928.000.000 y la otra es la DL008460 cuya vigencia fue del 01-01-2016 al 01-01-2017 por valor asegurado de 5.154.800.000.
3. La certificación adjunta con la contestación de que "*no existe saldo de valor asegurado con cargo a la póliza 24DL007987*" resulta sospechoso en la medida que es la misma representante legal de la aseguradora confianza quien certifica, pero además, existe una contradicción en las sumas agotadas, pues comparando con la póliza, las sumas agotadas son diversas a la del valor asegurado en la póliza, pareciendo que lo que se agotó fue lo de la póliza 24DL008460 que esa si esta por el valor asegurado indicado en la certificación, luego, existe un manto de duda -que no debe resolverse a favor de la afianzada- sobre el real agotamiento del valor asegurado.
4. Tanto la supuesta usuaria FNA como la temporal OPTIMIZAR tenían la obligación de comunicar a la aseguradora CONFIANZA los datos personales, el monto de lo adeudado a la trabajadora y la ubicación para el pago de sus acreencias laborales, pero en el

expediente no quedó demostrado que ni el FNA ni optimizar ni Confianza hayan realizado gestión alguna para notificar y requerir a la trabajadora para el pago de sus acreencias, luego, esa omisión, no puede ahora salirse llanamente que se agotó el valor asegurado, pues era deber de la aseguradora, asegurar el valor adeudado a la trabajadora para su eventual pago futuro y como no se hizo, ahora no puede válidamente oponer agotamiento del valor asegurado, pues, su obligación no cesa con dicha afirmación, sino hasta que se realice el pago real de los derechos de la demandante.

Por las anteriores razones, no resulta permitido que la aseguradora resulte exonerada bajo la razón superflua que se halla agotado el valor asegurado, pues, para atestar ese hecho simplemente trajo a juicio certificación emitida por la misma representante legal, ni siquiera demostró los pagos reales, concretos, discriminados y soportados para estimar agotado el valor asegurado.

V. REPARO CONCRETO: IMPROCEDENCIA DE INDEXACION Y PROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS A LA TASA MAXIMA LEGAL AUTORIZADA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

El artículo 65 del C. S. del T., dispone que “...*el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del mes veinticinco (25) hasta cuando se verifique el pago.*”

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero”.

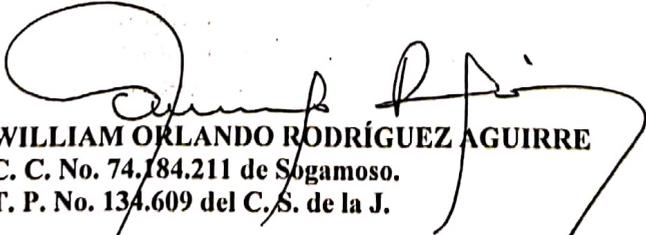
Como vemos, es la misma ley laboral sustantiva la que impone la causación de intereses moratorios a partir del mes veinticinco (25), es decir, el empleador renuente a reconocer y pagar el salario y prestaciones sociales en dinero, deberá ser condenado a cancelar los intereses sobre las condenas liquidadas en dinero, y sobre el caso concreto, está demostrado que la demandante terminó su relación laboral el día 24 de septiembre de 2015, que radicó su demanda en tiempo, es decir, dentro de los 24 meses siguientes y que el empleador FNA no ha cancelado a la fecha de hoy las prestaciones sociales a la trabajadora, se impone la necesidad de condenarlo a pagar los respectivos intereses moratorios.

PETICION:

REVOCAR la sentencia de fecha 19 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal y en amparo del principio constitucional de la Primacía de la Realidad sobre las formas, declarar que el Fondo Nacional del Ahorro y MARIA DE JESUS SALAMANCA MARTINEZ estuvieron vinculados por medio de un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 04 de mayo de 2015 y el 24 de septiembre de 2015. Y como la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.S., actuó como simple intermediaria, será solidariamente responsable del pago de las condenas que se impongan.

En consecuencia, condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a reconocer y pagar a MARIA DE JESUS SALAMANCA MARTINEZ, las sumas de dinero que resulten a su favor.

Atentamente,


WILLIAM ORLANDO RODRÍGUEZ AGUIRRE
C. C. No. 74.184.211 de Sogamoso.
T. P. No. 134.609 del C. S. de la J.