



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105002201600768-01

En Bogotá D.C., hoy catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de Trabajo - Contrato Realidad – Igualdad salarial – Indemnización por despido injusto – Indemnización Moratoria – Excepción de prescripción.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia proferida el 05 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **YILMER OSWALDO BERMÚDEZ GARCÍA** en contra de **TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S** y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**.

ANTECEDENTES

YILMER OSWALDO BERMÚDEZ GARCÍA promovió demanda ordinaria laboral en contra de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para que, se declare la existencia de un vínculo laboral con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, del 03 de diciembre de 2012 al 09 de octubre de 2014, el cual terminó de forma unilateral, por decisión de su empleador y sin justa causa; que, se declare que TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A., sólo actuó como un simple intermediario, a la luz de lo establecido por el artículo 35 del CST; y, en consecuencia, que se condene a las demandadas, solidariamente, al pago de la diferencia salarial, entre un trabajador en misión y otro de planta, así como al pago de las diferencias en los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud y pensión, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas legales, vacaciones, debidamente indexadas; que, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de la indemnización por despido unilateral y sin justa causa y la indemnización moratoria prevista en el

artículo 65 del CST; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, celebró contrato de trabajo con TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., como empleado en misión al servicio del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, prestando sus servicios para este último de manera subordinada y recibiendo una remuneración, durante el periodo comprendido entre el 03 de diciembre de 2012 y el 09 de octubre de 2014, desempeñando el cargo de Administrativo III; devengando, inicialmente como salario, la suma de \$2.500.000 y \$2.625.000 a la terminación del contrato de trabajo.

Indicó que, suscribió tres contratos de trabajo con TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., del 03 de diciembre de 2012 al 30 de enero de 2013, del 01 de febrero de 2013 al 16 de enero de 2014 y del 17 de enero al 09 de octubre de 2014, tiempo durante el cual realizó labores bajo la continuada subordinación y dependencia, cumpliendo órdenes y el horario de trabajo impuesto por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a sus trabajadores de planta, de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Refirió que, el 09 de octubre de 2014, TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., le informó la terminación de su contrato de trabajo a partir de ese mismo día; que, los días 09 de febrero y 27 de julio de 2016, solicitó al Fondo Nacional del Ahorro, toda la documentación requerida para instaurar esta acción, sin obtener respuesta alguna, por lo que, tuvo que interponer acción de tutela, que correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante sentencia del 05 de septiembre de 2016, amparó su derecho fundamental de petición y le ordenó al Fondo demandado, la entrega de los documentos requeridos, sin que a la fecha de presentación de la demanda, le hayan sido entregados; que, el 21 de septiembre de 2016, agotó la reclamación administrativa (fls. 1-16 y 120-135).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., dieron contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con el vínculo laboral del actor con la Empresa de servicios temporales, sus extremos y cargo desempeñado.

El **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, aclaró que, suscribió un contrato comercial con TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., para vincular personal bajo la modalidad de trabajadores en misión, por lo que, la relación de trabajo del demandante, lo fue con la Empresa de Servicios Temporales, a través de un contrato por obra o labor, sin que el FNA, haya actuado como empleador, del señor YILMER BERMÚDEZ, luego no tiene por qué responder

ante las acreencias laborales reclamadas. Propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, ausencia de solidaridad, prescripción, buena fe, inexistencia de igualdad y la genérica (fls. 147-160).

TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., indicó que, el demandante, fue contratado por esa Empresa, para remitirlo en misión al Fondo Nacional del Ahorro, por un periodo de incremento en las ventas y servicios, por lo que, una vez finalizada dicha etapa, ya no fue necesaria su presencia en la Compañía, razón por la cual se le comunicó la finalización del contrato por obra o labor, por culminación de la necesidad de la empresa usuaria. Formuló las excepciones de buena fe del empleador, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, temeridad y prescripción (fls. 210-227).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de febrero de 2020, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante; declaró probada la excepción de prescripción y, condenó en costas al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que la Juez de Primera Instancia, tomó de manera equívoca las fechas de inicio y terminación del vínculo laboral alegado, ya que, los tres contratos celebrados con la Empresa de Servicios Temporales, se desarrollaron de manera continua entre el 03 de diciembre de 2012 y el 09 de octubre de 2014, extralimitando el término legal para la contratación de trabajadores en misión; que, la carga probatoria se trasladó al Fondo Nacional del Ahorro, quien debió demostrar el incremento en la productividad, alegado para justificar la contratación del actor, lo que no se acreditó en el proceso; que, en materia salarial, dentro del plenario se encuentran los derechos de petición presentados ante el FNA solicitando toda la información de los salarios devengados por los trabajadores de planta, pero esa Entidad, se negó a suministrar las pruebas, siendo carga probatoria suya, por tener en su poder esa documentación; que, en medio magnético se aportaron las Convenciones Colectivas de Trabajo del Fondo demandado, con las cuales se probaron las prestaciones extralegales que recibían los trabajadores de planta y que no le fueron reconocidas al señor Bermúdez García; que, no opera la prescripción declarada, pues, la a-quo, tomó de forma indebida los extremos laborales; que, en los contratos por obra o labor, nunca se identificó la actividad que desarrollaría el demandante para el FNA y a la terminación del contrato de trabajo, no se le indicó cuál era el motivo de su desvinculación, habiéndose demostrado que hasta la fecha en que se profirió

la decisión de Primer Grado, en el FNA, existe aún el cargo que desempeñó el accionante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el demandante, solicitó que se revoque la decisión de Primera Instancia, y se acceda a las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación; además, solicitó la práctica de pruebas en Segunda Instancia, para que sean tenidas en cuenta las asignaciones salariales de los trabajadores de planta del FNA, que se decretaron en Primera Instancia, pero no fueron practicadas por la a-quo.

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pidió confirmar la sentencia absolutoria, pues, el verdadero empleador del demandante era la Empresa de Servicios Temporales, con quien esa Entidad, suscribió contratos comerciales, con el fin de cumplir los objetivos y programas, generados por el incremento en la producción del ente público, por lo que no existió ninguna relación laboral entre el FNA y el actor.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala, deberá determinar si el demandado FONDO NACIONAL DEL AHORRO, debe responder como verdadero empleador, por los servicios personales que el demandante, le prestó a través de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., o si por el contrario, dichas vinculaciones lo eximen de las obligaciones propias de la relación laboral con base en el ordenamiento que regula tales contrataciones.

DEL CONTRATO DE TRABAJO, EXTREMOS TEMPORALES Y SALARIO

No fue objeto de controversia por ninguna de las partes y así lo pudo constatar la Sala, que el señor YILMER OSWALDO BERMÚDEZ GARCÍA, celebró con TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., varios contratos de trabajo por obra o labor, siendo enviado con ocasión de los mismos a la empresa usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como trabajador en misión, para desempeñar los cargos de comercial V y Administrativo III, contratos que además de haber sido aceptados por el actor en su interrogatorio de parte, según la documental que milita en el informativo (fls. 21-30 y 228-354), se discriminan así:

Fecha Ingreso	Fecha Retiro
03-diciembre-2012	30-enero-2013
01-febrero-2013	16-enero-2014
17-enero-2014	09-octubre-2014

DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEMANDADO FONDO NACIONAL DEL AHORRO FRENTE A LOS SERVICIOS PRESTADOS POR EL DEMANDANTE

Alega la parte actora, en su recurso, que, el Fondo Nacional del Ahorro, no demostró dentro del proceso, siendo carga probatoria suya, el supuesto incremento de la productividad, con el cual justifica su contratación a través de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S.; y que, además, la Juez de Primera Instancia, no valoró adecuadamente los extremos de la relación de trabajo alegada, de donde claramente se extrae el incumplimiento por parte de las demandadas, de los términos legales para la vinculación de trabajadores en misión.

Al respecto, forzoso se muestra, en primer lugar, acudir al ordenamiento legal que reglamenta la contratación con las EST para el suministro de personal, con el propósito de establecer la responsabilidad de las partes que en ella intervienen (Empresa Usuaria, EST, Trabajador en misión), para luego sí determinar con el material probatorio, si en el presente asunto la labor desarrollada por el señor YILMER OSWALDO BERMÚDEZ GARCÍA, se ajustó a los requisitos de ley, esto es, si se trató de un trabajador en misión; so pena que si fue indebida o irregular la vinculación y ejecución de su contrato, la Empresa Usuaria puede estar incurso en un contrato de trabajo realidad, pasando la temporal a ser la deudora solidaria¹.

Así, la ley 50 de 1990 “*Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.*” en lo pertinente prevé:

“ARTÍCULO 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador

¹ En la sentencia CSJ SL17025-2016, reiterada en la 69399 del 15 de agosto de 2018, en lo pertinente, señaló: “Al respecto, esta Sala adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.”

ARTÍCULO 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley.

ARTÍCULO 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”*

A su vez, el Decreto 4369 de 2006 “Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones”, en lo que aquí interesa, reza:

“ARTÍCULO 6o. CASOS EN LOS CUALES LAS EMPRESAS USUARIAS PUEDEN CONTRATAR SERVICIOS CON LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES. Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.*

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

ARTÍCULO 20. MULTAS. El Ministerio de la Protección Social impondrá mediante acto administrativo contra el cual proceden los recursos de reposición y apelación, multas diarias sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada infracción mientras esta subsista, en los siguientes casos:

(...)

- 3. Cuando la empresa usuaria contrate Servicios Temporales, contraviniendo lo establecido en los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 7o del presente decreto.*

(...)

PARÁGRAFO 1o. Las sanciones de que trata el presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad solidaria existente entre la Empresa de Servicios Temporales y la empresa usuaria, y entre esta y quien suministra trabajadores de forma ilegal.

PARÁGRAFO 2o. (...)”

Del ordenamiento en cita es dable concluir que uno de los elementos esenciales de este tipo de acuerdos es la temporalidad del servicio de colaboración contratado. Quiere decir esto que el contrato comercial que suscribe la Empresa Usuaria y la Empresa de Servicios Temporales, lo es para prestar un servicio restringido en el tiempo de apoyo o colaboración en cualquiera de los tres (3) eventos señalados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Luego, el contrato comercial celebrado entre la Empresa Usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, se dice que, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la Empresa Usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador.

Aclarado lo anterior, comoquiera que, el actor, entre el 03 de diciembre de 2012 y el 09 de octubre de 2014, ejecutó labores en el área comercial y planeación a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a través de las diversas contrataciones que celebró con TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., salta a la vista que la temporalidad de su vinculación, incluida la posibilidad de prórroga de seis meses, superó el máximo de un año permitido en el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el párrafo del artículo 13 del Decreto 24 de 1998, modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, con lo que la Empresa Usuaria infringió la prohibición legal referida, por extender el contrato con la EST, por un término superior a 12 meses, desvirtuando con tal proceder la temporalidad de los servicios contratados para dejar en evidencia su vocación de permanencia, dando así paso a la relación laboral que reclama el libelista. Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de octubre de 2020, con radicación 83692, cuando sobre el particular precisó:

“... 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 suprallegal 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 dismantelar 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 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 ordinaria».

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 acudir al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria.

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

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

Como si fuera poco el desconocimiento de la Empresa Usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO, frente al plazo en la contratación con TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., y el carácter permanente de la actividad que desempeñó el demandante, durante todo el tiempo de su vinculación, lo cierto es que, tal omisión lejos de exonerarlo, impone afirmar que conscientemente usó de manera fraudulenta la contratación con la EST para suplir requerimientos permanentes con la misma persona; en orden a lo cual, por virtud de la ilicitud de la intermediación ilegal, considera la Sala, que, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, determinaba, las funciones y metas que el actor debía cumplir, ejerciendo su poder subordinante como verdadero empleador del mismo; sin que, pueda justificar su conducta en la imposibilidad de contratar personal directamente, pues, la necesidad de personal que tenía esa Entidad, no era transitoria, sino permanente, por ende, estaba en la obligación de tomar las medidas presupuestales o legales para resolver la contratación de su personal, como proponerle al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que considere pertinente, conforme a lo señalado en el artículo 90 de la Ley 489 de 1998, sin emplear de manera defraudatoria, la rotación de personal en misión cada 12 meses, como en efecto ocurrió en el presente caso.

Por lo anterior, encontrándose acreditado un contrato de trabajo realidad entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y el señor YILMER OSWALDO BERMÚDEZ GARCÍA, entre el 03 de diciembre de 2012 y el 09 de octubre de 2014, habrá de revocarse la sentencia apelada en este sentido, para en su lugar declarar la existencia de dicho vínculo laboral.

Además, ante la ilegal ejecución del contrato de trabajo celebrado con TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., debe considerársele como simple intermediaria, que, al no manifestar su calidad de tal, estaría obligada a responder solidariamente por la integridad de las sumas reclamadas a la Empresa Usuaría FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por el demandante.

DE LA IGUALDAD SALARIAL

Solicitó el demandante, con esta acción, la reliquidación de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión, teniendo en cuenta *“el salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban funciones similares”*.

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, en términos generales, hace referencia al derecho fundamental de la igualdad:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Prohibición discriminatoria contemplada igualmente en el Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en empleo y ocupación a partir de la Constitución de 1991, por efecto del artículo 93 superior; que nuestro ordenamiento en material laboral consagra de manera específica en el artículo 143 CST, modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, cuando en lo pertinente prevé:

“ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL.

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”. (Negrilla fuera de texto).

Principio cuya aplicación no se surte de manera automática por el sólo hecho de desempeñarse el mismo cargo sino que es necesario el cumplimiento de otros presupuestos, a saber: i) la identidad de funciones

con referencia a una persona específica, en una misma dependencia, por trabajos equivalentes; ii) la igualdad en las condiciones de eficiencia, en el desempeño del mismo oficio, con respecto a una persona en particular que perciba mejor remuneración salarial que la quejosa; y por último iii) la realización en igual cantidad y calidad del trabajo frente a la persona tomada como punto de referencia, tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la sentencia del 06 de mayo de 2015 con radicación 45894. Entonces para dar aplicación al principio de a trabajo igual, salario igual, deben suministrarse los elementos de convicción orientados a establecer plenamente la igualdad, con condiciones básicas de responsabilidad, intensidad y calidad.

En cuanto al elemento de la presunción, si el trabajador, aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador, dado que está en mejores condiciones para producir la prueba, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Sobre el particular, comoquiera que, la igualdad petitionada por el demandante, no fue clara, al punto que comenzó solicitando la reliquidación de sus derechos laborales, conforme al *“salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban funciones similares”*; y, posteriormente, al rendir declaración de parte, señaló que en la DIVISION DE DESARROLLO ORGANIZACIONAL, del FNA, donde se desempeñaba como Administrativo III, la señora Fabiola Rodríguez, era profesional Grado 03, de planta y desarrollaba las mismas funciones que él bajo la coordinación de la misma jefe Mayerli López, forzoso sería verificar las funciones asignadas a la mencionada trabajadora, en aras de determinar las similitudes y diferencias que darían lugar a la nivelación o igualdad salarial; no obstante, a más de lo dicho por el demandante, sólo se cuenta con la declaración del testigo, MIGUEL OSCAR MEDINA ÁLVAREZ, quien dijo conocer al actor, porque fueron compañeros en la misma oficina, en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en la División de Desarrollo Organizacional, que pertenece al área de Planeación Estratégica y, señaló que, tanto la señora Fabiola Rodríguez, como Mayerly López, eran personal de planta, desempeñaban las mismas funciones del señor BERMÚDEZ GARCÍA y, tenían condiciones más favorables que los trabajadores en misión, pues, contaban con una escala salarial definida por la Entidad, mientras que los temporales dependían de la decisión que sobre el salario, se tomara al momento de la contratación por parte del jefe de Gestión Humana del FNA, más no la temporal, pero, manifestó desconocer cuánto devengaba la señora Fabiola Rodríguez.

Sin que militen en el plenario pruebas adicionales, como el Manual de Funciones o cualquier otro medio demostrativo que sirva como parámetro de comparación, no es posible para la Sala, entrar a determinar la diferencia salarial alegada, ni menos aún dar alcance a la presunción contenida en el

artículo 143 del CST, si se tiene en cuenta que ésta sólo opera cuando no se presenta discusión sobre la igualdad o equivalencia de funciones entre un trabajador y otro, trasladando en ese evento al empleador, el deber de justificar el trato diferencial so pena de entender que es discriminatorio, lo que aquí no ocurrió y por ello no es aplicable el postulado de “*a trabajo igual salario igual*”, que no solo se aplica a quienes desempeñan el mismo trabajo, sino también para quienes desempeñan oficios diferentes pero de contenido equivalente que aportan el mismo valor. Nótese que, aunque la parte actora, allegó a esta Instancia, certificación del jefe de la División de Gestión Humana del FNA, correspondiente a los salarios devengados por los trabajadores de esa Entidad, entre los años 2011 a 2014, no probó el demandante, cuál era el cargo de planta, que se equipara con el desempeñado por él, ya que la igualdad de funciones en el *sub lite*, no fue acreditada en debida forma, sin que la prueba declarativa permita arribar a otro razonamiento.

Así las cosas, es del caso absolver a las demandadas, de las pretensiones relacionadas con la reliquidación salarial, no sin antes aclarar adicionalmente, que, aunque el apoderado del demandante se refirió en su recurso, al reconocimiento de las prestaciones extralegales que perciben los trabajadores de planta del FNA, y que, según él se encontraban demostradas con las Convenciones Colectivas de Trabajo, que fueron aportadas al plenario en medio magnético (fl. 533), lo cierto es que, tales aspiraciones no fueron objeto de demanda, como se advierte al revisar las pretensiones del libelo introductorio (fls. 2-3) y del escrito de subsanación (fls. 121-122), en consecuencia, la Sala, se abstendrá de pronunciarse al respecto.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Señala el demandante, que la terminación del contrato de trabajo se produjo sin que las demandadas, le informaran los motivos de dicha decisión, lo que amerita el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa a su favor.

Son reiterados los pronunciamientos de la Jurisprudencia y la doctrina, respecto a que el trabajador debe demostrar el hecho del despido mientras que a la demandada le corresponde demostrar los hechos constitutivos de justa causa del mismo.

En el presente caso, indicó el demandante, en su declaración de parte, que, el 09 de octubre de 2014, recibió una llamada de la representante legal de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., que tenía una oficina dentro de las instalaciones del FNA, informándole que ya había finalizado su labor y que se retirara del Fondo, sin que existiera un motivo justificable para dicha decisión, pues, el cargo y labores que desarrollaba en la División de Desarrollo Organizacional, continuó después de su salida; por su parte, el representante legal de la EST, indicó que los tres contratos celebrados con

el demandante, finalizaron por la terminación de la obra o labor contratada, que, ningún proceso disciplinario se adelantó en su contra y nada diferente a la culminación del contrato, motivó su salida de la Empresa; que, normalmente se comunica a través de una carta la finalización de la relación de trabajo, pero, en el caso del Fondo Nacional del ahorro, debido a la cantidad de personal en misión que manejaban, tenían un personal *in house* que se encargaba de comunicar a los trabajadores la terminación de sus vínculos laborales.

Considera la Sala, que el ente demandado no demostró que la terminación del contrato de trabajo se hubiera producido por alguna de las justas causas establecidas en los artículos 48 y 49 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, lo que da lugar, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, en los términos del artículo 51 del Decreto ya mencionado, según el cual *“Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar”*.

Así las cosas, el actor, es acreedor a los salarios del tiempo que faltare para completar el plazo presuntivo, el que, contado a partir del 03 de diciembre de 2012, debía cumplirse el 03 de diciembre de 2014 y, al haberse finalizado el vínculo laboral, el 09 de octubre de 2014, resultan a su favor, como días faltantes para dar cumplimiento al plazo presuntivo, un total de 54 días de salario, que corresponde a la suma de \$4.725.000, que deberán cancelar las demandadas de forma solidaria.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Habida cuenta que ninguna condena se impuso a las demandadas, por concepto de salarios y prestaciones sociales, no hay lugar a imponer condena alguna por concepto de indemnización moratoria.

DE LA PRESCRIPCIÓN

No hay lugar a su declaratoria comoquiera que, la terminación del contrato de trabajo del demandante, se produjo el 09 de octubre de 2014, presentó reclamación administrativa ante el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, el 21 de septiembre de 2016 (fls. 104-106) y, la presentación de la demanda, se hizo, conforme al acta individual de reparto de folio 116, el 16 de diciembre de 2016, no habiendo transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el 488 del CST, para que operara el fenómeno prescriptivo.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

Sin costas en esta Instancia. Se revocan las de Primer Grado, que serán a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 04 de febrero de 2020, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de una relación laboral entre el señor **YILMER OSWALDO BERMÚDEZ GARCÍA** y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, del 3 de diciembre de 2012 al 9 de octubre de 2014; en la cual **TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S.**, actuó como un simple intermediario, conforme a las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y, de manera solidaria a **TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S.**, a pagar a favor del demandante **YILMER OSWALDO BERMÚDEZ GARCÍA**, la suma de CUATRO MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS M/CTE (\$4.725.000), por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

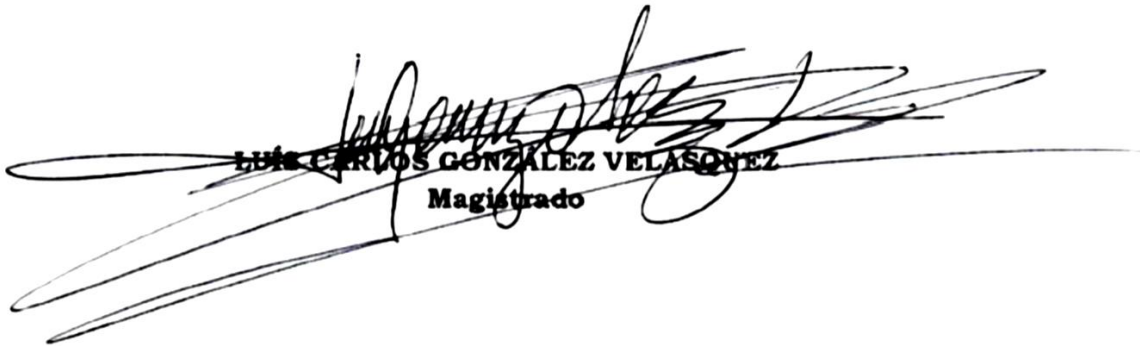
QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se REVOCAN las de Primer Grado, que serán a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado