

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL467-2019

Radicación n.º 71281

Acta 04

Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la **ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el 27 de enero de 2015, en el proceso que en su contra adelanta **SANDRA LILIANA GONZÁLEZ HIDALGO**.

I. ANTECEDENTES

Sandra Liliana González Hidalgo demandó a la Organización Radial Olímpica S.A., a fin de que se declarara que entre ellos existió un contrato de trabajo desde el 2 de mayo de 2001 hasta el 30 de enero de 2012, fecha en que terminó sin justa causa por parte de la empresa.

Con base en lo anterior, reclamó, por todo el tiempo laborado, el pago de la pensión sanción o de los aportes pensionales, la compensación de las vacaciones, el auxilio de cesantía y sus intereses, la prima de servicios, la sanción moratoria de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por despido injusto y que se profiera condena en los términos del parágrafo 1.º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002. En subsidio de las sanciones moratorias, solicitó la indexación de las condenas.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que entre las partes existió un contrato laboral ejecutado entre el 2 de mayo de 2001 y el 30 de enero de 2012; que en los linderos temporales mencionados ocupó el empleo de *«vendedora y/o asesora comercial y/o ejecutiva de cuenta y/o ejecutiva de ventas»*, bajo la subordinación y dependencia de la Organización Radial Olímpica; y que devengó los siguientes salarios: \$800.000 en el año 2001, \$1.000.000 en el 2002, \$1.400.000 en el 2003, \$2.000.000 en el 2004, \$2.364.821 en el 2005, \$3.230.931 en el 2006, \$3.903.077 en el 2007, \$3.637.453 en el 2008, \$4.134.353 en el 2009, \$1.857.538 en el 2010, \$2.589.972 en el 2011 y \$1.500.000 en el 2012, los cuales estaban integrados por el salario mínimo legal mensual vigente más las comisiones pagadas por ventas.

Sostuvo que la demandada no la afilió al sistema pensional y no le pagó las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al subsistema pensional con base en el salario indicado; que la Organización Radial Olímpica acudió a

empresas de servicios temporales para pagar parte de su salario, sin que existieran las condiciones necesarias para ello, pues nunca cumplió labores ocasionales, accidentales o transitorias, no reemplazó personal en vacaciones, licencia o incapacidad, como tampoco atendió incrementos en la producción o prestación de los servicios.

Por último, afirmó que la accionada condicionó su vinculación a que firmara contratos con esas terceras personas jurídicas, y terminó su contrato de trabajo sin justa causa.

La Organización Radial Olímpica se opuso a las pretensiones de la demanda. Admitió que nunca le pagó a Sandra Liliana González Hidalgo los conceptos laborales reclamados debido a que los reconocían sus verdaderos empleadores Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda.; los demás hechos los negó.

En su defensa explicó que las sociedades Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda. *«enviaron como trabajadora en misión»* a Sandra Liliana González Hidalgo para prestar sus servicios en la Organización Radial Olímpica. Lo anterior, de conformidad con los contratos de prestación de servicios suscritos con esas sociedades.

Adujo que en el desarrollo de la relación laboral con las citadas sociedades, la demandante suscribió los siguientes contratos de trabajo por obra o labor:

Fecha de suscripción del contrato laboral	Cargo	Sociedad empleadora
13 de junio de 2001	Asesora comercial	Manpower de Colombia Ltda.
18 de junio de 2002	Asesora comercial	Manpower de Colombia Ltda.
29 de junio de 2004	Ejecutiva de cuentas	Manpower Profesional Ltda.
28 de junio de 2005	Ejecutiva de cuentas	Manpower Profesional Ltda.
19 de julio de 2006	Ejecutiva de cuentas	Manpower Profesional Ltda.
11 de julio de 2008	Ejecutiva de cuentas	Manpower Profesional Ltda.
3 de agosto de 2009	Asesora y ejecutiva de ventas	Manpower Profesional Ltda.
25 de agosto de 2010	Ejecutiva de ventas	Manpower Profesional Ltda.
20 de septiembre de 2011	Ejecutiva de ventas	Manpower de Colombia Ltda.

Aseguró que las referidas sociedades comerciales «no son empresas de servicios temporales», tal como se advertía en los certificados de cámara de comercio aportados. Esto por cuanto «las empresas de servicios temporales están reguladas por la Ley 50 de 1990, artículos 71 y siguientes, y los Decretos 1530 de 1996, Decreto 24 de 1998, y Decreto 1703 de 2002, legislación que no aplica a las empresas cuyo objeto social es la prestación de servicios especializados, como el contratado entre ellas y la ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA».

Aseveró que en paralelo a lo anterior, el 7 de abril de 2000 la demandante constituyó un establecimiento de

comercio denominado «SANDRAS'L», cuya actividad económica consistía en la comercialización de medios publicitarios, campañas publicitarias y asesoría comercial. Explicó que el 19 de junio de 2001, la Organización Radial Olímpica contrató con ese establecimiento la asesoría periodística y publicitaria; así mismo, acordaron la posibilidad de vender publicidad mediante el pago de una comisión por recaudo. Señaló que ese vínculo comercial terminó el 31 de diciembre de 2010 y, a partir del 1.º de enero de 2011, la sociedad Manpower de Colombia Ltda. empezó a reconocer el valor de las comisiones por publicidad debidamente recaudadas, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales devengados por la trabajadora en misión.

Arguyó que con el objeto de precaver futuras reclamaciones por diferencias en las prestaciones pagadas por Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda., la Organización Radial Olímpica *«optó por reliquidar las cesantías, intereses, primas de servicios y vacaciones que le pagaron sus verdaderos empleadores, incluyendo en ellas, el promedio de ingresos de los años 2009, 2010 y enero 1º a abril 15 de 2011, obtenidas por el establecimiento de comercio denominado SANDRAS'L»*.

Por último, recalcó que el último contrato laboral firmado entre Sandra Liliana González Hidalgo y Manpower de Colombia Ltda. terminó el 30 de enero de 2012 por renuncia de la primera. Para rebatir las pretensiones de la

demanda, propuso las excepciones de pago, prescripción e inexistencia de la obligación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Villavicencio, a través de fallo de 15 de noviembre de 2013, resolvió:

- 1. Declarar que entre la señora Sandra Liliana González Hidalgo, en condición de trabajadora y la Organización Radial Olímpica S.A. "ORO SA", en la de empleadora, existió un contrato de trabajo indefinido del 2 de mayo de 2001 al 30 de enero de 2012, con el salario mínimo fijado por el Gobierno Nacional.*
- 2. Declarar infundadas las excepciones de Inexistencia de la obligación y prescripción; mientras fundada parcialmente la de pago, propuesta por la Organización Radial Olímpica S.A., en atención a las razones en que se motiva la presente providencia.*
- 3. Ordenar a la demandada Organización Radial Olímpica S.A., proceda al pago de los aportes a pensión a favor de la demandante para ante la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES o el fondo que ella elija, donde se llevarán a cabo los trámites de conmutación de acuerdo con el cálculo actuarial y los respectivos rendimientos que hará la misma entidad, correspondiente al periodo del 2 de mayo de 2001 al 30 de enero de 2012, tomando como base el salario mínimo de estos años.*
- 4. Condenar en costas del proceso a la demandada. Tásense.*
- 5. Fijar en la suma de \$800.000, lo que el Juzgado estima como agencias en derecho a cargo de la parte demandada y en favor de la demandante, para ser tenidos en cuenta al momento de la liquidación de costas.*
- 6. Absolver a la demandada de las restantes pretensiones de la demanda.*

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que interpusieron ambas partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, mediante la sentencia recurrida en casación, modificó el fallo del juzgado, así:

PRIMERO: Se modifica el numeral 1.- de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de declarar que el salario devengado por la demandante durante [la] vigencia de la relación laboral, corresponde a las siguientes sumas de dinero:

- a.- \$286.000 mensuales durante el año 2001.*
- b.- \$309.000 para el año 2002.*
- c.- \$332.000 para el año 2003.*
- d.- \$358.000 para el año 2004.*
- e.- \$2'429.019 para el año 2005.*
- f.- \$3'230.931 para el año 2006.*
- g.- \$3'903.077 para el año 2007.*
- h.- \$2'318.429 para el año 2008.*
- i.- \$2'496.900 para el año 2009.*
- j.- \$1'673.715 para el año 2010.*
- k.- \$2'186.355 para el año 2011, y*
- l.- \$1'500.000 para el año 2012.*

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A. a pagar a la demandante los excedentes dejados de cancelar por concepto de liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, en los siguientes valores:

A.- \$11'730.793 por concepto de diferencia del auxilio de cesantías dejada de cancelar al demandante desde el 2 de mayo de 2001 a 30 de enero de 2012.

B.- \$7'254.960 por concepto de diferencia de la compensación de vacaciones dejada de cancelar a la accionante durante la vigencia de la relación laboral.

C.- \$279.312 por concepto de diferencia de los intereses a las cesantías.

D.- \$351.522 por concepto de diferencia de la prima de servicios dejada de cancelar a la demandante durante los años 2009, 2010, 2011 y fracción del 2012.

E.- \$36'000.000, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y a partir del 1º de febrero de 2014, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la

Superintendencia Financiera sobre los \$19'616.587 hasta cuando se cancelen las acreencias adeudadas.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 3.- de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la demandada ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A., a cancelar el excedente de los aportes a pensión no efectuados durante la vigencia de la relación laboral, tomando como salario base de cotización de cada año, los salarios establecidos en el ordinal PRIMERO de esta providencia; para lo cual se autoriza a la entidad demandada, descontar los aportes pensionales cancelados por la empresa intermediaria MANPOWER, en el fondo de pensiones en el cual se encontraba afiliada la trabajadora.

CUARTO: En lo demás se confirma la sentencia apelada.

QUINTO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la demandada ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A., a favor de la demandante.

SEXTO: TÉNGASE como agencias en derecho en esta instancia, la suma de dos millones de pesos (2'000.000), a cargo de la parte demandada a favor de la demandante SANDRA LILIANA GONZÁLEZ HIDALGO.

En desarrollo de su decisión, el Tribunal centró el problema jurídico en determinar si entre las partes existió una relación laboral y, por tanto, si había lugar a reajustar las prestaciones e impartir las condenas descritas en la demanda.

Subrayó que para resolver el problema planteado, debía tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 22 a 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Así, aludió a los elementos y a la presunción de existencia del contrato de trabajo.

Señaló que en el presente asunto no existía discusión sobre la prestación personal del servicio de Sandra Liliana González Hidalgo en favor de la Organización Radial Olímpica, en el cargo de ejecutiva de ventas. Indicó que esta

circunstancia se encontraba demostrada con los contratos de trabajo suscritos por la demandante con la empresa Manpower de Colombia Ltda. (f.º 7 a 17), en los que consta que la primera laboró como trabajadora en misión en la organización radial. Así mismo, refirió, que este hecho estaba acreditado con la certificación laboral expedida el 23 de septiembre de 2009 por Manpower (f.º 18), en la que consta que la actora trabajó en esa compañía desde el «1 de junio de 2002» (sic), mediante contrato por obra o labor, en el cargo de ejecutiva de ventas de Olímpica Radial.

Con base en lo anterior, arguyó que le concernía a la empresa accionada desvirtuar la presunción de existencia de relación laboral, para lo cual debía demostrar que esta era civil o comercial y no subordinada.

Hecha esta precisión, analizó la prueba documental y testimonial para concluir que en el caso bajo examen la Organización Radial Olímpica y las empresas Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda. acordaron una especie de «*intermediación laboral*» para el suministro de trabajadores en misión y «*evadir la contratación directa de los trabajadores que ejecutan labores habituales de la empresa y simular la existencia de verdaderos contratos de trabajo indefinidos en el tiempo*».

En hilo con lo anterior, explicó que si bien es válida la contratación de trabajadores en misión por intermedio de empresas de servicios temporales, esta modalidad solo es admisible en labores ocasionales, accidentales o transitorias

(art. 6 CST), para reemplazar personal en vacaciones o en uso de licencias o incapacidad, y para atender incrementos en la producción o prestación de servicios por un término de 6 meses, prorrogable por otros 6 meses.

Aseveró que en el caso Sandra Liliana González Hidalgo fue vinculada para laborar como trabajadora en misión en la Organización Radial Olímpica S.A., en el cargo de ejecutiva de ventas o asesora comercial, *«aparentemente por periodos definidos por la duración de la obra, los cuales fueron renovados año a año de manera continua desde el 13 de junio de 2001 hasta el 31 de enero de 2012, superando el término mínimo de contratación de 6 meses, prorrogable por 6 meses más»*. Lo anterior, indicó, desnaturalizó la esencia de la temporalidad del contrato y puso en evidencia que la necesidad del servicio siempre fue permanente, *«por lo que la empresa usuaria beneficiaria no podía acudir a esta figura sino a contratar directamente a la trabajadora»*.

En respaldo de lo dicho, citó un pasaje de la sentencia CSJ SL 25717, 21 feb. 2006, para precisar que el verdadero empleador de la accionante fue la Organización Radial Olímpica S.A., dado que era evidente que aquella fue vinculada como trabajadora en misión para ocultar la relación laboral con la empresa usuaria.

Refirió que los testigos Yency Sierra Ariza y José Wilson Rojas Castillo, quienes trabajaron en la compañía radial, aseguraron que la suscripción del contrato laboral con las empresas temporales era un prerequisite para

trabajar con la Organización Radial Olímpica S.A., y que era en esta compañía en donde prestaban sus servicios y cumplían su horario. Así mismo, aseveraron que su salario estaba integrado por un salario mínimo, pagado por intermedio de la temporal, y las comisiones eran sufragadas directamente por Radio Olímpica, para lo cual eran obligados a crear una empresa que tuviese como objeto distribuir publicidad radial.

Por ello, le dio la razón al juez de primer nivel al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes contendientes, desde el 2 de mayo de 2001 hasta el 30 de enero de 2012.

Tras dilucidar este punto, procedió a analizar cuál era el salario que realmente devengó la parte accionante durante el tiempo en el cual prestó sus servicios. De esta forma, revisó los contratos laborales visibles a folios 7 a 17 del expediente, las planillas obrantes a folios 59 a 180 y los desprendibles de nómina de folios 220 a 271, para concluir que Sandra Liliana González Hidalgo percibió un salario mínimo legal mensual vigente más las comisiones por publicidad que realizaba mes a mes, así:

- a.- \$286.000 mensuales durante el año 2001.
- b.- \$309.000 para el año 2002.
- c.- \$332.000 para el año 2003.
- d. \$358.000 para el año 2004.
- e. \$2'429.019 para el año 2005.
- f.- \$3'230.931 para el año 2006.

- g.- \$3'903.077 para el año 2007.
- h.- \$2'318.429 para el año 2008.
- i.- \$2'496.900 para el año 2009.
- j.- \$1'673.715 para el año 2010.
- k.- \$2'186.355 para el año 2011.
- l.- \$1'500.000 para el año 2012.

Con estos salarios, tuvo en cuenta las sumas previamente canceladas y procedió a reliquidar las prestaciones sociales, en el periodo no prescrito. Lo anterior, lo determinó así:

a.- \$11'730.793 por concepto de diferencia del auxilio de cesantías desde el 2 de mayo de 2001 hasta el 30 de enero de 2012. Para su cálculo, tuvo en cuenta el criterio de esta Corporación según el cual las cesantías son exigibles a la terminación del contrato de trabajo.

b.- \$7'254.960 por concepto de diferencia de la compensación de vacaciones del 2 de mayo de 2001 al 30 de enero de 2012. Para su cálculo, aludió a la sentencia CSJ SL 39023, 14 ago. 2013, para puntualizar que este crédito es exigible a partir de la terminación del contrato de trabajo.

c.- \$279.312 por concepto de diferencia de los intereses a las cesantías.

d.- \$351.522 por concepto de diferencia de la prima de servicios dejada de cancelar a la demandante durante los años 2009 a 2011 y la fracción del 2012.

En cuanto a la sanción moratoria recordó que no es de aplicación automática pues debe establecerse si hubo o no mala fe. Observó que en el caso bajo estudio no existió buena fe de la sociedad demandada debido a que utilizó a la empresa Manpower como una simple intermediaria laboral con el fin de *«disfrazar la verdadera relación con la demandante, exigiéndole a la trabajadora la constitución de un establecimiento de comercio ficticio con el fin de cancelarle a través de este las comisiones de las ventas publicitarias que realizara a fin de evadir el reconocimiento de las prestaciones sociales con el monto real del salario devengado por la trabajadora»*. En esta dirección, dedujo que todo fue *«un montaje»* ideado por la Organización Radial Olímpica S.A. para burlar el pago de las prestaciones sociales.

Determinó que por este concepto la accionada debía reconocer la suma de \$36'000.000 teniendo en cuenta que el último salario que devengó la demandante ascendía a la suma de \$1.500.000. A partir del 1.º de febrero de 2014, dispuso el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera sobre la suma de \$19.616.587, hasta la fecha en que se cancelen esos créditos.

Finalmente, no condenó al pago de la sanción moratoria por no consignación oportuna de cesantías; negó la aplicación de la sanción del parágrafo 1.º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y la pensión sanción reclamada, y accedió al pago de la diferencia en los aportes al subsistema

pensional teniendo en cuenta los salarios reales determinados en la sentencia.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case el fallo impugnado para que, en sede de instancia, revoque el del juzgado y, en su lugar, sea absuelta de las pretensiones de la demanda.

En subsidio, solicita que se case parcialmente la sentencia en cuanto condenó al pago de la sanción moratoria (cargo segundo) y las vacaciones compensadas por toda la relación laboral, incluyéndola en la base de los intereses moratorios causados a partir del mes 25 (cargo tercero).

En instancia, pide la confirmación de la decisión de primer grado que absolvió de la sanción moratoria (cargo segundo); o se modifique la providencia absolutoria de primer grado respecto a las vacaciones compensadas, y se condene a la accionada al pago de ese concepto únicamente frente a los periodos no prescritos, excluyendo dicho rubro

de la base de los intereses moratorios causados a partir del mes 25 (cargo tercero).

Con tal propósito, formula tres cargos por la causal primera de casación, que fueron objeto de réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, le atribuye a la sentencia controvertida la violación de los artículos 71, 72, 77, 82, 94 y 99 de la Ley 50 de 1990, 22, 23, 24, 34, 35, 65, 127, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 1.º de la Ley 52 de 1975 y 1.º de la Ley 995 de 2005.

Lo anterior, como consecuencia de los siguientes errores manifiestos de hecho:

1. No dar por demostrado estándolo, que MANPOWER DE COLOMBIA LTDA. y MANPOWER PROFESIONAL LTDA., son dos empresas distintas, con objetos sociales diferentes, la primera dedicada exclusivamente al suministro temporal de trabajadores en misión (empresa de servicios temporales); y la segunda, a la prestación de servicios especializados a personas naturales o jurídicas con el fin de satisfacer sus necesidades en áreas como la venta de productos o servicios (outsourcing de ventas).

2. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante estuvo vinculada directamente con estas dos empresas en virtud de contratos de trabajo diferentes, celebrados de acuerdo a la naturaleza propia de cada una de dichas entidades, y con el propósito de satisfacer las necesidades de la demandada de una fuerza comercial de ventas especializada, dentro de los parámetros legales permitidos.

3. Dar por demostrado, de forma equivocada, que la demandante desempeñó sus funciones de comercialización de anuncios

publicitarios en beneficio de la demandada, bajo la continuada subordinación y dependencia de esta última.

4. No dar por demostrado, estándolo, que la labor de comercialización de anuncios publicitarios en beneficio de la demandada, podía ser realizada por la demandante con suficiente autonomía, y únicamente bajo ciertos parámetros de supervisión por parte de la demandada, aplicable en virtud de la vinculación comercial que la unió con la demandante y con las empresas MANPOWER DE COLOMBIA LTDA. y MANPOWER PROFESIONAL LTDA.

Asegura que los yerros fácticos enunciados dimanaron de la valoración errada de los contratos de trabajo suscritos entre la demandante y las empresas Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda. (f.º 7 a 17), los certificados de existencia y representación legal de las sociedades mencionadas (f.º 293 a 296, 297 a 301), y el contrato de asesoría periodística para los programas de radio (f.º 284). También de la apreciación equivocada de los testimonios de Yency Sierra Ariza, José Wilson Rojas Castillo y Jaime Humberto Ortiz Vásquez.

En desarrollo de su acusación, refiere que el tribunal aplicó indebidamente el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues su decisión la adoptó asumiendo que las sociedades Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda. son empresas de servicios temporales o que, sin serlo, se dedican al suministro de personal sin autorización del Ministerio del Trabajo.

Aduce que según los certificados de existencia y representación legal de folios 293 a 296 y 297 a 301, solo la primera de esas sociedades -Manpower de Colombia Ltda.-

es una empresa de servicios temporales dedicada al suministro de trabajadores en misión, mientras que la segunda -Manpower Profesional Ltda.- es una compañía cuyo objeto social es la prestación de servicios especializados a personas naturales o jurídicas con el fin de satisfacer sus necesidades en áreas como la venta de productos. Por lo anterior, sostiene que esta última entidad no es una EST sino una sociedad de responsabilidad limitada, que a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST), se ocupa de la satisfacción de las necesidades de sus clientes, para lo cual contrata directamente trabajadores.

Agrega que Sandra Liliana González Hidalgo desempeñó su función de comercialización de anuncios publicitarios en beneficio de la Organización Radial Olímpica S.A. a través de contratos de trabajo suscritos con las sociedades mencionadas, así: (i) con Manpower de Colombia Ltda., en calidad de trabajadora en misión, desde el 13 de junio de 2001 hasta el 28 de junio de 2004, y mucho después, desde el 20 de septiembre de 2011 hasta el 30 de enero de 2012; y (ii) con Manpower Profesional Ltda. desde el 29 de junio de 2004 hasta el 19 de septiembre de 2011, lapso que no puede computarse para efectos de establecer el término máximo del numeral 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Frente a la última empresa, refiere que el artículo 84 de la citada ley excluye de la reglamentación del servicio temporal a las empresas dedicadas a servicios diferentes,

como las especializadas en el suministro de alimentación y labores de aseo. Precisa, así mismo, que si bien es posible en virtud del principio de la primacía de la realidad deducir que el verdadero empleador es el beneficiario de la obra y no el contratista independiente, a tal conclusión no podría llegarse a través del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, como equivocadamente lo hizo el Tribunal.

Adicionalmente, asegura que el *ad quem* erró al afirmar que las funciones desplegadas por la demandante solo podían contratarse directamente dado su carácter permanente. Lo anterior como quiera que *«la posibilidad de acudir a modalidades de tercerización laboral de ciertos sectores o procesos de una empresa, radica en la posibilidad real de dar la ejecución de las labores correspondientes a dichos procesos a cargo de un grupo específico de trabajo o de trabajadores, que están en la capacidad de desempeñar sus funciones con cierto grado de autonomía»*. Según esto, el sector de venta de publicidad radial *«claramente encaja como uno que puede ser desarrollado de esta manera autónoma, únicamente bajo simples parámetros de supervisión de cumplimiento de metas»*.

En defensa de lo precedente, remite a la cláusula novena del contrato de asesoría periodística y publicitaria para los programas de radio, obrante a folios 284 y 285, suscrito entre las partes de este proceso, en el que se especifica que el contratista puede contratar el personal requerido en la ejecución de sus labores. Aclara, en relación con este acuerdo, que si bien *«la concurrencia de este*

contrato comercial suscrito directamente con la demandante, con el laboral suscrito por esta última con MANPOWER PROFESIONAL LTDA. en beneficio de la demandada, contiene en realidad una desafortunada implementación de una innecesaria compleja política retributiva, lo cierto es que esta posibilidad de contratar directamente personal subordinado por parte del demandante para cumplir con sus compromisos contractuales establecidos en el acuerdo comercial, ha de considerarse sustancialmente idéntica a aquella contenida en el contrato comercial suscrito entre MANPOWER PROFESIONAL LTDA. y la demandada ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A., y en virtud de la cual fue contratada laboralmente la demandante directamente por MANPOWER PROFESIONAL LTDA».

Debido a lo expuesto, acusa al Colegiado de instancia de haber valorado equivocadamente el contrato comercial visible a folios 284 y 285, puesto que conforme a esa documental era dable advertir el grado de autonomía con que contaban las contratistas de la demandada, incluido el empleador Manpower Profesional Ltda. Agrega que esta prueba se debe contrastar con los relatos de los testigos del proceso, a fin de ajustar sus declaraciones a las dimensiones correctas.

VII. RÉPLICA

La parte activa se opone a la prosperidad de los cargos, para lo cual aduce que la tesis de la recurrente es impertinente toda vez que el juez de alzada encontró

demostrados los elementos del contrato de trabajo con las pruebas aportadas al proceso, más aún, si se tiene en cuenta que esos terceros no fueron convocados al proceso.

Arguye que el argumento del recurrente conforme al cual se infringió el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 es vacuo y no desvirtúa el hecho de haber prestado servicios personales a la empresa durante más de 10 años bajo continuada dependencia. Además, aquel simplemente menciona los testigos sin precisar su dicho ni el contenido de las declaraciones y cuál fue el error en su valoración.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal dedujo que entre Sandra Liliana González Hidalgo y la Organización Radial Olímpica S.A. existió un contrato de trabajo desde el 2 de mayo de 2001 hasta el 30 de enero de 2012, en el cual las empresas Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda. actuaron como simples intermediarias en el suministro de personal, por fuera de los casos y límites previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

La recurrente controvierte esa conclusión bajo el argumento de que el Tribunal asumió, contra la evidencia probatoria, que la sociedad Manpower Profesional Ltda. era una empresa de servicios temporales y no tuvo por demostrado que el esquema contractual utilizado por la Organización Radial Olímpica S.A. con las compañías Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda.

era en un proceso legítimo de tercerización de servicios de publicidad.

Así las cosas, el problema jurídico consiste en dilucidar si las empresas Manpower actuaron como simples intermediarias para encubrir la verdadera relación laboral de la demandante con la Organización Radial Olímpica S.A. o si, por el contrario, su vinculación se desarrolló en el marco de un proceso admisible de contratación con terceros.

Como quiera que las relaciones jurídicas triangulares controvertidas se desarrollaron, principalmente, a través de dos empresas con objeto social diverso, la Corte analizará en primer lugar la situación de Sandra Liliana González Hidalgo con Manpower de Colombia Ltda. y luego con Manpower Profesional Ltda.

1. Contratación laboral a través de Manpower de Colombia Ltda. -Empresa de Servicios Temporales EST-

De acuerdo con las pruebas enunciadas, la demandante laboró en Manpower de Colombia Ltda. desde el 13 de junio de 2001 hasta el 28 de junio de 2004, y mucho después, desde el 20 de septiembre de 2011 hasta el 30 de enero de 2012 en calidad de trabajadora en misión y en el cargo de asesora comercial o ejecutiva de cuentas.

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.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 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.

De acuerdo con lo anterior, en ningún desacierto fáctico incurrió el Tribunal al deducir de los contratos de trabajo de folios 7 a 17 que la demandante fue contratada para la ejecución de labores permanentes de la usuaria, dado que durante más de 10 años desarrolló las actividades de ejecutiva de ventas o asesora comercial, lo cual de entrada desvirtúa la transitoriedad y excepcionalidad del servicio.

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

Aunque es cierto como lo sostiene la recurrente que a partir del 29 de junio de 2004 y hasta el 19 de septiembre de 2011 la actora laboró en una sociedad que no fue constituida como EST, en todo caso, el hecho de que en ese lapso hubiese desarrollado actividades idénticas a las ejecutadas a través de la empresa de servicio temporal – aspecto indiscutido-, demuestra que la operación de ventas de publicidad era una necesidad permanente y esencial de la emisora radial, la cual, a menos que se dieran las circunstancias consagradas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, no podía ser desarrollada por intermedio de empresas temporales.

Tampoco existen elementos de convicción que acrediten el tipo de requerimiento temporal y excepcional en la Organización Radial Olímpica S.A. que debía atender Sandra Liliana González Hidalgo. No existe evidencia si lo fue para un trabajo accidental, reemplazo de personal ausente o para atender incrementos en la producción del servicio de ventas de publicidad por 6 meses, prorrogables por igual término. Simple y llanamente se encuentra acreditado que fue vinculada como trabajadora en misión para desarrollar un empleo hasta el momento en que la usuaria determinara que la obra o labor se extinguió.

Siendo así, el Tribunal no cometió un error al concluir que durante este segmento de la relación laboral el verdadero empleador de la demandante fue la Organización Radial Olímpica S.A., pues, como lo ha adocinado esta Sala *«la infracción de las reglas jurídicas del servicio*

temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contrato laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados» (CSJ SL3520-2018).

2. Contratación a través de Manpower Profesional Ltda. -Diferencias entre el contratista independiente y el simple intermediario-

De acuerdo con las documentales enunciadas en el cargo, la accionante laboró en la Organización Radial Olímpica S.A. por intermedio de la sociedad Manpower Profesional Ltda., desde el 29 de junio de 2004 hasta el 19 de septiembre de 2011.

Pues bien, la Corte advierte que la sociedad Manpower Profesional Ltda. no es una empresa de servicios temporales, como erradamente lo asumió el Tribunal. En efecto, según el certificado de existencia y representación legal de folios 297 a 301, dicha sociedad no fue constituida para la prestación de servicios de colaboración temporal a terceros usuarios, sino *«para prestar servicios especializados a las personas naturales o jurídicas, con el fin de atender sus necesidades en cualquier área de la producción, administración, mantenimiento y venta de productos y/o servicios, así como, en todas las actividades inherentes o conexas».*

Sin embargo, este desacierto fáctico no varía el sentido del fallo puesto que, en sede de instancia, la Corte advierte que la compañía Manpower Profesional Ltda. actuó como simple intermediaria en la vinculación de la demandante para ponerla bajo la dirección de la Organización Radial Olímpica S.A., entidad que fue su verdadero empleador.

Está probado que la sociedad Manpower Profesional Ltda., a pesar de no tener la calidad ni estar autorizada, suministraba mano de obra temporal a la Organización Radial Olímpica S.A. del modo en que lo hacen las empresas de servicios temporales. A folio 9 obra contrato por obra o labor contratada en el cual consta que se vinculó a la actora en el cargo de *«ejecutiva de cuenta para la usuaria Organización Radical Olímpica»*; a folio 10 registra su contratación para *«ejecutiva de cuenta para la empresa Org. Olímpica Radial»*; a folio 12 aparece que su contrato tenía como objeto el desarrollo del cargo de *«ejecutiva de ventas en la empresa Organización Olímpica Radical»* y en los certificados laborales de folios 18 y 19, emitidos por Manpower Profesional Ltda. consta que Sandra Liliana González Hidalgo ocupó el cargo de Ejecutiva de Ventas en la Organización Olímpica Radial.

Pero más importante aún es que la propia accionada, al dar respuesta a la demanda, admitió que *«las empresas contratistas MANPOWER DE COLOMBIA LTDA y MANPOWER PROFESIONAL LTDA., enviaron como trabajadora en misión a la señora SANDRA LILIANA GONZÁLEZ HIDALGO a la ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A., en cumplimiento*

de los contratos de prestación de servicios suscritos entre esas sociedades».

Desde luego que para la Corte la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para *deslaborizarlos* o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.

La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.

Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo

especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal.

Esta hipótesis a criterio de la Sala, no la regula el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (verdadero empresario), toda vez que este precepto presupone la existencia de un contratista autónomo con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, sino directamente por el artículo 35 *ibidem* (simple intermediario), en cuya virtud, el verdadero empleador es la empresa comitente y el aparente contratista es un simple intermediario que, al no manifestar su calidad de tal, debe responder solidariamente con la principal.

Entonces, cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario encubre verdaderas relaciones laborales con la ayuda de aparentes contratistas, carentes de una estructura empresarial propia y entidad suficiente, cuya única razón de ser es el de proporcionar trabajadores a la principal, se estará en una simple intermediación laboral ilegal.

En este punto, vale igualmente la pena recordar que aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitido en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El

suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal.

En este contexto, la Corte observa que la contratación de servicios entre la Organización Olímpica Radial y la empresa Manpower Profesional Ltda. no tenía el propósito de proveer a la primera el servicio especializado de ventas, pues además de que la accionada confesó que González Hidalgo le fue enviada como trabajadora en misión, aspecto que encuentra respaldo en los contratos, ni siquiera aportó el contrato comercial suscrito entre esas sociedades. Es decir, no existe prueba sobre los términos y condiciones en que el servicio de ventas publicitarias se iba prestar en favor de la firma radial, y si bien a folios 284 y 285 milita un contrato de asesoría comercial, este no fue celebrado con la empresa Manpower sino con el establecimiento denominado «SANDRAS'L».

Por otro lado, los testigos Yency Sierra Ariza y José Wilson Rojas Castillo, ex trabajadores de la emisora radial, relataron que su vinculación laboral se realizaba a través de terceros pero se encontraban bajo la dirección y subordinación de Olímpica Radial, lo que ratifica que el verdadero empleador era esta última compañía y que la sociedad Manpower era un simple intermediario en la contratación de la demandante.

Entonces, para la Sala la empresa Manpower

Profesional Ltda. era un ficto contratista creado con el propósito de eludir la contratación directa de González Hidalgo y, por este motivo, la relación laboral debe entenderse celebrada directamente con la Organización Olímpica Radial, quien para todos los efectos era el verdadero empleador de la demandante.

El cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Por la vía directa y bajo el concepto de aplicación indebida, le imputa al fallo recurrido la transgresión del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo debido a los siguientes errores de facto:

- 1. Dar por demostrado, de forma equivocada, que entre la demandada ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA (sic) S.A. y las empresas MANPOWER DE COLOMBIA LTDA. y MANPOWER PROFESIONAL LTDA., se acordó una especie de intermediación laboral para el suministro de trabajadores en misión, con el propósito de evadir la contratación directa de los trabajadores que ejecutan las labores habituales de la empresa, y simular la existencia de verdaderos contratos de trabajo indefinidos en el tiempo.*
- 2. Dar por demostrado, de forma equivocada, que la demandada ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA (sic) S.A. obligó a la demandante a matricular un establecimiento de comercio.*
- 3. Dar por demostrado, de forma equivocada, que la demandada ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA (sic) S.A. actuó de mala fe.*
- 4. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada ORGANIZACIÓN RADIAL OLIMPICA (sic) S.A., actuó siempre y especialmente a la terminación del contrato de trabajo de la demandante, de buena fe.*

Asevera que lo desaciertos enunciados se produjeron debido a la valoración equivocada del certificado de matrícula de persona natural del establecimiento de comercio *SANDRAS'L* (f.º 286), la comunicación de 1.º de febrero de 2012 (f.º 272), la reliquidación de las prestaciones sociales de los años 2009 a 2011 (f.º 274 a 279) y la carta de solicitud de reajuste de las prestaciones sociales (f.º 185).

En sustento del cargo, rebate la condena por sanción moratoria. Con ese objetivo, refuta la deducción del Tribunal según la cual la empresa accionada obligó a Sandra Liliana González Hidalgo a constituir un establecimiento de comercio, dado que, conforme al certificado de folio 280, esta venía matriculada como comerciante desde el 7 de abril de 2000, vale decir, un año antes de que empezara la vinculación con la demandada.

Por otro lado, acude a la comunicación de 1.º de febrero de 2012 (f.º 272), así como a la reliquidación de prestaciones sociales de los años 2009 a 2011 (f.º 274 a 279), efectuadas y pagadas en marzo de 2012, para aseverar que la empresa actuó de buena fe al adoptar medidas tendientes a prevenir futuras reclamaciones a los contratistas Manpower de Colombia Ltda. y Manpower Profesional Ltda. Es decir, enfrentó el riesgo luego de terminada la relación laboral.

Por último, asegura que la buena fe también está demostrada con la carta de renuncia de la demandante, en

la que se agradece a Manpower el *«haberle brindado la oportunidad de crecimiento profesional y personal a través de su labor, y haberle permitido todo ese tiempo ser parte de tan prestigiosa y gran empresa»*, agradecimiento que se replica en la carta de folio 185, enviada luego de recibir la reliquidación de prestaciones.

X. RÉPLICA

La parte accionante esgrime que las pruebas enunciadas por la recurrente no son calificadas y, en todo caso, no derruyen las inferencias probatorias del juez de segundo nivel al encontrar probado que la demandante laboró bajo subordinación de la Organización Radial Olímpica S.A. durante más de 10 años.

XI. CONSIDERACIONES

Aunque es cierto que el Tribunal incurrió en la imprecisión de sostener que el accionado obligó a la demandante a constituir el establecimiento de comercio «SANDRAS'L», el cual había sido matriculado un año antes del inicio de la relación laboral, esta circunstancia no exonera a la Organización Olímpica Radial de la sanción moratoria, en tanto que está suficientemente acreditado que, deliberadamente, acudió a la contratación de servicios temporales de manera irregular para suplir necesidades permanentes y, por otro lado, para evadir la contratación directa de la actora, utilizó falsos o aparentes contratistas,

que, bajo la excusa de prestar un servicio especializado de ventas servían como intermediarios para la provisión de mano de obra, sin estar autorizados para ello.

Ahora bien, el que la demandada hubiese reliquidado las prestaciones sociales de los años 2009, 2010 y parte del 2011 para «*prevenir reclamaciones laborales*» tampoco la libera de la sanción moratoria, pues, en todo caso, se negó a reconocer las prestaciones y derechos causados en las otras vigencias de la relación de trabajo, no obstante que la demandante insistió en su pago mediante la carta que obra a folio 185. Es decir, este pago incompleto no le resta su condición de deudora ni desvirtúa las conductas fraudulentas descritas al estudiar el cargo primero.

Por último, el hecho de que la demandante hubiese expresado su agradecimiento en la carta de renuncia dirigida a Manpower, es simplemente una muestra de cortesía usual en las relaciones sociales y laborales, que en nada exculpa a la empresa demandada de las conductas advertidas en el proceso ni le resta su condición de morosa.

El cargo es infundado.

XII. CARGO TERCERO

Por la senda directa y en el concepto de aplicación indebida, acusa a la sentencia impugnada de haber transgredido los artículos 1.º de la Ley 995 de 2005 y 65 del

Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la demostración del cargo, plantea que el juez plural cometió dos errores jurídicos:

El primero, frente a las vacaciones compensadas, al afirmar que la prescripción no opera en relación con ningún periodo de vacaciones causado y no disfrutado. Lo anterior, asegura, derivó de haber entendido incorrectamente el criterio jurisprudencial sentado en la sentencia CSJ SL 6354, 9 mar. 1994, en la que la Corte precisó las reglas de prescripción de las vacaciones disfrutadas y compensadas.

En ese sentido, explica que el *«término trienal de la prescripción de las vacaciones no disfrutadas en vigencia del contrato de trabajo que no han prescrito a la fecha de terminación de dicho contrato, empieza a contarse conjuntamente a partir de ese momento, y no de forma independiente como se hace en vigencia del contrato de trabajo. Con todo, las vacaciones que ya se encontraban prescritas no dan derecho a compensación en dinero alguna»*.

En lo relativo al segundo desacierto, indica que este consistió en incluir el valor de la condena por vacaciones compensadas en la base de cálculo de la sanción moratoria, ya que con arreglo al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la referida sanción procede por la falta de pago de

salarios y prestaciones sociales. En respaldo de lo anterior, citó la sentencia de 21 de noviembre de 1984 de esta Corporación, de la cual no precisó radicado.

XIII. RÉPLICA

El opositor subraya que el criterio del Tribunal en punto a la prescripción de las vacaciones compensadas se amolda al pensamiento de esta Corte en tanto que, al no haber disfrute, la exigibilidad de este derecho se cuenta desde la terminación del contrato de trabajo y *«jamás antes, porque antes no existía como derecho a favor del trabajador exigir su pago en dinero»*.

En cuanto a la inclusión de este concepto en la liquidación de intereses moratorios, recalca que es procedente ante la demora en su pago y la lesión que ello ocasionó a sus intereses. Agrega que la recurrente no expone el sustento de su acusación.

XIV. CONSIDERACIONES

El cargo plantea dos problemas jurídicos: (1) ¿cómo se computa el término prescriptivo de las vacaciones compensadas?; y (2) ¿para el cálculo de los saldos insolutos sobre los cuales se liquidan los intereses moratorios del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo deben excluirse las vacaciones compensadas?

1. La prescripción de las vacaciones compensadas

Hay que tener de presente que por regla general el término de prescripción de los derechos laborales es de tres años contados desde su exigibilidad, a menos que existan normas especiales que establezcan un lapso prescriptivo distinto. Al respecto, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

En materia de vacaciones, al no existir regla especial, la prescripción se rige por la regla general de 3 años, contados a partir de la exigibilidad de este derecho.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «*de oficio o a petición del trabajador*»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.º de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.º de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no

lo hace, el trabajador puede exigir las desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.º de mayo de 2024.

Paralelamente, ha de enseñar la Sala que la compensación judicial en dinero de las vacaciones no revive periodos vacacionales prescritos, como lo entendió el Tribunal, al ordenar la compensación de *todas* las vacaciones exigibles en vigencia del contrato de trabajo, sin tener en cuenta el fenómeno extintivo de las obligaciones. En rigor, las únicas exigibles a la terminación del contrato de trabajo son las vacaciones proporcionales (art. 1.º L. 995/2005), pues las causadas y exigibles durante su vigencia prescriben paulatinamente conforme a lo explicado en el párrafo anterior.

De acuerdo con lo expuesto, precisa la Corte que la compensación en dinero de las vacaciones no impide aplicar el fenómeno de la prescripción frente a las vacaciones exigibles en desarrollo del contrato de trabajo, pues según las reglas generales de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los derechos laborales *«prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible»*.

Desde este ángulo, el ataque a la sentencia es acertado, como quiera que el Tribunal al entender que las vacaciones compensadas son exigibles a la terminación del contrato y, por tanto, susceptibles de ser reclamadas dentro

de los tres años siguientes, se abstuvo de aplicar la prescripción de las vacaciones exigibles en desarrollo del nexo laboral.

2. Créditos laborales base de la liquidación de los intereses moratorios del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo

En este punto le asiste razón a la recurrente dado que a la luz del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo la sanción moratoria consistente en el pago de intereses moratorios a partir del mes 25, se calcula *«sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero»*, excluyendo, por tanto, las vacaciones compensadas. Al respecto, en sentencia CSJ SL 33082, 2 jun. 2009, la Sala adoctrinó que las vacaciones compensadas tienen una naturaleza indemnizatoria:

Y en cuanto a la condena por vacaciones, el replicante asevera que, en estricto sentido, no son salario, prestación social ni indemnización y con ello le asiste razón, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, al considerar que no retribuyen el servicio y no están comprendidas dentro de las prestaciones especiales comprendidas en los capítulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, importa precisar que aunque de manera antitécnica los falladores de instancia impusieron condena de su compensación en dinero, pues el contrato de trabajo del actor ya había terminado, de modo que no podía estrictamente disfrutar de un descanso. Y ese derecho compensatorio tiene una naturaleza jurídica diferente a las vacaciones y de manera pacífica ha sido catalogado como una indemnización, tal como esta Sala de la Corte lo precisó, entre muchas otras, en la sentencia del 27 de febrero de 2002, Rad. 16974, en los siguientes términos:

“ (...) sin dejar de ser cierto que las normas que definen el salario y relacionan factores que lo componen, tanto en el sector público

como en el privado, en cuanto a éstas (sic) últimas, son simplemente enunciativas, y dejan la posibilidad de que la dinámica de las relaciones contractuales, individuales o colectivas incorporen nuevos elementos constitutivos de la remuneración del trabajo subordinado y dependiente, también es verdad que tratándose de la compensación de vacaciones, tal rubro no puede tenerse como factor de salario (...) pues es indiscutible que la misma, tal y como lo ha precisado la Corte, es una especie de indemnización que el empleador paga al trabajador cuando por las circunstancias excepcionales, que la propia ley consagra, no puede disfrutar del descanso remunerado y reparador, que las vacaciones implican”.

Así las cosas, el cargo es fundado en las dos críticas jurídicas dirigidas al Tribunal y, en tal dirección, se casará el literal b) del numeral segundo del fallo recurrido en cuanto condenó a «\$7'254.960 por concepto de diferencia de la compensación de vacaciones dejada de cancelar a la accionante durante la vigencia de la relación laboral», y el literal e) del mismo numeral en cuanto condenó al pago de intereses moratorios a partir del mes 25 de la terminación del contrato de trabajo «sobre los \$19'616.587 hasta cuando se cancelen las acreencias adeudadas».

Sin costas en casación por cuanto el recurso es parcialmente fundado.

XV. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, es suficiente con recordar que, por regla general, las obligaciones laborales prescriben a los 3 años siguientes a su exigibilidad, fecha que en relación con las vacaciones inicia al finalizar la anualidad siguiente a la causación del derecho.

Ahora bien, la Sala advierte que en este caso la demandante interrumpió la prescripción mediante la reclamación de folio 185 recibida por la empresa el 14 de marzo de 2012. Esto significa que las obligaciones exigibles antes del 14 de marzo de 2009 están prescritas de acuerdo con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Teniendo en cuenta lo anterior, la prescripción opera frente a los periodos vacacionales de la siguiente manera:

Fecha de causación	Periodo de gracia	Fecha de exigibilidad	Prescripción
02/05/2001-01/05/2002	02/05/2002-01/05/2003	02/05/2003	PRESCRITO
02/05/2002-01/05/2003	02/05/2003-01/05/2004	02/05/2004	PRESCRITO
02/05/2003-01/05/2004	02/05/2004-01/05/2005	02/05/2005	PRESCRITO
02/05/2004-01/05/2005	02/05/2005-01/05/2006	02/05/2006	PRESCRITO
02/05/2005-01/05/2006	02/05/2006-01/05/2007	02/05/2007	PRESCRITO
02/05/2006-01/05/2007	02/05/2007-01/05/2008	02/05/2008	PRESCRITO
02/05/2007-01/05/2008	02/05/2008-01/05/2009	02/05/2009	NO PRESCRITO
02/05/2008-01/05/2009	02/05/2009-01/05/2010	02/05/2010	NO PRESCRITO
02/05/2009-01/05/2010	02/05/2010-01/05/2011	02/05/2011	NO PRESCRITO
02/05/2010-01/05/2011	02/05/2011-30/01/2012	30/01/2012	NO PRESCRITO
02/05/2011-30/01/2012	N.A.	30/01/2012 (terminación del contrato)	NO PRESCRITO

Ahora bien, de conformidad con el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo las vacaciones compensadas se liquidan con base en el último salario devengado, que en este caso fue de \$1.500.000. Esto quiere decir que al trabajador se le adeuda por los 4 periodos vacacionales

exigibles y no prescritos la suma de \$3.000.000 y por la proporción de 2 de mayo de 2011 a 30 de enero 2012 un monto de \$560.416,67, para un total de \$3.560.416,67, cuantía que actualizada a 31 de diciembre de 2018 asciende a \$4.638.967,77, sin perjuicio de la indexación que se cause hasta la fecha de pago efectivo.

Por otro lado, se condenará al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo durante los primeros 24 meses por un monto de \$36.000.000, como lo ordenó el Tribunal, y a partir del 1.º de febrero de 2014 correrán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre la suma de \$12.361.627, hasta la fecha en que se cancelen las prestaciones adeudadas.

Las costas de la primera y segunda instancia estarán a cargo de la accionada.

XVI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 27 de enero de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario laboral que **SANDRA LILIANA GONZÁLEZ HIDALGO** adelanta contra la

ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA S.A., en cuanto en el literal b) del numeral segundo del fallo recurrido condenó a «\$7'254.960 por concepto de diferencia de la compensación de vacaciones dejada de cancelar a la accionante durante la vigencia de la relación laboral», y cuanto en el literal e) del mismo numeral condenó al pago de intereses moratorios a partir del mes 25 de la terminación del contrato de trabajo «sobre los \$19'616.587 hasta cuando se cancelen las acreencias adeudadas». No se casa en lo demás.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: Condenar a la Organización Radial Olímpica S.A. al pago de \$3.560.416,67, cuantía que indexada a 31 de diciembre de 2018 asciende a \$4.638.967,77, sin perjuicio de la indexación que se cause hasta la fecha de pago efectivo.

SEGUNDO: Condenar a la Organización Radial Olímpica S.A. al pago de \$36.000.000 por sanción moratoria causada durante los primeros 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, y a partir del 1.º de febrero de 2014, al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre la suma de \$12.361.627, hasta la fecha en que sean canceladas las prestaciones adeudadas.

TERCERO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

M.P. CLAFIA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señalada, se ejecutará la presente providencia. **28 FEB. 2019** Hora: **5:00pm**
Bogotá, D.C.

[Signature]
Secretaría

[Signature]
RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Presidente de la Sala

M.P. CLAFIA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señalada, se ejecutará la presente providencia. **25 FEB 2019** **5:00pm**
Bogotá, D.C.

[Signature]
Secretaría

[Signature]
GERARDO BOTERO ZULUAGA

[Signature]
FERNANDO CASTILLO CADENA
Adelero voto

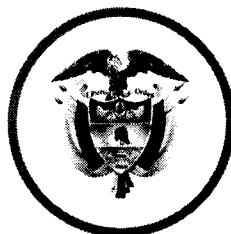
M.P. CLAFIA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señalada, se ejecutará la presente providencia. **25 FEB 2019** **8:00am**
Bogotá, D.C.

[Signature]
Secretaría

[Signature]
CLAFIA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

[Signature]
JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 71281

**REFERENCIA: ORGANIZACIÓN RADIAL OLÍMPICA
S.A. Vs. SANDRA LILIANA GONZÁLEZ HIDALGO**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, en esta ocasión, si bien comparto la determinación de quebrar el fallo controvertido, me permito aclarar el voto, por lo siguiente:

1º) Dice la sentencia que *«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, considero que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, sí prevé la posibilidad de que las usuarias acudan ante las empresas de servicios temporales en procura del personal que precisan para la ejecución de las *necesidades*

permanentes de aquella; sin embargo, no es dable la contratación en forma permanente. Dicho en otras palabras, efectivamente la ley laboral permite que la usuaria contrate con una empresa de servicios temporales una actividad permanente de la misma pero, en estrictez, debe ser, en forma transitoria, lo que se pregona de la figura es la temporalidad en la ejecución de la tarea, dado que está puede ser ajena o propia del giro ordinario de la usuario.

Quizá no está de más memorar que por obra del mencionado precepto es permitido utilizar esta figura para efectos de reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, lo que indica que dicho personal despliega labores permanentes de la usuaria. Bajo este entendimiento, pensemos en una persona que labora en un banco como cajero y se incapacita; la entidad financiera, desde luego, puede echar mano de una empresa de servicios temporales para que el trabajador en misión lo reemplace, eso sí, de manera provisional mientras dura la respectiva incapacidad. Nótese que el trabajador del banco desarrolla una actividad o necesidad permanente de la usuaria.

Bien cierto es que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define a la empresa de servicios temporales como 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.

Y el artículo 2o. del Decreto 4369 de 2006 *«Artículo compilado en el artículo 2.2.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015»* dice que *«Empresa de Servicios Temporales “EST” es 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 estas el carácter de empleador»*.

De manera que, recapitulando, en nuestro criterio, la usuaria puede contratar una faena inherente, propia, permanente, pero la duración del **servicio** debe ser temporal, no *«per secula seculorum, ad eternum»*.

2º) En el fallo se expresó: *«No existe evidencia si lo fue para un trabajo accidental, reemplazo de personal ausente o para atender incrementos en la producción del servicio de ventas de publicidad por 6 meses, prorrogables por igual término. Simple y llanamente se encuentra acreditado que fue vinculada como trabajadora en misión para desarrollar un empleo hasta el momento en que la usuaria determinara que la obra o labor se extinguió (pág. 24)»*.

Al respecto estimo conveniente aclarar que la ley

laboral, permite contratar a través de la figura de empresas de servicios temporales, **por más de un año**. Veamos las diferentes hipótesis:

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

En este evento se exhibe palmario que el mismo artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, consagra tanto la clase de labor como su duración.

Dicho canon estatuye que el trabajo ocasional, accidental o transitorio, se refiere a **labores distintas de las actividades normales del empleador** y es el de **corta duración y no mayor de un mes**.

Entonces, se exhibe cristalino que en este preciso caso, la actividad sí debe ser ajena a la del giro ordinario de la usuaria y, además, su ejecución no debe superar un mes.

b) *Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad*

Tocante a estos eventos el legislador también fue patente en cuanto al objeto y duración del servicio. Desde esta perspectiva, el tiempo de la labor está determinado por la circunstancia generatriz del reemplazo, es decir, mientras duran las vacaciones, la licencia, la incapacidad por

enfermedad o la maternidad.

En los anteriores específicos y taxativos casos, es donde consideramos que el servicio se puede prestar **por más de un año**. Siguiendo con el mismo ejemplo del trabajador del banco -cajero-, si este tiene una incapacidad inicial de 180 días, luego se prórroga por otros 180 días e inmediatamente vencida esta por otros 180 días, dimanen los siguientes interrogantes ¿se podría contratar con una empresa de servicios para reemplazar al trabajador incapacitado, a pesar de haber traspasado el límite de 1 año, teniendo en consideración que durante dicho lapso siempre se cumplió con el mismo objeto del remplazo? Nuestra respuesta es sí. ¿Existiría alguna motivación diferente para desplazar al trabajador permanente de la usuaria, en caso de utilizar esta modalidad laboral? No.

Otro ejemplo sería si un trabajador solicita una licencia de estudios por año y medio, ¿es viable jurídicamente reemplazarlo a través de las empresas de servicios temporales? Creemos que sí.

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

Este precepto ha tenido varias interpretaciones por la doctrina, a saber: la primera radica en que los 6 meses

prorrogables hasta por un término igual, se pregona en torno a todos los supuestos, esto es, incremento en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios.

Otra parte de la doctrina estima que dicho término – 6 meses prorrogable otros 6- se aplica únicamente en los eventos en que se contrata para la prestación de servicios, en la medida en que de dicho concepto no es fácil, por no decir, imposible, extraer una temporalidad en el servicio, dada su naturaleza abstracta, genérica o gaseosa; de ahí los motivos del legislador para estatuir dicho lapso. Cuanto a los otros eventos es dable determinar el tiempo de duración, pues está dado por la misma circunstancia que motiva la contratación.

De todas maneras, acogiendo cualquiera de los alcances el término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, solo aplica para esos eventos y no otros.

3º) En el acto jurisdiccional quedó consignado que *«Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa, o bien sea para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades».*

Desde luego que no comparto cualquier ánimo

torticero del empleador en cuanto busca mecanismos para desconocer los derechos laborales del trabajador. Empero, juzgo pertinente aclarar que figuras tales como las de empresas servicios temporales y contratista independiente, precisamente permiten ser utilizadas para no contratar de manera directa a un trabajador, sin que con ello se desconozca los derechos de los trabajadores, amparados por cada una de ellas.

Y lo digo porque razones suficientes le asisten al legislador al ser tan riguroso y celoso en el sentido de salvaguardar los derechos de los trabajadores, precisamente para que no sean birlados cuando se utilizan estas figuras. Por ejemplo, el hecho de que a un trabajador en misión tenga derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa, a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación, a la afiliación al sistema general de seguridad social, salud ocupacional, así como la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra al fungir como garante, en lo que atañe al incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, en tratándose del contratista independiente, son expresiones palpables de la protección de los derechos laborales.

Ahora bien, otras figuras, por ejemplo, como el outsourcing, freelances, crowdsourcing que permite

externizar las relaciones laborales, no conllevan el desconocimiento de los derechos y garantías de quien presta su servicio, porque la empresa externa debe cumplir con las normas laborales, lo que conduce a la externalización son, entre otras razones, las de especialización, economías de escala en la producción y el buscar una mejor competitividad de las empresas. De manera que, al ser figuras propias de la flexibilización laboral, permiten de alguna manera incentivar la creación de empleo.

4º) En la providencia se expuso que *«La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial»*.

En verdad la ley no impone la obligación del beneficiario de la obra de demostrar las razones enlistadas, cuando utiliza la figura del contratista independiente.

5º) *En este punto, vale igualmente la pena recordar que aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitido en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto*

social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal (pág. 28).

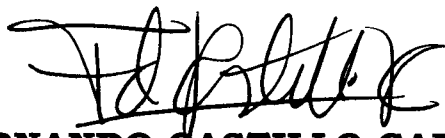
A propósito, en forma comedida, me permito ser insistente en que el suministro de mano de obra no solo está permitido a través de la empresa de servicios temporales, sino por medio de otras figuras, como la del contratista independiente y simple intermediario, sin que podamos hablar de relaciones o contrataciones ilegales.

6º) Acudió a la contratación de servicios temporales de manera irregular para suplir necesidades permanentes y, por otro lado, para evadir la contratación directa de la demandante, utilizó falsos o aparentes contratistas, que, bajo la excusa de prestar un servicio especializado de ventas servían como intermediarios para la provisión de mano de obra sin estar autorizados para ello (pág. 32).

Si bien en el asunto bajo escrutinio la plataforma probatoria evidencia que hubo irregularidades por parte de la llamada a juicio, en mi sentir, ello no lo fue por suplir necesidades permanentes, pues como atrás quedó puesto de presente, tanto la empresa de servicios temporales como el contratista independiente son figuras que justamente lo permiten, sino porque no acreditó específicamente cuál fue el evento por el cual requería del servicio de una empresa temporal.

Conforme a lo anterior, aclaro el voto.

Fecha ut supra



FERNANDO CASTILLO CADENA