El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Radicación Nro.: 66001-31-05-004-2019-00285-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Carlos Arturo Restrepo Álvarez

Demandado: Fondo Nacional del Ahorro

Juzgado de origen: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO / VINCULACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES / FINALIDAD, ESTABLECER CUÁL ES EL VERDADERO EMPLEADOR / NO APLICA LA FIGURA DEL LITISCONSORCIO NECESARIO / SOLO LA NECESIDAD DE ZANJAR DEFINITIVAMENTE EL LITIGIO / Y APLICAR EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD.**

Dispone el artículo 61 del C.G… que cuando un proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos que debido a su naturaleza o por disposición legal, sea imposible resolver de fondo sin que se encuentren presentes los sujetos de esas relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá ser formulada contra aquellos…

… la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto del 6 de octubre de 2021 refirió que “existen procesos en los que es indispensable la comparecencia de una pluralidad de sujetos, sin cuya presencia procesal se torna imposible decidir, por lo que resulta insoslayable integrar el litisconsorcio necesario a que haya lugar…”

En materia laboral las figuras de litisconsorcio necesario… NO operan de la misma forma que en materia civil, o mejor, existen situaciones en los procesos laborales en lo que es necesario integrar a un tercero para zanjar definitivamente un pleito, sin que necesariamente dicho tercero pueda calificarse como litisconsorcio necesario… Ejemplo de ello se observa en las pensiones de sobrevivientes entre compañeras permanentes o entre cónyuge supérstite o compañera(o), que sin tener ninguna de las calidades anteriores, su comparecencia en el proceso es indispensable para zanjar de una vez a quien corresponde la pensión de sobrevivientes. Lo mismo ocurre con el empleador y los intermediarios. En este caso no puede olvidarse que la jueza de primera instancia tiene facultades extra y ultra petita y por eso puede perfectamente determinar, si las pruebas así lo demuestran, que el contrato de trabajo no se celebró con la persona a quien se calificó como Empleador sino con un tercero… si se vinculan, de una vez queda zanjado el asunto, bajo el entendido de que dicha vinculación, por supuesto, no se hace bajo las figuras de litisconsorcio (necesario, facultativo o cuasinecesario) sino simplemente por la necesidad de que todos los actores de los hechos que fundamentan la demanda, estén presentes en el proceso para integrar debidamente el contradictorio, a efectos de aplicar de manera efectiva el principio de la primacía de la realidad…

… atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de economía procesal y el derecho de acceso a la administración de justicia, se hace necesario integrar al contradictorio a las empresas temporales denunciadas por el FNA para que se defina en este proceso quien es el verdadero empleador del actor.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

“Como puede observarse, las pretensiones de la demanda, en este caso específico, solo pueden enfilarse hacía el Fondo Nacional del Ahorro, pues aun cuando en los hechos de la acción se haga referencia a la suscripción de contratos de trabajo con Empresas de Servicios Temporales, la calidad de trabajador oficial no se puede pregonar de dicho vínculo, como tampoco la aplicación de la convención colectiva, toda vez que de dicho convenio no hicieron parte Temporales Uno-A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A. y S&A Servicios y Asesorías S.A.S…

Conforme lo anterior, aun cuando el actor hubiese integrado la litis con esas compañías, el juzgado hubiese mantenido la vinculación que inicialmente hizo o, se accediera en esta instancia a lo pretendido por el Fondo, ningún efecto práctico, procesal o jurídico tendría su participación en el trámite, más que enmarañar su curso normal, en tanto que la jurisdicción laboral, ninguna condena podría imputar en su contra, máxime cuando el demandante, no busca en su acción que se declare, en consideración con lo previsto por el artículo 35 del C.S.T y de la S.S., la responsabilidad solidaria de las Empresas de Servicios Temporales, a través de las cuales denuncia prestó sus servicios a la demandada.”

“No obstante, como es conocido por los demás integrantes de la Sala, desde el 27 de abril de 2022 en el proceso del señor Rogelio Soto Pérez contra el Municipio de Pereira…, acatando lo resuelto por la Corte Constitucional en su condición de autoridad designada por la Constitución en el artículo 241 para dirimir los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones, según la reforma que introdujo el acto legislativo 02 de 2015, asumí la posición de que cuando se discute la existencia de la vinculación laboral con las entidades públicas -como ocurre en el presente caso-, la jurisdicción competente para conocer el asunto es la Contencioso Administrativa...”

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISION LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, nueve (9) de mayo de dos mil veintiuno (2022)

Acta No. 66A del 5 de mayo de 2022

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto Presidencial No. 806 del 4 de junio de 2020, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 4 presidida por el Dr. Julio César Salazar Muñoz del Tribunal Superior de Pereira, integrada por la Magistrada **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN** quien en esta oportunidad actuará como Ponente y el Magistrado **GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO**, procede a proferir el siguiente auto escrito dentro del proceso **ordinario laboral** instaurado por **Carlos Arturo Restrepo Álvarez** en contra el **Fondo Nacional del Ahorro.**

**CUESTIÓN PREVIA**

El proyecto inicial presentado por el Magistrado Julio César Salazar Muñoz no fue avalado por el resto de la Sala y por eso, la Magistrada que le sigue en turno, Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón, presenta la ponencia de las mayorías, advirtiendo que, por economía procesal, dentro del proyecto se acogieron varios acápites redactados en la ponencia original.

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por el apoderado judicial del Fondo Nacional del Ahorro en contra del auto del 28 de septiembre de 2021, por medio del cual el despacho de conocimiento advirtió una irregularidad en la providencia del 12 de diciembre de 2019 consistente en que al ser la integración a la litis del intermediario o del solidario responsable de carácter facultativo, no se tornaba indispensable la presencia de TEMPORALES UNO-A S.A., OPTIMIZAR S.A., ACTIVOS S.A. Y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. para proferir sentencia, por lo que decidió negar su vinculación al proceso.

Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

#### **Antecedentes procesales**

Buscando el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo entre él y el Fondo Nacional del Ahorro, así como el pago de acreencias y prestaciones legales y convencionales derivadas de esa declaración, el señor Carlos Arturo Restrepo Álvarez, inició acción laboral, la cual correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, despacho que admitió la demanda mediante auto de fecha 29 de julio de 2019, ordenando correr traslado de la misma al demandado.

Una vez trabada la litis, el Fondo Nacional de Ahorro dio respuesta a la demanda pronunciándose respecto a los hechos de la demanda, oponiéndose a las pretensiones y formulando como excepción previa la que denominó, “NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LITISCONSORTES NECESARIOS”, medida defensiva que basó en el hecho de que existen actos jurídicos realizados por Empresas de Servicios Temporales, los cuales se enuncian en el líbelo genitor y que se encuentran relacionados con la Compañía Temporales Uno- A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S., solicitando por lo tanto, que estas sociedades deben vincularse al proceso.

En providencia del 12 de diciembre de 2019, el juzgado de conocimiento, en consideración a la naturaleza jurídica de la demandada ordenó la notificación del auto admisorio de la demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y, en aplicación del principio de economía procesal dispuso la vinculación de la Compañía Temporales Uno- A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S., así como de la Compañía Aseguradora de Finanzas Confianza, por cuanto existe una decisión emanada de la autoridad administrativa que le asignó la responsabilidad en el pago de las acreencias laborales en este tipo de eventos.

Mediante auto de fecha 28 de septiembre de 2021 el juzgado de conocimiento advirtió una irregularidad en la anterior providencia, consistente en que al ser la integración a la litis del intermediario o del solidario responsable de carácter facultativo, no se torna indispensable su presencia para proferir sentencia, por lo que decidió negar la vinculación al proceso de las sociedades arriba enunciadas.

Inconforme con esa decisión, el Fondo Nacional del Ahorro la recurrió indicando que el juzgado desconoce el material probatorio presentado en el proceso y define el asunto con base en la jurisprudencia de esta Corporación que no les es aplicable al caso controvertido, pues son diversos los hechos que soportan la sentencia de la Sala citada por la jueza y, además hay pruebas en el plenario que indican que el señor Carlos Arturo Restrepo Álzate suscribió contratos de trabajo con la Cía. Temporales Uno- A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S., por lo que entre ellos existió una relación laboral.

Refiere que con la demanda no se aportó ningún documento en el que conste que el Fondo Nacional del Ahorro suscribió un contrato de trabajo con el actor y, estima que negar la vinculación es no considerar las pruebas pedidas en las que constan los pagos realizados por esas sociedades al actor y que por esta vía le reclama al Fondo, con lo cual se configura un enriquecimiento sin justa causa y un detrimento patrimonial para la demandada.

Insiste en la equivocación del juzgado en negar la vinculación de las referidas compañías, dado que el artículo 61 del Código General del Proceso establece que cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, lo cual ocurre en este caso, pues existe confesión del demandante, y documentos que obligan a la integración del contradictorio con Cía. Temporales Uno - A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S., porque entre ellos existió una relación laboral.

En auto de fecha 20 de octubre de 2021, el juzgado decidió el recurso de reposición manteniendo la decisión inicial, precisando que la vinculación de terceros en calidad de litisconsorte necesarios requiere que su presencia en la litis sea indispensable para decidir sobre el fondo del asunto. Pone de presente, además, que en materia laboral, quien comparece es quien es señalado como verdadero empleador, por lo que la vinculación de terceros no es indispensable a menos que se reclame de estos la calidad de deudor solidario en los términos del artículo 34 del C.S.T. y de la S.S., caso en el cual, se hace obligatorio vincularlos.

Precisa que en el presente asunto, tanto la reclamación administrativa, como la demanda están dirigidas en contra del Fondo Nacional del Ahorro, señalando a este como su verdadero empleador, con independencia de que en los hechos de la demanda haga relación a sus vinculaciones con empresas de servicios temporales, pues afirma que el servicio personal fue para el fondo demandado, por lo que reclama que se declare la existencia de un contrato de trabajo únicamente respecto a éste.

Indicó también la *a quo* que en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el actor desconoce los vínculos laborales convenidos con las Empresas de Servicios Temporal e identifica como verdadero empleador el demandado y no como deudor solidario, frente a quién enfila todas sus pretensiones, de allí que no haya ningún impedimento para tomar decisión de fondo.

Conforme esta decisión, se confirió en el efecto devolutivo el recurso de apelación formulado de manera subsidiaria.

1. **Alegatos de Conclusión.**

Analizados los alegatos presentados por la parte demandada, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa más adelante.

1. **Problema jurídico por resolver.**

El asunto bajo estudio plantea a la Sala el siguiente problema jurídico:

¿Las Empresas de Servicios Temporales a través de las cuales el actor afirma prestó los servicios al Fondo Nacional del Ahorro, de quien reclama la calidad de verdadero empleador, deben ser vinculadas al presente trámite para integrar en debida forma el contradictorio?

1. **Consideraciones.**
   1. **Integración del Contradictorio.**

Dispone el artículo 61 del C.G.P. aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que cuando un proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos que debido a su naturaleza o por disposición legal, sea imposible resolver de fondo sin que se encuentren presentes los sujetos de esas relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá ser formulada contra aquellos; y de no presentarse así, le corresponde al juez integrar el contradictorio, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan.

Respecto a esta situación jurídica la Sala de Casación Laboral en Auto de fecha 11 de julio de 2018 indicó que el *“litisconsorcio puede formarse, bien por la voluntad de los litigantes (facultativo), por disposición legal o por la naturaleza de las relaciones y los actos jurídicos respecto de los cuales verse el proceso (necesario u obligatorio). (…) En ese sentido, se ha señalado que se está en presencia de un litisconsorcio necesario cuando, como en este asunto, la relación de derecho sustancial está conformada por un número plural de sujetos, activos o pasivos, que no es susceptible de ser escindida, en tanto* «se presenta como única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos, o como la propia Ley lo declara, cuando la cuestión haya de resolverse de manera unirme para todos los litisconsortes». *CSJ AL, 58371, 24, jun. 2015”*.

En otra oportunidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto del 6 de octubre de 2021 refirió que *“existen procesos en los que es indispensable la comparecencia de una pluralidad de sujetos, sin cuya presencia procesal se torna imposible decidir, por lo que resulta insoslayable integrar el litisconsorcio necesario a que haya lugar (AL1461-2013)”. CSJ AL, 89214, 6, octubre 2021.*

1. **Integración del contradictorio en materia laboral**

En materia laboral las figuras de litisconsorcio necesario, cuasinecesario o litisconsorcio facultativo **NO operan de la misma forma que en materia civil**, o mejor, **existen situaciones en los procesos laborales en lo que es necesario integrar a un tercero para zanjar definitivamente un pleito, sin que necesariamente dicho tercero pueda calificarse como litisconsorcio necesario, facultativo o cuasinecesario.** Ejemplo de ello se observa en las pensiones de sobrevivientes entre compañeras permanentes o entre cónyuge superstite o compañera(o), que sin tener ninguna de las calidades anteriores, su comparecencia en el proceso es indispensable para zanjar de una vez a quien corresponde la pensión de sobrevivientes. Lo mismo ocurre con el empleador y los intermediarios. En este caso no puede olvidarse que la jueza de primera instancia tiene facultades extra y ultra petita y por eso puede perfectamente determinar, si las pruebas así lo demuestran, que el contrato de trabajo no se celebró con la persona a quien se calificó como Empleador sino con un tercero, como ha sucedido muchas veces. Lo anterior por cuanto de nada le serviría al demandante, y a la sociedad en general, que se haga un desgaste jurisdiccional para finalmente decir que el contrato de trabajo no se celebró con la persona a quien se llamó como empleador sino precisamente con una o varias de las empresas cuya vinculación se está pidiendo. En cambio, si se vinculan, de una vez queda zanjado el asunto, **bajo el entendido de que dicha vinculación, por supuesto, no se hace bajo las figuras de litisconsorcio (necesario, facultativo o cuasinecesario) sino simplemente por la necesidad de que todos los actores de los hechos que fundamentan la demanda, estén presentes en el proceso para integrar debidamente el contradictorio, a efectos de aplicar de manera efectiva el principio de la primacía de la realidad.** Precisamente este tipo de casos, ameritan una reforma urgente al Código de Procedimiento Laboral para que se regule de manera adecuada la integración del contradictorio atendiendo las particularidades del derecho laboral, que en muchos eventos difiere de lo que sucede en materia civil.

Por otra parte, no puede perderse de vista, que no es cierto que el único sujeto procesal que puede determinar quiénes son los extremos de la litis es el demandante, como parece insinuarlo la A quo en su providencia, por cuanto el demandado tiene igual derecho.

En consecuencia, atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de economía procesal y el derecho de acceso a la administración de justicia, la Sala mayoritaria considera que en los casos en que se denuncia la participación de otras empresas temporales de trabajo, fuera de la persona a quien se califica como empleador, se hace necesario integrar a dichas empresas temporales para integrar debidamente el contradictorio. Para ello se hace necesario analizar las particularidades de cada caso.

1. **Caso concreto.**

Con el objeto de resolver si le asiste razón a la funcionaria de primer grado al proferir el auto de fecha 28 de septiembre de 2021, por medio de la cual negó la vinculación de las sociedades Temporales Uno-A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A. y S&A Servicios y Asesorías S.A.S, se revisará el libelo inicial con el fin de dilucidar si es indispensable la vinculación en el presente proceso de las referidas sociedades para definir de fondo del asunto.

Al analizar la demanda– hoja 4 a la 29 numeral 01 EXPEDIENTE- se observa que el señor Carlos Arturo Restrepo Álvarez indica que el Fondo Nacional del Ahorro ha suscrito contratos con empresas de servicios temporales y en virtud de estos fue vinculado para desempeñar el cargo de “comercial lll- Front comercial”. Como resultado de lo precedido, solicita como pretensión principal, que se declare que entre él y el Fondo Nacional del Ahorro existió un contrato de trabajo ejecutado a partir del 2 de febrero de 2014 y que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita el 8 de marzo de 2012 entre el demandado y el Sindicato de Trabajadores SINDEFONAHORRO, y como consecuencia de tales declaraciones pide del Fondo Nacional del Ahorro el pago de las diferencias salarial resultante del valor del salario percibido y el que le correspondería como trabajador oficial y por ende el pago de las acreencias y prestaciones sociales, liquidadas hasta la fecha. Así mismo aspira que se reconozca y paguen beneficios de origen legal y convencional. Todo lo anterior, debidamente indexado.

Finalmente, reclama el reconocimiento de la indemnización moratoria a partir del 30 de septiembre de 2015 y hasta el 29 de noviembre de 2017 y el pago del cálculo actuarial de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, teniendo en cuenta los rubros que constituyen factor salarial.

Por otra parte, el Fondo Nacional del Ahorro en la contestación de la demanda se opuso a todas las pretensiones y formuló como excepción previa la que denominó “NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LITISCONSORTES NECESARIOS”, debido que existen actos jurídicos realizados por el demandante y Compañía Temporales Uno- A  S.A., Optimizar S.A., Activos S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A.S., tal como se enunció en los hechos de la demanda y son la causa principal de las pretensiones, por lo tanto, estas sociedades deben de estar vinculadas al proceso.

Del recuento anterior, fíjese, por un lado, que en la vinculación laboral del actor intervinieron empresas temporales de trabajo, que a su vez contrataron con el Fondo Nacional del Ahorro, y por el otro, que el demandante, a pesar de sus vinculaciones con las empresas temporales, reclama la declaración de un contrato realidad, al afirmar que su verdadero empleador es el FNA y no las empresas temporales. En consecuencia, atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de economía procesal y el derecho de acceso a la administración de justicia, se hace necesario **integrar al contradictorio** a las empresas temporales denunciadas por el FNA para que se defina en este proceso quien es el verdadero empleador del actor.

En orden de ideas, si bien la jueza de primera instancia tiene razón al decir que las empresas temporales no pueden considerarse como litisconsortes necesarios en este asunto, como lo alega el FNA, porque en efecto no tienen tal calidad, lo cierto es que debió mantener la primera decisión que tomó respecto a la necesidad de integrar el contradictorio con aquellas, y que luego, revocó con la decisión que es materia de apelación. En consecuencia se revocará el auto del 28 de septiembre de 2021, cuyo efecto inmediato es que quede vigente el auto del 12 de diciembre de 2019.

Sin costas procesales en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Primera de Decisión Laboral,**

**R E S U E L V E:**

**Primero. - REVOCAR** el auto proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 28 de septiembre de 2021, cuyo efecto inmediato es que quede vigente el auto del 12 de diciembre de 2019, tal como se explicó en precedencia

**Segundo. -** Sin costas procesales en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Salva voto

*MAGISTRADO:* ***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Pereira, doce [12] de mayo de dos mil veintidós [2022].*

***SALVAMENTO DE VOTO***

En la ponencia que presenté inicialmente **el 23 de marzo de 2022**, consideré que el auto proferido el día 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, debió ser confirmado, pero, como se podrá ver más adelante, actualmente considero que la Jurisdicción Laboral no es la competente para conocer esta clase de asuntos.

Los argumentos que expuse originalmente, se basaban en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problema jurídico, si:

**¿Las Empresas de Servicios Temporales a través de las cuales el actor afirma prestó los servicios al Fondo Nacional del Ahorro, de quien reclama la calidad de verdadero empleador, deben ser vinculadas al presente trámite por presentarse un litisconsorcio necesario?**

Con el propósito de dar solución a tal interrogante, propuse en mi ponencia tener en cuenta el siguiente aspecto jurídico:

**“INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO.**

Dispone el artículo 61 del C.G.P. aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que cuando un proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos que debido a su naturaleza o por disposición legal, sea imposible resolver de fondo sin que se encuentren presentes los sujetos de esas relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá ser formulada contra aquellos; y de no presentarse así, le corresponde al juez integrar el contradictorio, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan.

Respecto a esta situación jurídica la Sala de Casación Laboral en Auto de fecha 11 de julio de 2018 se indicó que el *“litisconsorcio puede formarse, bien por la voluntad de los litigantes (facultativo), por disposición legal o por la naturaleza de las relaciones y los actos jurídicos respecto de los cuales verse el proceso (necesario u obligatorio). (…) En ese sentido, se ha señalado que se está en presencia de un litisconsorcio necesario cuando, como en este asunto, la relación de derecho sustancial está conformada por un número plural de sujetos, activos o pasivos, que no es susceptible de ser escindida, en tanto* «se presenta como única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos, o como la propia Ley lo declara, cuando la cuestión haya de resolverse de manera unirme para todos los litisconsortes». *CSJ AL, 58371, 24, jun. 2015*”.

Partiendo de tal precisión, **EL CASO CONCRETO** propuse resolverlo como sigue:

“Con el objeto de resolver si le asiste razón a la funcionaria de primer grado al proferir el auto de fecha 28 de septiembre de 2021, por medio de la cual negó la vinculación de las sociedades Temporales Uno-A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A. y S&A Servicios y Asesorías S.A.S, es necesario revisar el libelo inicial con el fin de dilucidar si es indispensable la presencia en el presente trámite de las referidas sociedades para definir de fondo el asunto.

Al analizar el capítulo de “*II Pretensiones*” de la demanda – hoja 4 a la 29 numeral 01 EXPEDIENTE- se observa que el señor Carlos Arturo Restrepo Álvarez solicita como pretensión principal, que se declare que entre él y el Fondo Nacional del Ahorro existió un contrato de trabajo ejecutado a partir del 02 de febrero de 2014 y que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita el 8 de marzo de 2012 entre el demandado y el Sindicato de Trabajadores SINDEFONAHORRO, y como consecuencia de tales declaraciones pide del Fondo Nacional del Ahorro el pago de las diferencias salarial resultante del valor del salario percibido y el que le correspondería como trabajador oficial y por ende el pago de las acreencias y prestaciones sociales, liquidadas hasta la fecha. Así mismo aspira que se reconozca y paguen beneficios de origen legal y convencional. Todo lo anterior, debidamente indexado.

Finalmente, reclama el reconocimiento de la indemnización moratoria a partir del 30 de septiembre de 2015 y hasta el 29 de noviembre de 2017 y el pago del cálculo actuarial de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, teniendo en cuenta los rubros que constituyen factor salarial.

En ese sentido, nótese que el demandante es claro en dirigir sus pretensiones, única y exclusivamente hacía el Fondo Nacional del Ahorro, entidad que identifica como su verdadero empleador y con cuyo nexo laboral puede aspirar a que se le reconozca la calidad de trabajador oficial que afirma ostentan los trabajadores de planta de la entidad, así como los beneficios prestacionales a los que tienen derecho este tipo de servidores, al igual que los de origen convencional pactados por el Fondo con la organización sindical creada a su interior

Como puede observarse, las pretensiones de la demanda, en este caso específico, solo pueden enfilarse hacía el Fondo Nacional del Ahorro, pues aun cuando en los hechos de la acción se haga referencia a la suscripción de contratos de trabajo con Empresas de Servicios Temporales, la calidad de trabajador oficial no se puede pregonar de dicho vínculo, como tampoco la aplicación de la convención colectiva, toda vez que de dicho convenio no hicieron parte Temporales Uno-A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A. y S&A Servicios y Asesorías S.A.S. y ello se evidencia solo con una revisión rápida del documento, visible de la hoja 187 a 206 del numeral 01 EXPEDIENTE, del cuaderno digital de primera instancia.

Conforme lo anterior, aún cuando el actor hubiese integrado la litis con esas compañías, el juzgado hubiese mantenido la vinculación que inicialmente hizo o, se accediera en esta instancia a lo pretendido por el Fondo, ningún efecto práctico, procesal o jurídico tendría su participación en el trámite, más que enmarañar su curso normal, en tanto que la jurisdicción laboral, ninguna condena podría imputar en su contra, máxime cuando el demandante, no busca en su acción que se declare, en consideración con lo previsto por el artículo 35 del C.S.T y de la S.S., la responsabilidad solidaria de las Empresas de Servicios Temporales, a través de las cuales denuncia prestó sus servicios a la demandada.

Por último, cabe señalar que la decisión del  *a quo*  resulta acertada en la medida en que encausa el trámite del proceso con quienes deben ser los contendientes en el mismo, de acuerdo con el líbelo introductor y lo acontecido en curso de la actuación procesal, sin que pueda endilgársele el desconocimiento de pruebas pedidas o de argumentos defensivos elevados por el recurrente, pues ni el debate probatorio ha iniciado, ni la ausencia de Temporales Uno-A S.A., Optimizar S.A., Activos S.A. y S&A Servicios y Asesorías S.A.S. le impiden al Fondo demostrar en el proceso que realmente no es la llamada a satisfacer las aspiraciones del demandante.

En ese sentido, acertada estuvo la decisión de primer grado, en cuanto a la negativa de vincular como litis consortes necesarios a dichas Compañías al presente litigio, por lo que se confirmará el auto interlocutorio de 28 de febrero de 2021.”

No obstante, como es conocido por los demás integrantes de la Sala, desde **el 27 de abril de 2022** en el proceso del señor ROGELIO SOTO PÉREZ contra el Municipio de Pereira, cuya radicación corresponde al N°66001310500420180060001, acatando lo resuelto por la Corte Constitucional en su condición de autoridad designada por la Constitución en el artículo 241 para dirimir los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones, según la reforma que introdujo el acto legislativo 02 de 2015, **asumí la posición de que cuando se discute la existencia de la vinculación laboral con las entidades públicas -como ocurre en el presente caso-, la jurisdicción competente para conocer el asunto es la Contencioso Administrativa.** Lo cual expuse, en lo más relevante, a los demás integrantes de mi Sala, de la siguiente manera:

“En auto 492 de 11 de agosto de 2021, la Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales resolvió el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Pasto y el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, concluyendo, después de analizar la normatividad relacionada anteriormente, que en aquellas controversias jurídicas en las que se discute la legalidad de la modalidad contractual (contratos de prestación de servicios)utilizada por las entidades públicas para vincular al personal destinado a cumplir con sus funciones, la competencia para su conocimiento le corresponde exclusivamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; ya que es el juez administrativo quien está facultado para determinar si la entidad pública celebró indebidamente esos contratos de prestación de servicios establecidos en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, ya que en estos casos corresponde analizar la actuación desplegada por las entidades públicas en la suscripción de ese tipo de contratos, diferentes al contrato laboral, siendo la única autoridad competente para verificar si las actividades contratadas corresponden a una función que no se puede ejecutar con personal de planta o porque requería de conocimientos especializados; lo que explicó ampliamente en los siguientes términos:

*“El tipo de controversia planteada cuestiona la legalidad de los contratos de prestación de servicios celebrados por una entidad pública y la validez de un acto administrativo. Ello, habida cuenta de que los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, así como sus pretensiones, se refieren a la eventual existencia de un vínculo laboral con el Estado, con base en la aparente celebración indebida de sucesivos contratos de prestación de servicios entre el demandante y el municipio demandado. El actor manifestó que* ***se desempeñó como celador para el municipio de Tumaco****, por más de 10 años,* ***vinculado continuamente mediante contratos de prestación de servicios****. Asimismo, hizo referencia a las condiciones de prestación personal y permanente del servicio, remuneración y dependencia o subordinación, elementos esenciales dirigidos a demostrar la presunta relación de trabajo entre las partes.*

*Además, previamente al trámite judicial, el peticionario* ***agotó el procedimiento administrativo*** *(vía gubernativa) e intentó un acuerdo conciliatorio con el ente territorial, sin obtener respuestas favorables a su reclamación administrativa1. En consecuencia, promovió el* ***medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho*** *en contra el municipio de Tumaco, con el propósito de que se declare la nulidad del acto administrativo que “rechaz[ó] y neg[ó] la existencia del contrato realidad y pago de las prestaciones solicitadas” 2, y que se condene al demandado al pago de las acreencias laborales reclamadas conforme a los decretos leyes y reglamentarios que establecen las condiciones de los empleados públicos del nivel territorial.*

*En suma, la controversia formulada por el actor es propia de los asuntos que se debaten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De una parte, la legalidad de los contratos de prestación de servicios celebrados que, en criterio del demandante, encubren una relación laboral. De otra, la nulidad de los actos que negaron la existencia de dicha situación y el consecuente restablecimiento de sus derechos.*

*La revisión de contratos de prestación de servicios de naturaleza estatal corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Lo que resulta relevante para definir la jurisdicción competente en estos casos es la naturaleza no laboral del contrato de prestación de servicios suscrito entre los particulares y las entidades del sector público, “para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad […] solo […] cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados […] y por el término estrictamente indispensable”, en los términos del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Esto en la medida en que lo que se propone es el examen de la actuación de la Administración, es decir, la revisión de contratos de carácter estatal para determinar, con base en el acervo probatorio, si se celebró un contrato de prestación de servicios o si, por el contrario, se configuró realmente una vinculación laboral.*

*De manera que la jurisdicción habilitada por el ordenamiento jurídico para efectuar dicha labor es la de lo contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 104 del CPACA, que establece que aquella “está instituida para conocer (…) de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa” y de asuntos “relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.*

*En los casos en los que se discute el reconocimiento de un vínculo laboral con el Estado no es posible aplicar la misma regla que se utiliza para definir la autoridad judicial que conoce de las controversias suscitadas entre los trabajadores oficiales o empleados públicos y el Estado. Lo anterior conlleva la necesidad de que la Sala Plena se aparte del precedente que, en su oportunidad, desarrolló la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Es claro que corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los procesos laborales en los que son parte trabajadores oficiales y a la jurisdicción contencioso administrativa aquellos relacionados con la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos. En efecto,* ***cuando existe certeza de la existencia de un vínculo laboral*** *y no se discute que había una relación de subordinación entre la entidad pública y el trabajador o empleado, resulta válido definir la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos con base en las funciones que dice haber ejercido el empleado o trabajador (criterio funcional) y la entidad a la cual se encontraba vinculado (criterio orgánico), para establecer si se trata de un trabajador oficial, que puede ejercitar la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria del trabajo, o de un empleado público, caso en el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la que debe definir el asunto.*

*Sin embargo, esta regla* ***no puede ser aplicada cuando el objeto de la controversia es, precisamente, el reconocimiento del vínculo laboral*** *y el pago de las acreencias derivadas de la aparente celebración indebida de contratos de prestación de servicios con el Estado pues, en estos casos, se trata de evaluar i) la actuación desplegada por entidades públicas en la suscripción de ii) contratos de**naturaleza distinta a una vinculación laboral. Adicionalmente, la única autoridad judicial competente para validar si la labor contratada corresponde a una función que “no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados” es el juez contencioso.*

*Examinar, aun preliminarmente, las funciones desempeñadas por los contratistas del Estado para definir la competencia, constituye un examen de fondo de la controversia. Adicionalmente, la Sala considera que determinar si las funciones desempeñadas por los contratistas del Estado a través de vínculos contractuales simulados correspondían a las de un trabajador oficial o a las de un empleado público implica realizar un examen de fondo del asunto. Esta labor no le corresponde al juez encargado de definir la jurisdicción competente, pues esto conduce a pronunciarse sobre la existencia de una relación laboral que es, justamente, lo que se pretende con la demanda y lo que debe demostrarse en el curso del proceso. En todo caso, este tipo de asuntos solo pueden ser decididos por el juez contencioso administrativo que es el facultado para evaluar las actuaciones de la Administración.*

*En este sentido, la evaluación preliminar de la calidad del demandante como trabajador oficial o empleado público supone que la jurisdicción competente para resolver el litigio se encuentra en debate durante toda la controversia. En efecto, si el factor que define la jurisdicción es el tipo de vinculación que materialmente desempeñaba el servidor, es claro que dicha condición solo puede determinarse con certeza en la sentencia3. En contraste, la solución adoptada por la Corte Constitucional implica que la jurisdicción no se cuestionará permanentemente dentro del trámite, pues ella se define por la existencia de un contrato de prestación de servicios estatal inicial, respecto del cual se denuncia su posible desnaturalización, lo que ubica este asunto dentro de la competencia de la jurisdicción contenciosa.*

*Ahora bien, en el caso concreto, si en gracia de discusión se “revisara preliminarmente” la posible asimilación de las labores desempeñadas por el demandante para intentar ubicarlas en las que corresponden a un empleado público o a un trabajador oficial, se correría el riesgo de exponer al actor equivocadamente ante una jurisdicción que no tiene competencia para conocer de este tipo de asuntos, con la consecuente pérdida de oportunidad para adelantar el trámite judicial de su reclamación. De hecho, en casos en los que se ha pretendido acudir ante la jurisdicción ordinaria para obtener el reconocimiento de acreencias laborales que corresponden a entes territoriales por personas que prestan servicios de vigilancia y celaduría, las autoridades de la especialidad laboral han absuelto a las entidades accionadas, en la medida en que no se logra probar la calidad de trabajadores oficiales de los demandantes pues dichas labores no tienen relación directa con “la construcción y el sostenimiento de obras públicas”4.*

*De conformidad con lo expuesto, la Corte aplicará la cláusula especial de competencia derivada del artículo 104 del CPACA. Esto por cuanto se reclama la existencia de un vínculo laboral con el Estado, presuntamente camuflada en sucesivos contratos de prestación de servicios. De este modo, se concluye que los asuntos en los que no cabe duda acerca de la existencia de una relación de trabajo se diferencian notoriamente del tipo de controversias en las que se debate la existencia de dicho vínculo. Es decir, aquellas que tienen por objeto definir si el servidor público fungió como trabajador oficial o empleado público, como la que en esta oportunidad estudia la Sala. Lo anterior, dado que:*

1. *En sentido estricto, lo que se discute es la validez del acto administrativo mediante el cual la Administración da respuesta a la reclamación del contratista y, junto con esto, la legalidad de la modalidad contractual utilizada con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los mismos derechos y acreencias laborales de los servidores públicos de planta.*
2. *El fundamento de las pretensiones se estructura en un contrato de prestación de servicios estatal.*
3. *Únicamente el juez contencioso administrativo es el competente para validar si la labor contratada corresponde a una función que “no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados”, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*
4. *El objeto mismo del proceso consiste en establecer si se configuró un vínculo laboral a través de contratos de prestación de servicios, lo que implica un juicio sobre la actuación de la entidad pública.*

*Por consiguiente, la Sala remitirá el expediente al Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Pasto, para que proceda con lo de su competencia y comunique la presente decisión a los interesados.*

***Regla de decisión.*** *La Corte determina que, de conformidad con el artículo 104 del CPACA, la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer y decidir de fondo un proceso promovido para determinar la existencia de una relación laboral, presuntamente encubierta a través de la sucesiva suscripción de contratos de prestación de servicios con el Estado.”.*

Es de señalar que, mis ponencias de asumir la posición enseñada por la Corte Constitucional no han sido aceptadas por la doctora Ana Lucía Caicedo Calderón, mientras que el doctor Germán Darío Góez Vinasco aun no ha fijado su posición sobre el tema. Pero, en cualquier caso, considero que, en este evento, quien debe resolver el asunto es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que el accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre él y el Fondo Nacional del Ahorro, mientras que este último niega la existencia de tal vínculo, por lo que aplica perfectamente lo enseñado por la Corte Constitucional ya en reiterados autos como A479-2021, A908-2021, A492-2021, A330-2021, A491-2021 y A739-2021, que, sin dudarlo, constituyen una línea consolidada, emanada de la Autoridad señalada por la Constitución para definir esta clase de situaciones.

Es por todo lo anterior que salvo mi voto.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Magistrado*