

REPUBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

SANTA MARTA

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO RAD. 47-189-31-05-003-2015-00276-01 (858) PROMOVIDO POR ELVIRA ESTHER POLO BON CONTRA: FONDO NACIONAL DEL AHORRO, TEMPORALES UNO A BOGOTA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

Acta de aprobación No. 142 del quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

En **Santa Marta**, a los quince (15) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), La H. Magistrada **LUZ DARY RIVERA GOYENECHÉ**, en asocio con los Magistrados **ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO** Y **ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO**, con quienes integra la Sala, profieren la siguiente

SENTENCIA

El estudio en esta instancia se agota en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y las demandadas **FONDO NACIONAL EL AHORRO** y **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPROALES S.A.** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, el 10 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

Demanda la señora **ELVIRA ESTHER POLO PABÓN** al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO – FNA** para que se declare la existencia de un contrato de trabajo en condición de trabajadora oficial con la demanda **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, entre el

19 de abril de 2010 al 4 de mayo de 2015. En consecuencia, se condene al pago del subsidio de alimentación (art. 24 CC), prima técnica (literal c) art. 25 CC, prima de servicios (literal d) art. 25), prima extraordinaria (literal e) art. 25), prima de vacaciones (literal f) art. 25), estímulo de recreación (literal g) art. 25), prima de navidad (literal h) art. 25), bonificación servicios prestados (literal i) art. 25), bonificación especial de recreación (literal j art. 25), prima quinquenal (art. 28), cesantías por todo el tiempo servido conforme el art. 45 del Decreto 1045 de 1978, incrementos salariales convencionales, indemnización moratoria, sanción moratoria del art. 99 de la Ley 50 de 1990.

Los hechos que fundamentan las pretensiones se concretan así: la demandante laboró al servicio del FNA desde el 9 de abril de 2010 hasta el 4 de mayo de 2015, cumpliendo funciones como COMERCIAL III en la ciudad de Santa Marta, a través de cinco (5) contratos de trabajo a término indefinido suscrito con TEMPORALES UNO A S.A. y un (1) contrato con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. La remuneración era de \$1.750.000. Que nunca recibió órdenes de empleados de las empresas de servicios temporales, la subordinación siempre la ejerció el FNA, por intermedio del Jefe de la Oficina Comercial

de la ciudad de Bogotá y de los Jefes de la División Comercial y Mercadeo. Que las funciones que desempeñó hacen parte del objeto social de la demandada, pues era quien asesoraba a los usuarios interesados en adquirir productos con la entidad y tramitaba créditos para vivienda o para financiar educación formal. Señala, que, pese a las fechas indicadas en los contratos, la prestación de los servicios fue ininterrumpida. Que el 25 de junio de 2015, solicitó al FNA le fueran aplicadas todas las prestaciones y beneficios convencionales.

La demanda se admitió por auto de 14 de septiembre de 2015 contra el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** (folio 148), notificado a la demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda. Alega que la demandante prestó sus servicios en forma temporal como trabajadora en misión, cuya culminación es un acto que involucraba única y exclusivamente al empleador y a la trabajadora, calidad que no le asistía a esa entidad, pues nunca impartió órdenes a la demandante, además, que el cargo de **COMERCIAL III** no existe en la entidad. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; falta de obligación contractual a cargo del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**; cobro

de lo no debido; prescripción (folio 151 a 167). En escrito separado, solicitó llamar en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., LIBERTY SEGUROS S.A.; TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.; COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA (folio 168 a 175).

Del proceso correspondió conocer al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, quien por auto del 3 de agosto de 2016, admitió el llamamiento en garantía solicitado a SEGUROS DEL ESTADO S.A., LIBERTY SEGUROS S.A.; TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.; COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA (folios 335-336).

LIBERTY SEGUROS S.A. Frente a la demanda principal, manifestó no constarle los hechos y frente a las pretensiones, señaló que no existe obligación de pagar sumas de dinero en favor de la demandante. Propuso las excepciones de inexistencia de relación laboral y solidaridad con respecto al FNA; prescripción de la acción en materia laboral; genérica. En cuanto

al llamamiento en garantía, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto el evento reclamado carece de cobertura, además, que carecía de legitimad la entidad llamante para vincularla al proceso como llamada en garantía. Propuso excepciones de falta de legitimación en la causa del FNA para llamar en garantía a Liberty Seguros en virtud de la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. 516839; imposibilidad legal y jurídica de afectar en el presente asunto la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. 516839 invocada como fundamento de la citación; las demás exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales y particulares de la póliza invocada como fundamento de la citación; cualquier otra excepción que se derive de la ley. (Folio 378 a 391)

TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. Se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra. De las otras, indicó que no podía emitir pronunciamiento sobre las mismas. Señaló que la relación laboral con la demandante culminó el 30 de noviembre de 2014; que si bien la actora se vinculó a través de cinco contratos, para prestar servicios como trabajadora en

misión en el FNA, eran independientes cada uno, con diferentes cargos y salarios, subordinación que había estado a cargo siempre de la EST, que diferente era la facultad que por disposición legal, al ejecutarse tareas en las dependencias de la empresa usuaria, esta podía dar órdenes e instrucciones al trabajador en misión. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido; pago; compensación; buena fe; prescripción de los derechos reclamados; solución de continuidad laboral; inexistencia de solidaridad y genérica. En cuanto al llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones; alega, que está debidamente autorizada para funcionar como una EST, y que, en tal calidad, le suministró personal en misión al usuario FNA, con base en contratos interadministrativos y con necesidades de origen diferente. Que no tiene la obligación legal ni contractual de indemnizar los perjuicios que llegare a sufrir el FNA ni a reembolsar total o parcialmente el pago que tuviere que hacer como resultado de una sentencia. Que la demandante realizó 5 diferentes actividades en calidad de trabajador en misión dentro de los límites de ley. Propuso las excepciones de inexistencia de convenio contractual entre el FNA y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ para amparar al fondo en el evento que desconociera

los extremos de los envíos del trabajador en misión que le hiciera la EST como usuario; inexistencia de la obligación demandada en el llamamiento en garantía; buena fe de la demandada llamada en garantía; falta de título y causa en el demandante en garantía; cumplimiento cabal de los otrosí y contratos celebrados entre el FNA y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ; prescripción de los derechos reclamados en garantía. (Folio 432 a 451)

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Se opuso a las pretensiones de la demanda por no tener asidero fáctico y jurídico. Propuso excepciones frente a la demanda principal de inexistencia de relación laboral y solidaridad con respecto al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y genérica. Frente al llamamiento en garantía, sostuvo que cualquier pago que deba realizar con cargo a la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 0827964-5 se encontraba sujeto a las condiciones generales del contrato de seguro y a las particularidades que en su momento suscribió con el asegurado. Se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía en la medida que el evento carezca de cobertura temporal, exceda los límites y coberturas acordadas y/o desconozca las condiciones

de la póliza y las disposiciones que rigen el contrato de seguro. Propuso las excepciones de imposibilidad de afectar la cobertura de la póliza expedida sin que exista obligación de pagar en cabeza del asegurado; inexistencia de la obligación indemnizatoria por parte de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. para el pago de sanciones y vacaciones por expresa exclusión legal y contractual; inexistencia de solidaridad; límite de cobertura de acuerdo a los límites pactados e innominada. (Folio 399 a 412).

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA manifestó no constarle los hechos de la demanda y se abstuvo de emitir algún pronunciamiento frente a las pretensiones de la misma. En cuanto al llamamiento en garantía, se opuso a que la compañía se vea obligada a pagar a la demandante o a reembolsar al FNA suma alguna por acreencias laborales causadas por fuera de la vigencia del contrato No. 145 de 2014, teniendo en cuenta el alcance y objeto de la póliza 17 GU32676. Propuso excepciones de ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado FNA como directo empleador; ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas antes del inicio de la vigencia de la póliza; los hechos de la demanda no guardan

relación con el contrato asegurado (No. 145 de 2014) mediante la póliza de cumplimiento 17 GU032676 y genérica. (Folio 586 a 597)

SEGUROS DEL ESTADO S.A. manifestó no constarle los hechos de la demanda al no haber participado en la presunta relación laboral que se demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de ausencia de responsabilidad de FNA por ser la EST el verdadero empleador de la demandante; ausencia de responsabilidad de FNA atendiendo a la naturaleza del servicio contratado con la empresa TEMPORALES UNO A BOGOTÁ y prestado por la demandante, y prescripción. En cuanto al llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones al no concurrir los requisitos legales para afectar la póliza de seguro de cumplimiento en favor de la entidad estatal. Propuso las excepciones de vencimiento del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía; inexistencia de la obligación a cargo en relación con la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. 25-40101013898; ausencia de cobertura de pólizas de cumplimiento a favor de la entidad estatal No 25-44101033302,

25-44-101043358, 25-44-101051322 y 25-44-101063287 por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma; inexistencia de la obligación a cargo frente a la póliza de cumplimiento a favor de la entidad estatal No. 25-44-101023571 si se declara relación laboral directa entre la demandante y el FNA; inexistencia de los requisitos para hacer exigible cualquier póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal; compensación; límite de responsabilidad y genérica; subsidiarias: cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal No. 25-44-101023571; imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del CCST y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (folio 621 a 642).

Por auto del 27 de julio de 2017, el juzgado le designó curador ad litem a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y su emplazamiento (folio 687-688) y por auto del 7 de febrero de 2018 (folio 690) admitió el llamamiento en garantía¹ solicitado por el FNA respecto de SEGUROS DEL ESTADO S.A., LIBERTY SEGUROS S.A.; TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., SEGUROS GENERALES

SURAMERICANA S.A.; COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA.

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA manifestó que el 9 de febrero de 2017 contestó el llamamiento en garantía con ocasión del auto del 3 de agosto de 2016, no obstante, reiteró los argumentos señalados en anterior oportunidad. (Folio 728 a 737)

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. manifestó que existió una relación laboral con la demandante de 1 de diciembre de 2014 al 4 de mayo de 2015. Propuso excepciones previas de inexistencia de la obligación, existencia del debido proceso, existencia del cobro de lo no debido, pago, buena fe. (Folio 857 a 864)

El Juzgado por auto del 26 de julio de 2019 no accedió a la solicitud del demandante tendiente a tener por desistidos los llamados litisconsortes (folio 893-894). Y por auto del 20 de agosto de 2019, tuvo por contestada la demanda por parte del demandado, llamados en garantía y litisconsortes necesarios y

¹ Nuevamente

fijó fecha de audiencia, la que fue reprogramada por auto del 21 de octubre de 2019 (folio 897-898, 914).

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta dirimió la litis mediante sentencia de fecha 10 de marzo de 2020, en virtud de la cual declaró que entre ELVIRA ESTHER POLO BON y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A existió una relación laboral regida por un contrato por obra o labor contratada que inició el 19 de abril del año 2010 y terminó el 25 de marzo del año 2011. Declaró que entre ELVIRA ESTHER POLO BON trabajadora oficial y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió una relación laboral que inició el 5 de abril del 2011 y culminó el 4 de mayo de 2015 de acuerdo a lo anunciado en la parte motiva de este fallo. Declaró que, en la anterior relación laboral, TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A actuaron como simples intermediarios. Condenó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A. Y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A a reconocer y pagar a la demandante los siguientes conceptos y sumas: prima extraordinaria (\$670.833); prima de vacaciones (\$650.416); estímulo de recreación (\$433.611); prima de navidad (\$1.260.000); bonificación por

servicios prestados (\$875.000); bonificación especial de recreación (\$175.000); cesantías (\$1.157.451). Condenó al FNA y solidariamente a TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A Y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A a reconocer y pagar a ELVIRA ESTHER POLO BON la indemnización moratoria establecida en el Decreto 797 del 28 de marzo de 1949, en la suma diaria de \$58.333 desde el 5 de agosto de 2015 hasta que se verifique el pago. (Folio 979 a 981)

Consideró, que la vinculación de la demandante a través de las empresas de servicios temporales, había superado los términos establecidos en la ley, lo que las convertía en simples intermediarios y, al FNA, como empresa usuaria en el verdadero empleador.

Los apoderados de la parte demandante y demandada FNA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES apelaron la sentencia. La **parte demandante** reprocha lo relacionado con la absolución respecto a las condenas sobre las prebendas a las que tiene derecho durante los años laborados 2010, 2011, 2012 y 2015, toda vez y tal como acertadamente lo manifestó el a quo, el carácter de mayoritario del sindicato estaba demostrado con la

certificación que adjuntó al proceso, sin que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO probara que el contenido de dicha certificación no correspondiera a la realidad, de suerte que, en virtud de esa falta de fuerza probatoria por parte de la entidad, la demandante tiene derecho a percibir las acreencias correspondientes a la totalidad del tiempo laborado incluyendo el periodo que aparece determinado en la condena. Que la actora adquiere los derechos en virtud de la declaratoria que se hizo sobre su verdadera condición como trabajadora oficial, de suerte que, conforme el artículo 3ro de la CCT, la misma le es aplicable a los trabajadores oficiales de la entidad, sin ningún distingo, sin condicionar que la vinculación sea a través de un contrato directo a la entidad o haber sido reconocido su verdadera condición a través de una decisión judicial. Por tanto, solicita se condene a la totalidad de las prebendas incoadas en la demanda respectos a los años excluidos, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2015. Frente a la prima de servicios señala que es una prestación consagrada en la CCT, extralegal, de suerte que tiene derecho a ella por la totalidad del periodo laborado que fue reconocido en la sentencia, y en iguales términos la prima quinquenal porque laboró por 5 años y cerca de 20 días, es

decir, que había cumplido el término mínimo exigido por la convención para tener derecho a esa prestación.

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO discute la existencia del contrato de trabajo con la demandante, alega que ninguno de los contratos suscritos con TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. superó el término de un año, es decir, se realizó conforme lo consagra la Ley 50 de 1990. Que no pagó salarios y, que es sabido, que la empresa usuaria tiene una potestad de subordinación delegada de la empresa de servicios temporales, como impartir sugerencia al trabajador en misión y las condiciones de trabajo, como en efecto había acontecido. Que la demandante no ostenta la calidad de trabajadora oficial y no le era extensiva la aplicación de los beneficios convencionales, al no configurarse la existencia del contrato de trabajo con la entidad. Además, que la actora no canceló la cuota sindical para hacerse beneficiaria de ellos. Se opuso a la condena por cesantías, pues afirma que no le era aplicable el Decreto 1045 de 1978, por cuanto la norma no establece que esta entidad sea una de las que deben someterse a las disposiciones allí contenidas. En lo que hace relación a la indemnización moratoria, aduce que no ha habido daño que

permita a la entidad achacarle una conducta de mala fe, pues la entidad había actuado con la convicción de que estaba cumpliendo con lo normado en el artículo 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990.

Y **OPTIMIZAR S.A.** reprocha la condena que se hiciera en su contra, pues aduce que la contratación que tuvo con la demandante no sobrepasa los límites temporales fijados en la ley, no siendo dable equiparar su actuar con el de la EST TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. Que, en caso de mantenerse la orden de primer grado, la misma sea graduada de conformidad con el tiempo de vinculación de la demandante a esa empresa.

Al no vislumbrarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. La controversia gira en torno a determinar si la relación de trabajo que existió entre las partes se dio en virtud de un contrato de trabajo como lo alega la demandante ELVIRA POLO, o en los términos expuesto por la demandada FONDO NACIONAL DEL

AHORRO, a través de empresas de servicios temporales. En consecuencia, si procede el reconocimiento y pago de los conceptos ordenados en primera instancia, y las solicitadas con la apelación.

2. Importa precisar, que teniendo en cuenta que en sentencia de primera instancia se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la señora ELVIRA ESTER POLO BON y TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. del 19 de abril de 2010 al 25 de marzo de 2011, y que esto no fue materia de reproche por la parte demandante, dicho interregno temporal no será objeto de análisis por esta Sala, por lo que, el estudio se centrará en las vinculaciones acaecidas a partir del 5 de abril de 2011.

3- Discute el FNA, la existencia del contrato de trabajo con la demandante declarado por el a quo, pues a su juicio, ninguno de los contratos suscritos con TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. superó el término de un año, es decir, se realizaron conforme lo consagra la Ley 50 de 1990. Que no pagó salarios y, que es sabido, que la empresa usuaria tiene una potestad de subordinación delegada de la empresa de servicios temporales, como impartir sugerencia al

trabajador en misión y las condiciones de trabajo, como en efecto aconteció.

4. El art. 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, contratada directamente con la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Por lo tanto, los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías; trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales, y los trabajadores en misión, son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

4.1 También fue clara la Ley 50 de 1990, en su art. 77, al señalar cuándo la empresa usuaria puede contratar con empresas

de servicios temporales: cuando se trata de labores ocasionales, accidentales o transitorias; en uso de licencia; en incapacidad por enfermedad o maternidad; 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 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más.

4.2. Tal como se desprende de lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de abril 24 de 1997, la empresa de servicio temporal ostenta la calidad de verdadera empleadora siempre que el servicio a la empresa usuaria se preste en los términos señalados en la ley. Es decir, que se preste por 6 meses, máximo por un año. Y si bien como dice la sentencia, no se trata de que solamente se pueda celebrar un único contrato de seis meses prorrogable por otros seis meses, sino que para una misma necesidad ese es el máximo permitido por las normas, es claro que si las necesidades de servicio son permanentes, deberán vincularse trabajadores bajo esta modalidad.

Que si bien los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la Empresas de Servicios Temporales funcione lícitamente, pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

4.3 Por lo tanto, en el evento de que el usuario efectúe una contratación transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación, se hará responsable en la forma que acaba de precisarse, con solidaridad de la E.S.T.

Y que, si aparece diáfano que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del

objeto del contrato en misión, ella no se puede reputar subordinante en estos eventos, y por tanto no será ésta quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral.

4.4 Criterio que esta Corporación, mantiene vigente, en sentencia SL3520-2018 reiterada en la SL 467 de 2019 y SL 4330 de 2020, en la que 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 acudirse 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 ordinaria²».

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.”

Ahora bien, en cuanto a la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como una de las formas de

² ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a un tercero de ciertas partes u operaciones del proceso productivo, éstas son legítimas en el orden jurídico; no obstante, frente a su aplicación, la jurisprudencia ha señalado que:

“(…) 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. 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.”. (CSJ SL 467 de 2019)

Por eso, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, se presenta la intermediación laboral ilegal.

5. Conforme lo anterior y con el fin de determinar cómo aconteció la vinculación de la demandante como trabajadora en misión, el Tribunal procede a valorar los medios de convicción que reposan en el plenario y encuentra que:

A folio 49, milita certificación expedida por Katherine Caballero, Directora de operaciones de OPTIMIZAR TEMPORALES S.A., que hace constar, que la señora ELVIRA ESTER POLO fue trabajadora en misión

para la empresa usuaria FNA en el cargo de COMERCIAL III desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el lunes 4 de mayo de 2015.

A folios 50 a 53, reposa copia del “contrato de trabajo por la duración de obra o labor determinada para personal en misión” suscrito entre OPTIMIZAR TEMPORALES S.A. y ELVIRA ESTER POLO el 1 de diciembre de 2014.

A folios 452 a 454, obra copia del “contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, para personal en misión” suscrito entre TEMPORALES UINO-A BOGOTÁ S.A. y ELVIRA ESTER POLO, para el cargo de auxiliar administrativo, iniciando el 19 de abril de 2010.

Copia de la liquidación de prestaciones sociales del periodo 19 de abril de 2010 al 25 de marzo de 2011. (Folio 455)

A folios 456 a 458, obra copia del “contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, para personal en misión” suscrito entre TEMPORALES UINO-A BOGOTÁ S.A. y ELVIRA ESTER POLO, para el cargo de auxiliar de apoyo, iniciando el 5 de abril de 2011.

Copia de la liquidación de prestaciones sociales del periodo 5 de abril de 2011 al 13 de marzo de 2012. (folio 459)

A folio 460 a 462, obra copia del “contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, para personal en misión” suscrito entre TEMPORALES UINO-A BOGOTÁ S.A. y ELVIRA ESTER POLO, para el cargo de auxiliar de apoyo, iniciando el 14 de marzo de 2012.

Copia de la liquidación de prestaciones sociales del periodo 14 de marzo de 2012 al 30 de enero de 2013. (folio 463)

Copia del “contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada para personal en misión” celebrado entre OPTIMIZAR SERVICIOS

TEMPORALES S.A y la demandante para iniciar labores el 1 de diciembre de 2014 (folio 867 a 869)

Copia de la liquidación de prestaciones sociales del periodo 1 de diciembre 2014 al 4 de mayo de 2015. (Folio 863)

A folios 464 a 466, obra copia del “contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, para personal en misión” suscrito entre TEMPORALES UINO-A BOGOTÁ S.A. y ELVIRA ESTER POLO, para el cargo de auxiliar de apoyo, iniciando el 1 de febrero de 2013.

A folios 467 a 469, obra copia del “contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, para personal en misión” suscrito entre TEMPORALES UINO-A BOGOTÁ S.A. y ELVIRA ESTER POLO, para el cargo de comercial III, iniciando el 28 de enero de 2014.

Copia de la liquidación de prestaciones sociales del periodo 28 de enero al 30 de noviembre de 2014. (folio 470)

A folio 54 y 55, formato de “declaración y compromiso del trabajador” y “verificación de documentos de contratación”, en los que se observa que la demandante prestaría sus servicios en la empresa usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Planillas de control de ingreso al FNA en las que registra la señora ELVIRA POLO en las siguientes fechas: 2, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27 y 30 de mayo de 2014; el 1, 4, 5, 6, 8, 11, 12, 13, 15, 19, 20, 21, 22, 26 y 29 de agosto de 2014; 2, 4, 5, 9 y 10 de septiembre de 2014 (folios 56 a 63, 65 a 72, 74 a 87, 89, 91, 94 a 98).

Copia de planillas de control atención afiliados, sin logo del FNA (folios 99 a 141).

Relación de personal puntos de atención Magdalena, en el que se relaciona el nombre de la demandante (folio 142).

A folio 48, obra certificación expedida por Catherine Bernal Mejía, en su calidad de Directora de Gestión Humana de Temporales Uno-A S.A., y a folio 573 el pantallazo del registro de información de contratos, documentales en las que se indican las siguientes vinculaciones:

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
COMERCIAL III	19/04/2010	25/03/2011
COMERCIAL III	05/04/2011	13/03/2012
COMERCIAL III	14/03/2012	30/01/2013
COMERCIAL III	01/02/2013	27/01/2014
COMERCIAL III	28/01/2014	30/11/2014

Copia de planillas de pago de aportes a seguridad social de la demandante por parte de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ SAS de los periodos de abril de 2010 a diciembre de 2014, (folios 471 a 494)

Comprobantes de pago de nómina noviembre de 2014 a abril de 2010 (495 a 571)

Copia del Contrato Estatal No. 198 de 2010 suscrito el 26 de marzo entre el FNA y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A. cuyo objeto fue la “provisión de trabajadores en misión” con un plazo de 6 meses. (folios 176 a 184)

Otrosí No. 1 del 13 de septiembre de 2010, al Contrato Estatal No. 198 de 2010 adicionando el plazo del contrato, prorrogándolo de 6 a 12 meses (25/03/2011). Y Otrosí No. 2 al referido Contrato Estatal No. 198 de 2010 adicionando el valor del contrato. (folios 185, 186).

Copia del Contrato Estatal No. 168 de 2011 suscrito el 25 de marzo entre el FNA y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A. cuyo objeto fue la “provisión de trabajadores en misión” con un plazo de 6 meses. (Folios 193 a 198)

Otrosí No. 1 del 27 de abril de 2011, al Contrato Estatal No. 168 de 2011 modificando el supervisor del contrato. Otrosí No. 2 del referido contrato, ampliando 6 meses más el plazo inicialmente pactado. Otrosí No. 3 ampliando el valor del contrato³ (folio 199, 200 a 202, 203 a 204).

Copia del Contrato Estatal No. 60 de 2012 suscrito el 9 de marzo entre el FNA y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A. cuyo objeto fue la “provisión de trabajadores en misión” con un plazo de 6 meses. (Folios 224 a 233)

Otrosí No. 1 del 6 de agosto de 2012, al Contrato Estatal No. 60 de 2012 adicionando el valor del contrato y prórroga del plazo de ejecución por el término de 5 meses más. Otrosí No. 2 se adiciona el valor del contrato, se prórroga el plazo de ejecución hasta el 13 de marzo de 2013. (folios 234 a 235; 236 a 237)

Copia del Contrato Estatal No. 431 de 2012 suscrito el 28 de diciembre entre el FNA y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A. cuyo objeto fue la “soportar el desarrollo de los diferentes procesos realizados al interior del FNA a través de la provisión de trabajadores en misión” con un plazo de 2 meses. (folios 206 a 215)

Copia del Contrato No. 275 de 2014, suscrito el 26 de noviembre de prestación de servicios suscrito entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO – FNA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., con el objeto de “PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE UNA EMPRESA DESERVICIOS TEMPORALES, QUE SUMINISTRE PERSONAL EN MISIÓN QUE PERMITA

³ De los folios aportados, como quiera que pasa de la cláusula primer a la quinta.

CUBRIR LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, con un plazo de 6 meses (folio 253 a 265)

Copia del “ACTA DE RESUMEN DE LOS ACUERDOS OBTENIDOS EN LAS NEGOCIACIONES DEL PLIEGO DE PETICIONES Y TEXTO FINAL DE LA NUEVA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO ENTRE EL SINDICATO DE TRABAJADORES DEL FONDO (SINDEFONAHORRO) Y DIRECTIVAS DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO” del 25 de febrero de 2012 (folio 12 a 17) Y copia de la Convención Colectiva de Trabajo con su respectiva nota de depósito. (Folios 19 a 39)

Copia de la certificación expedida por la Presidenta y Secretario General de la organización sindical SINDEFONAHORRO, en la que indican que al tener el sindicato 188 afiliados, es mayoritario y, por ende, un sindicato de empresa. (Folio 46)

6. De las pruebas relacionadas, la Sala encuentra, que, a partir del 5 de abril de 2011, la señora ELVIRA ESTER POLO BON prestó sus servicios en favor del FNA en los siguientes periodos:

EST	CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN	DURACIÓN	DÍAS de INTERRUPCIÓN
TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A.	COMERCIAL III	05/04/2011	13/03/2012	11 meses y 9 días	0
TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A.	COMERCIAL III	14/03/2012	30/01/2013	10 meses y 17 días	1
TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A.	COMERCIAL III	01/02/2013	27/01/2014	11 meses y 27 días	0
TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A.	COMERCIAL III	28/01/2014	30/11/2014	10 meses y dos días	0
OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.	COMERCIAL III	01/12/2014	04/05/2015	5 meses y 4 días	

Contratos que tienen respaldo en los contratos estatales No. 198 de 2010; No. 168 de 2011, No. 60 de 2012; No. 431 de 2012; No. 275 de 2014, celebrados entre TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. Y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO para la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministrará personal en misión que permitirá cubrir las necesidades de crecimiento y expansión de la entidad contratante.

De los contratos que soportan la prestación de los servicios de la demandante, se podría colegir en principio, que, en efecto, tal y como lo alega el FNA, cada uno de ellos no superó el término de ley, es decir, 6 meses prorrogable por otros 6 meses, pues nótese que, incluso, el más extenso, fue de 11 meses y 27 días. No obstante, ello reviste en una simple formalidad, pues, lo que en realidad aconteció, es que los servicios prestados por la señora ELVIRA POLO BON en favor del FNA siempre fueron en el cargo de COMERCIAL III, y de forma continua desde el 5 de abril de 2011 hasta el 4 de mayo de 2015. Porque si bien se presentó una interrupción de un día entre la finalización del segundo contrato (30/01/2013) y el inicio del tercero (01/02/2013), esta, no conlleva a romper la continuidad de la relación que vinculó a las

partes, tal como lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias CSJ SL4816 de 2015 y CSJ SL981 de 2019, en la que señaló:

“...cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece...”

Además, si bien el último contrato de la demandante se produjo por intermedio de otra EST, como lo es OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., lo cierto es que ello acentúa incluso aún más, la intención del FNA de mantener y continuar el vínculo con la demandante, su servidora.

7. El Art. 32 de la Ley 80 de 1993 define al contrato de prestación de servicios como aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Solamente en dos casos se puede celebrar con personas naturales, cuando dichas actividades no puedan celebrarse con personal de planta o requieran conocimientos especiales.

Lo anterior permite concluir que el contrato de prestación de servicio es una figura de la administración pública, pero bajo los lineamientos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Lo que hay que tener en cuenta para que estos contratos conserven su identidad y que la realidad nos conlleve a demostrar la existencia de un contrato de trabajo es que la actividad contratada no pueda desarrollarse con personal de planta o requiera de conocimientos especiales.

7.1. La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del numeral 3º del art.32 de la Ley 80, expuso:

“... los contratos de la administración pública no constituyen por si mismos una finalidad sino que representan un medio para “... la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz.”

Y al establecer la diferenciación entre el contrato de prestación de servicios y el de trabajo, con respecto al primero expuso:

“la autonomía o independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas”.

“la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En caso de que las actividades con ellos atendidos demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y

temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. ...” (Subrayado no pertenece al texto).

7.2. Y es que la aplicación del principio de la primacía de la realidad no tiene siempre que obedecer a combatir la intención del empleador de desvirtuar la existencia del contrato de trabajo. No, es viable que los contratos que se iniciaron a través de la modalidad de prestación de servicios, por tratarse de labores a desarrollar en corto plazo, más tarde, por la forma en que se desarrollaron dichas labores permiten concluir que se está frente a un contrato de trabajo.

Porque, es el principio de la primacía de la realidad uno de los fundamentales en el derecho del trabajo, “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

7.3. De acuerdo con lo dispuesto en art. 3° del Decreto 2127 de 1945, una vez reunidos los elementos que configuran el contrato de trabajo como son prestación personal del servicio, la

subordinación del trabajador respecto del patrono y el salario, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las modalidades de la labor ni del tiempo en que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, ni de la naturaleza de la remuneración, ni del sistema de pago, ni de otras circunstancia cualquiera. Y al tenor del art. 20 de este mismo Decreto, el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; correspondiendo a este último desvirtuar la presunción.

7.4. Las piezas documentales que ya fueron relacionadas, permiten verificar la prestación del servicio de la demandante en favor del FNA, aspecto que, por demás, no es cuestionado por la entidad demandada.

Sobre la manera en que se ejecutaron las labores por parte de la demandante, dan cuenta los testigos JOHAN ALBERTO RIVERA LARA y JUAN PABLO ZUCHINI GONZALEZ, quienes aseguraron haber sido compañeros de trabajo de la demandante.

Johan Alberto Rivera Lara manifestó, que laboró en el FNA del 15 de septiembre de 2011 hasta el 21 de febrero de 2016,

que tenía las mismas funciones de la señora Polo Bon, las cuales consistían en captar cesantías, créditos y ahorros voluntarios. Adicionalmente, refirió que el FNA era la que imponía las órdenes a través del “*Doctor Castillo, el doctor Emanuel...el doctor Padilla*”, algunas veces las órdenes provenían, incluso, del Presidente de la entidad vía correo electrónico; y que los implementos de trabajo con lo que la señora ELVIRA POLO BON realizaba las funciones a su cargo eran suministrados por el FNA. Además, indicó, que las labores que ejecutaba la actora, eran las mismas que desempeñaban los empleados de planta.

Por su parte, **Johan Alberto Rivera Lara** señaló, que laboró en el FNA desde el 5 de septiembre de 2012 al 1 de septiembre de 2014, la demandante era compañera de trabajo; las órdenes las recibían de los “doctores Emel Rojas, del doctor Alejandro Castillo que era jefe comercial y hasta del mismo presidente del Fondo, el doctor Ricardo Arias” a través de videoconferencia. Que los informes debían rendirlos a Bogotá. Adicionalmente refirió, que las herramientas de trabajo que usaba la demandante eran entregadas por el FNA. Que las labores desempeñadas por la demandante, eran iguales a las de los empleados de planta de la entidad.

Es decir, que el primer elemento se encuentra acreditado en el plenario, lo que activa en favor de la demandante, la presunción de subordinación establecida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945; la cual cumple anotar, no se logra desvirtuar por el FNA. Si bien tal como lo sostiene la entidad demandada en virtud de los contratos suscritos con las empresas de servicios temporales se delega la facultad de subordinación, lo cierto es que tal relación contractual se desnaturalizó al no ejecutarse dentro de los parámetros de ley. Es más, de las declaraciones rendidas queda claro, que quien en todo momento impartía órdenes era el FNA, entidad que ejercía la subordinación sobre la señora ELVIRA POLO BON, funciones que cumple anotar, corresponden al giro ordinario de la demandada.

Y en cuanto a la remuneración, si bien ésta era cancelada por la EST a la que se encontraba vinculada la demandante en determinada época, ello obedecía precisamente al contrato suscrito entre el FNA y las respectivas empresas de servicios temporales, sin que, con esto, pueda entenderse que, en el fondo quien cubría los salarios de la trabajadora era la entidad.

Por consiguiente, para esta Colegiatura las pruebas acreditan claramente, que la relación laboral entre la señora ELVIRA POLO BON y el FNA desde el 5 de abril de 2011 al 04 de mayo de 2015, estuvo regido por un contrato de trabajo, tal como se declaró en primera instancia, por lo que se confirmará este punto de apelación.

8. En lo que respecta al punto de apelación del FNA, relativo a la calidad de trabajadora oficial de la señora ELVIRA POLO y la extensión de los beneficios convencionales, por cuanto no existió contrato de trabajo con ésta, y que no canceló la cuota sindical para hacerse beneficiaria de ellos.

8.1 El Fondo Nacional de Ahorro “Carlos Lleras Restrepo”, fue creado mediante el Decreto-ley 3118 de 1968, como establecimiento público; transformado mediante la Ley 432 de 1998 en Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional. Mediante el Decreto 1454 de 1998 “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 941 del 22 de julio de 1998, que adopta los Estatutos Internos del Fondo Nacional de Ahorro.” Se estableció en el capítulo IV el Régimen de personal, el cual

determina en su artículo 22, la clasificación de los servidores del Fondo Nacional del Ahorro, en los siguientes términos:

Clasificación de los servidores del Fondo Nacional de Ahorro. Para todos los efectos legales, las personas que prestan servicios al Fondo Nacional de Ahorro, tendrán el carácter de trabajadores oficiales, con excepción de quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Subdirectores Generales, Jefe de Oficina Asesora de Control Interno, Coordinadores de Dependencias Regionales, los cuales tendrán la calidad de Empleados Públicos.

En esa medida, al haberse determinado que el verdadero empleador de la demandante fue el FNA, es claro que ostentaba la calidad de trabajadora oficial.

8.2 Respecto a la aplicación de la Convención Colectiva, contrario a lo referido por la entidad demandada en el recurso, al darse por probada la existencia de la relación de trabajo y la calidad de trabajadora oficial de la demandante, en virtud de la previsión contenida en el artículo 471 del CST, es factible concluir que es beneficiaria de la convención colectiva suscrita por el FNA y el sindicato SINDEFONAHORRO, vigente del 1° de enero de 2012 al 31 de marzo de 2014, la cual se arrimó con la respectiva constancia de depósito, pues de conformidad con su artículo 3 “CAMPO DE APLICACIÓN”, esta rigió frente a los

trabajadores oficiales que laboraban al servicio de la entidad, esto es, sin importar si eran o no miembros del sindicato que la suscribió, por tanto, poco o nada importaba, si la demandante había cancelado la cuota sindical.

9. Frente a la condena por cesantías, de la que se duele el demandado FNA, al considerar que el Decreto 1045 de 1978 no establece que dicha entidad sea una de las que deben someterse a las disposiciones allí contenidas, es preciso recordar, como en precedencia se dejó anotado, que el FNA es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, por tanto, y, conforme lo determina el artículo 23 del Decreto 1454 de 1998, su régimen prestacional está regulado en el Decreto 1045 de 1978, norma que, acertadamente aplicó el a quo. Por consiguiente, se despacha desfavorable esta inconformidad.

10. Del recurso de apelación de la parte demandante, se extrae su inconformidad frente a extensión de los beneficios convencionales y que no se haya condenado al pago de la totalidad de las prestaciones pedidas en la demanda, entre esas, la prima de servicios y la prima quinquenal.

Frente a la extensión de los beneficios convencionales, quedó zanjado que al ser la demandante trabajadora oficial del FNA le eran aplicables los mismos, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la CCT, por lo que, contrario a lo considerado por el a quo, las prerrogativas allí contenidas se aplican a todos los trabajadores, aplicación o extensión que fue producto de la voluntad de los suscribientes de aquel acuerdo convencional suscrito el 8 de marzo de 2012, pues nótese que incluso el mismo no solamente está firmado por representantes del FNA, y del Sindicato, sino que, además, señala que “entra a regir a partir del primero de enero de 2012”. Entonces, si la extensión de las prestaciones allí acordadas no fue supeditada a una condición especial por parte de los que en ella intervinieron, no es dable que la autoridad judicial lo haga a *mutuo proprio*, pues sería ir en contravía de la voluntad de quienes la suscribieron.

En virtud de lo anterior, se entra a analizar la procedencia de las prestaciones convencionales deprecadas en la demanda que no fueron reconocidas, teniendo como salario, la suma de \$1.260.000 desde 2011 a noviembre de 2014; y de diciembre de 2014 a mayo de 2015 la suma de \$1.750.000, conforme al valor determinado por el juzgado, lo que no fue objeto de apelación.

11. En lo que hace relación a la prescripción propuesta por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Al tenor de lo dispuesto, en los Arts. 151 del C. P. del T. y 488 del C. S del T., las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres (3) años. Y el primero establece que el simple reclamo escrito presentado por el trabajador interrumpe la prescripción, por un lapso igual. Y el artículo 94 del CG del P dispuso que la presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción, siempre que el auto admisorio de la demanda se notifique al demandado dentro del término de un año contado a partir del día siguiente de la notificación al demandante de tal providencia.

En tratándose de la declaratoria de un contrato realidad la sentencia tiene efectos declarativos y no constitutivos, es decir, no busca crear el contrato de trabajo, simplemente indicar o declarar que el mismo existió, tal y como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, dentro de las que se puede consultar el radicado 41522 del 14 de agosto de 2012.

Entonces, se tiene que la demandante elevó reclamación ante el FNA el 25 de junio de 2015 (folio 144), lo que indica, que todas

aquellas prestaciones convencionales causadas con anterioridad al 25 de junio de 2012 se encuentran prescritas.

11.1 BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS: Artículo 25 literal I equivalente al 50% o al 35% del valor resultante de la suma de la asignación básica más los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, dependiendo de los niveles establecidos en el decreto de incremento salarial para empleados públicos siempre y cuando el trabajador cumpla un año de labores en la Entidad. La empresa Fondo Nacional del Ahorro seguirá reconociendo y pagando la Bonificación por Servicios Prestados a todos sus trabajadores.

Del 25/06/2012 al 03/04/2013 $= (\$1.260.000 * 35\%) = \226.625

Del 04/04/2013 al 03/04/2014 $= (\$1.260.000 * 35\%) = \441.000

TOTAL: \$667.625

No obstante, como la reconocida en primera instancia fue de \$875.000, se mantendrá la condenada por el a quo.

11.2 PRIMA DE NAVIDAD Artículo 25 literal H, un mes de salario, correspondiente al cargo desempeñado al 30 de

noviembre de cada año. En caso de no haber laborado el periodo completo se reconocerá y pagará proporcionalmente.

Del 25/06/2012 al 31/12/2012 = \$647.500 (15.4 días)

Del 01/01/2013 al 31/12/2013 = \$1.260.000 (1 mes)

Del 01/01/2014 al 31/12/2014 = \$1.260.000 (1 mes)

TOTAL: \$3.167.500

11.3 ESTIMULO DE RECREACIÓN Artículo 25 literal G. Diez días de salario a la fecha en que se liquiden y paguen las vacaciones.

Del 04/04/2011 al 31/12/2011 = \$311.220

Del 01/01/2012 al 31/12/2012 = \$420.000

Del 01/01/2013 al 31/12/2013 = \$420.000

Del 01/01/2014 al 31/12/2014 = \$420.000

TOTAL: \$1.571.220

11.4 PRIMA DE VACACIONES Artículo 25 literal F. Quince días de salario que se pagan dentro de los 5 días hábiles anteriores a la fecha señalada para el inicio de las vacaciones.

Del 04/04/2011 al 31/12/2011 = \$529.200

Del 01/01/2012 al 31/12/2012 = \$630.000

Del 01/01/2013 al 31/12/2013 = \$630.000

Del 01/01/2014 al 31/12/2014 = \$630.000

TOTAL: \$2.419.200

11.5 PRIMA EXTRAORDINARIA Artículo 25 literal E. En el mes de diciembre, consistente en 15 días de salario por el periodo laborado del 1 de julio al 30 de diciembre de cada año equivalente a 6 doceavas del salario.

Del 01/07/2012 al 31/12/2012 = \$630.000

Del 01/07/2013 al 31/12/2013 = \$630.000

Del 01/07/2014 al 31/12/2014 = \$630.000

TOTAL: \$1.890.000

11.6 PRIMA TECNICA Artículo 25 literal C. No es posible entrar a liquidarla, como quiera que tal como lo concluyó el a quo, no es posible determinar si la demandante reúne los requisitos para su causación.

11.7 SUBSIDIO DE ALIMENTACION: Artículo 24. Para los cargos que a 31 de diciembre de 2001 tenían una asignación básica mensual de hasta \$730.702, reconocerá una suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

Se absolverá de este concepto, como quiera que la demandante no reúne las condiciones para su reconocimiento, teniendo en cuenta que el presupuesto necesario, es haber estado vinculado a la entidad para el año 2001.

11.8 BONIFICACION ESPECIAL DE RECREACIÓN: Artículo 25 literal J. Tres días de asignación básica para todos los trabajadores que adquieren el derecho a las vacaciones, que se pagará dentro de los cinco días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de vacaciones.

2011: \$126.000

2012: \$126.000

2013: \$126.000

2014: \$126.000

TOTAL: \$504.000

11.9 PRIMA QUINQUENAL: Artículo 28 CCT.

“EL Fondo Nacional del Ahorro reconocerá a los trabajadores que cumplan quinquenios, en tiempo de descanso o su equivalente en dinero de asignación básica mensual, a opción del trabajador, los siguientes días:

- a) Quienes cumplan los primeros cinco (5) años al servicio continuo en el FNA, seis (6) días.
- b) Quienes cumplan los diez (10) años al servicio continuo en el FNA, ocho (8) días.
- c) Quienes cumplan quince (15) años al servicio continuo en el FNA, diez (10) días.
- d) Quienes cumplan veinte (20) años al servicio continuo en el FNA, doce (12) días.
- e) Quienes cumplan veinticinco (25) años al servicio continuo en el FNA, doce (12) días.
- f) Quienes cumplan treinta (30) años al servicio continuo en el FNA o más quinquenios, trece (13) días.

Este beneficio debe ser solicitado dentro de la vigencia fiscal en que el quinquenio se cumple y el trabajador tendrá como plazo máximo para su disfrute

los primeros seis meses del año siguiente a su cumplimiento. De no realizarse en el plazo aquí estipulado, el derecho se perderá.

Es requisito para ser merecedor de esta prestación convencional, que la trabajadora oficial vinculada al FNA haya prestado sus servicios un tiempo mínimo de 5 años, lo cual en el presente asunto no se cumple, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo declarado entre la señora ELVIRA POLO BON y el FNA es del 5 de abril de 2011 al 4 de mayo de 2015, es decir, tuvo una duración de 4 años y 1 mes. En consecuencia, no tiene derecho a este emolumento.

11.10 PRIMA DE SERVICIOS: Artículo 25 literal D. Se pagará a todos los trabajadores en la primera quincena de junio de cada año una correspondiente a 15 días de salario, por el periodo laborado del primero (1°) de enero al treinta (30) de junio de cada año, equivalente a seis doceavas partes del salario. En caso de no haber laborado el periodo completo se reconocerá y pagará proporcionalmente.

01/01 al 30/06 = 6 meses = 180 días (prima de 15 días)

1 mes laborado = (prima de 2.5 días)

1 día laborado = (prima de 0.0833 días)

Del 25/06/2012 al 30/06/2012 = 6 meses laborados = **15 días** de prima

Del 01/01/2013 al 30/06/2013= 6 meses laborados = **15 días** de prima

Del 01/01/2014 al 30/06/2014= 6 meses laborados = **15 días** de prima

Del 01/01/2015 al 04/05/2015=4 meses y 4 días laborados = $(4 * 2.5) + (4 * 0.0833) =$
10.3 días de prima

45 días = \$1.890.000

10.3 días = \$600.833.33

TOTAL: \$2.490.833.33

12. En lo que hace relación a la indemnización moratoria. Tal como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la indemnización moratoria no es de aplicación automática, el juez en cada caso debe considerar las razones que le asistan al empleador para no pagar a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones debidas al trabajador, y si encuentra razones que justifiquen el no pago, se le puede exonerar de dicha indemnización.

La citada Corporación en la sentencia SL 11436 – 2016, expuso:

“La indemnización moratoria –consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el caso de los trabajadores particulares; y en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, para el de los trabajadores oficiales-...

“En ese sentido, esta Sala de la Corte, al acoger el criterio jurisprudencial expuesto desde el Tribunal Supremo del Trabajo, que ha devenido sólido, por sus notas de pacífico, reiterado y uniforme, ha precisado que la sanción moratoria no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cubra al trabajador los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (estas últimas, sólo en la hipótesis de los trabajadores oficiales) que le adeuda.

“Es decir, la sola deuda de tales conceptos no abre paso a la imposición judicial de la carga moratoria. Es deber ineludible del juez estudiar el material

probatorio de autos, en el horizonte de establecer si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos.

En el caso a estudio la controversia giró en torno a la existencia de un verdadero contrato de trabajo con el FNA, por cuanto la vinculación se dio en virtud de diversos contratos con empresas de servicios temporales; distinto es que el desarrollo de la misma permite concluir un contrato de trabajo. Circunstancia que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considera como eximente de la aplicación de la indemnización moratoria. Por consiguiente, se revocará lo decidido por este concepto en primera instancia y en su lugar se absolverá a la demandada de esta pretensión.

13. Finalmente, se tiene que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. reprocha la condena que se hiciera en su contra, pues aduce que la contratación que tuvo con la demandante no sobrepasa los límites temporales fijados en la ley, no siendo dable equiparar su actuar con el de la EST TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. Que, en caso de mantenerse la orden de primer grado, la misma sea graduada de conformidad con el tiempo de vinculación de la demandante a esa empresa.

De las pruebas allegadas al plenario, se colige que el verdadero empleador de la demandante lo fue el FNA, como quiera que desbordó los límites de contratación establecidos en la Ley 50 de 1990, lo que, en sentido estricto, convierte a las EST como simples intermediarios solidarios de las condenas a cargo del empleador. No obstante, en este particular caso, se constata pese a lo anterior, que la última vinculación de la demandante a favor del FNA se produjo por intermedio de la EST OPTIMIZAR S.A., desde el 1 de diciembre de 2014 al 4 de mayo de 2015, 5 meses y 4 días, periodo que, en lo que respecta a la EST no sobrepasa los 6 meses prorrogables por 6 meses más.

En ese orden, si bien los servicios prestados por la demandante en ese intervalo fueron valorados a efectos de declarar que el verdadero empleador de la señora ELVIRA POLO BON era con el FNA, lo cierto es que la consecuencia de dicha declaratoria no puede afectar en iguales términos a las dos empresas de servicios temporales, por cuanto TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. era consciente de que la vinculación de la demandante al FNA se producía siempre para el mismo cargo y de forma continua; mientras que, con OPTIMIZAR SA apenas iniciaba y no sobrepasó el término legal, es decir, que actuó lícitamente, por

lo que, no podría ser condenada a responder solidariamente por las obligaciones a cargo del empleador. Por consiguiente, se revocará las condenas que frente a esta EST se emitieron.

En virtud de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

1. MODIFICAR para REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de fecha 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, el cual quedará así:

CUARTO: CONDENAR al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A. a reconocer y pagar a ELVIRA ESTHER POLO BON los siguientes conceptos y sumas:

Prima extraordinaria: \$1.890.000

Primas de vacaciones: \$2.419.200

Estimulo de recreación: \$1.571.220

Prima de navidad: \$3.167.500

Bonificación por servicios prestados: \$875.000 Bonificación especial de recreación: \$504.000
Cesantías: \$1.157.451.

2. REVOCAR el numeral quinto de sentencia de fecha 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, para en su lugar:

ABSOLVER al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de la indemnización moratoria establecida en el decreto 797 del 28 de marzo de 1949, conforme las razones expuestas.

3. MODIFICAR para REVOCAR el numeral sexto de la sentencia de fecha 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, el cual quedará así:

SEXTO: CONDENAR en costas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A. Se fijan las agencias en derecho de primera instancia en la suma de \$3.000.000 a cada una.

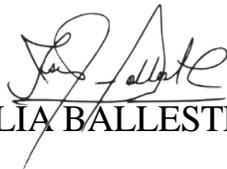
4. CONFIRMAR en lo demás.

5. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE



LUZ DARY RIVERA GOYENECHÉ



ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO

CON AUSENCIA JUSTIFICADA

ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO