

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE NEIVA**



**SALA CIVIL FAMILIA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO**

**ACTA NÚMERO: 52 DE 2021**

Neiva, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIEGO JOSÉ POLANCO PÉREZ  
CONTRA EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO – CARLOS LLERAS  
RESTREPO. RAD No. 41001-31-05-003-2018-00476-01.**

La Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede, en forma escrita, a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**TEMA DE DECISIÓN**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por las partes, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva el 16 de septiembre de 2019, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

Solicita el demandante, previa declaración de la existencia de una relación laboral, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, que lo ató con la Entidad demandada en el interregno comprendido entre el 8 de octubre de 2012 al 24 de septiembre de 2015, se condene al Fondo Nacional del Ahorro, a reliquidar las prestaciones sociales a que tiene derecho conforme al salario que debió ganar de acuerdo al cargo que existe en la planta global de la encartada, esto es, sobre la

suma de \$2´443.157, así mismo, a realizar los aportes a la seguridad social integral, con base al salario antes referido, al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones y salarios no cancelados en vigencia de la relación laboral, y las sanciones de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en consonancia con el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y aquella prevista por ante la no consignación oportuna de las cesantías.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, expuso los siguientes hechos:

Sostuvo que desde el 28 de diciembre de 2012, el Fondo Nacional del Ahorro suscribió una serie de contratos estatales con las sociedades Temporales Uno A Bogotá S.A.S., y Optimizar Servicios Temporales S.A.S., a efectos de ejecutar el suministro de personal a favor de la Entidad Estatal que permitiera cubrir las necesidades de crecimiento y expansión de la contratante.

Afirmó, que suscribió varios contratos de trabajo por obra o labor determinada con la sociedad Temporales Uno A Bogotá S.A.S., como personal en misión para el Fondo Nacional del Ahorro, los que se ejecutaron entre el 8 de octubre de 2012 al 30 de enero de 2013, del 1º de febrero de 2013 al 27 de enero de 2014 y del 28 de enero de 2014 al 30 de noviembre de esa anualidad.

Indicó que se vinculó con la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A.S., a efectos de prestar los servicios personales ante la demandada desde el 8 de octubre de 2014 al 24 de septiembre de 2015, interregno en el que ocupó el cargo de Comercial III, bajo la continua subordinación del Fondo Nacional del Ahorro.

Refirió que cumplió un horario el cual iniciaba a las 7:00 am y culminaba a las 5:00 pm, de lunes a viernes, labor que ejecutó en la ciudad de Neiva.

Adujo que el 2 de marzo de 2017, elevó solicitud de reconocimiento de derechos laborales ante las sociedades Temporales Uno A Bogotá S.A.S., y Optimizar Servicios Temporales S.A.S., y el 6 de diciembre de esa anualidad realizó lo propio ante el Fondo Nacional del Ahorro, petición que fue negada por la encartada el 31 de enero de 2018.

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva (fl. 223) y corrido el traslado de rigor, el Fondo Nacional del Ahorro no contestó la demanda, aspecto este del que da cuenta la providencia adiada 14 de diciembre de 2018 y que reposa a folio 248 del informativo.

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia calendada el 16 de septiembre de 2019, declaró que entre el demandante, en calidad de trabajador oficial, y la demandada en condición de empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó entre el 8 de octubre de 2012 al 29 de mayo de 2015, condenó a la encartada al reconocimiento y pago de las siguientes sumas y por los siguientes conceptos, a saber: i) \$630.000 por concepto de cesantías, ii) \$75.600, por concepto de intereses a las cesantías, iii) \$315.000 por concepto de vacaciones, iv) \$42.000 diarios a partir del 2 de octubre de 2015 y hasta cuando se verifique el pago de las condenas impuestas en la sentencia, v) \$42.000 a partir del 15 de febrero de 2015 y hasta el 29 de mayo de esa anualidad por concepto de sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y condenó en costas a la enjuiciada. (Cd. fl. 280).

Consideró el *a quo* que en el presente asunto, del material probatorio allegado al proceso, se logra establecer que la demandante no ostentó la calidad de trabajador oficial, ello por cuanto la parte actora ejecutó las labores propias del auxiliar de enfermería, cargo que dista de aquellos de sostenimiento y cuidado de obras públicas, del mismo modo sostuvo que la Ley 10 de 1990, previó quienes ostentan la calidad de empleado público y trabajador oficial, no encontrándose el de auxiliar de enfermería como de aquellos que ejecuten los trabajadores oficiales.

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes interpusieron los respectivos recursos de apelación, los que fueron concedidos en el efecto suspensivo.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO PARTE DEMANDANTE**

Reclama la apoderada del actor, la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, considera que en lo referente a los extremos temporales de la relación

contractual, se tiene que de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el Fondo Nacional del Ahorro y la temporal Optimizar S.A.S., se logra establecer que la relación contractual se extendió incluso a junio de 2015, fecha posterior a la declarada por la operadora judicial de primer grado, y como quiera que las fechas de contratación con la empresa temporal no se pusieron en duda, es que surge patente tener como data de finalización la declarada en el interrogatorio de parte, de otro lado, en lo referente al despido injusto, del interrogatorio de parte se puede extraer que al extrabajador lo llamaron para informarle de la terminación de la relación laboral, sin que exista prueba de la justa causa, por lo que se constituye una negación indefinida y traslada la carga de la prueba al empleador, seguido a ello, censuró la no condena a la reliquidación de prestaciones sociales, y para ello afirma que al juez le corresponde dar aplicación a la norma que regula la materia, para de este modo consultar lo que para tal efecto estableció la Entidad en la página web de la misma, y así establecer la existencia del cargo en la planta global de la encartada y abrir paso a la reliquidación pretendida. Por último, en lo referente a la no condena por concepto de prima, señaló que desde el escrito inaugural se dispuso de manera genérica la denominación prima, pero ello se entiende que es aquella de vacaciones a la que tienen derecho los trabajadores oficiales.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO PARTE DEMANDADA**

El apoderado a la demandada solicitó la revocatoria de la providencia apelada, al considerar, en esencia, que el despacho al momento de declarar la existencia del contrato de trabajo pasó por alto los requisitos de la existencia del cargo y la disponibilidad presupuestal, pues de la declaración de parte concluyó, que por el simple hecho que el demandante recibió una capacitación del Fondo Nacional del Ahorro se configuró la relación de trabajo, suma a ello, que en el interrogatorio de parte no se puede tomar lo que le favorece a la parte, sino la confesión de los hechos que le generan un beneficio contrario, es decir, todos aquellos aspectos que le desfavorecen. Que el hecho que exista un logo en las planillas de horario, no dan cuenta de la relación que se declaró, pues en manera alguna se conoce el emisor de dichas planillas. Por último, censuró la declaratoria de la existencia de mala fe y consecuente condena por concepto de sanción moratoria, al afirmar que la entidad siempre obró conforme a la ley.

## **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Toda vez que la decisión fue adversa a una entidad respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S se dispone asumir el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de aquellos aspectos que no fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDANTE**

En la oportunidad procesal concedida para alegar de conclusión, la parte demandante solicitó la revocatoria parcial de la providencia apelada, al considerar, en esencia, que al momento de proferirse el fallo de primera instancia no se tuvo en cuenta los verdaderos extremos temporales en los que se desarrolló la relación laboral, dado que al expediente se incorporó sendos contratos de prestación de servicios suscritos por el Fondo Nacional del Ahorro con diversas Empresas de Servicios Temporales que dan cuenta de la existencia de la prestación personal del servicio por parte del actor, suma a ello, que como quiera que el demandado fondo no contestó la demanda, debe tenerse como indició grave la pasividad del extremo pasivo; del mismo modo aduce, que en el presente asunto la demandada no demostró la causal de terminación del contrato de trabajo, por lo que el despido se torna injustificado y abre paso a la condena por dicho concepto. Por último, sostiene el cargo de Comercial III es equiparable al de Auxiliar Administrativo 01, por lo que se hace necesario la reliquidación de prestaciones sociales.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDADA**

Al descorrer el traslado para alegar de conclusión la demandada petitionó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar que entre las partes aquí intervinientes no se suscribió un contrato de trabajo, y tampoco se configuró los elementos esenciales del mismo, lo que sí se presentó fue, que por disposición de los artículos 77 y s.s., de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, entre eel Fondo Nacional del Ahorro y las Temporales Uno A Bogotá S.A, Optimizar Servicios Temporales S.A., y S&A Servicios y Asesorías SAS se suscribieron contratos de

prestación de servicios para el suministro de personal temporal, por lo que el único y verdadero empleador de la demandante lo fue las empresas temporales ya antes referidas.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia planteada para lo cual,

### **SE CONSIDERA**

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el objeto de estudio se centrará en determinar, si el Fondo Nacional del Ahorro fungió como verdadero empleador del demandante, y de resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo el cual se ejecutó desde el 8 de octubre de 2012 hasta el 29 de mayo de 2015.

Del mismo modo, y de constatarse la existencia del vínculo laboral, determinar si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales, el reconocimiento y pago de las mismas y la procedencia de la condena por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 1º de la Ley 797 de 1949 y 99 de la Ley 50 de 1990.

### **DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Solicita el demandante la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo que lo ató con la encartada, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, al considerar que siempre prestó los servicios personales a favor de la encartada, pese a que fuera contratado por sociedades disimiles.

De esta manera, imperioso resulta remitirse al contenido del artículo 53 de la Constitución Política, el cual consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prerrogativa de nutrido desarrollo jurisprudencial, que básicamente se funda en el reconocimiento de la posición desfavorable del trabajador, por la que ante la discordancia entre lo acordado entre las partes,

(materializado en acuerdos o documentos) y lo que en verdad sucede en la práctica, prima esto último, siempre y cuando le sea más favorable al trabajador.

En ese contexto, interesa a la Sala señalar que de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2127 de 1945, la existencia de un vínculo laboral se verifica con la determinación de tres requisitos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia y, iii) el salario como contraprestación del servicio.

Entretanto el artículo 20 *ibídem*, consagra una presunción legal, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo y la consecuencia de su aplicación, es la inversión de la carga de la prueba, es decir, que una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio, dentro de unos determinados extremos temporales, incumbe al demandado desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada, siendo este el criterio jurisprudencial imperante.

Al respecto, la Corporación trae a colación lo enseñado por el órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL981 de 2019, en la que en un caso de similares contornos al aquí analizado adoctrino:

*"Igualmente, es importante recalcar que, de forma similar al sector privado, en el sector oficial toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo (art. 20 D. 2127/1945), regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta con acreditar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido mediante la prueba de que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma".*

Con todo, en virtud del principio de la carga de la prueba establecido en el artículo 167 del CGP aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S corresponde al demandante acreditar además de la prestación personal del servicio, los extremos de la relación laboral, el cargo desempeñado, el salario, las partes y la causal que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo.

Efectuadas las anteriores precisiones, y con el ánimo de desatar la problemática planteada en esta segunda instancia, oportuno resulta para esta Corporación efectuar un análisis pormenorizado de las pruebas que fueron incorporadas por las partes, y para tal efecto, se tiene que a folios 14 a 55 del informativo reposan contratos de prestación de servicios suscritos entre las Temporales Uno A Bogotá S.A., Optimizar Servicios Temporales S.A., y el Fondo Nacional del Ahorro, que de forma general dan cuenta que las sociedades de derecho privado se comprometen con la Entidad estatal a soportar el desarrollo de los diferentes procesos realizados al interior del Fondo Nacional del Ahorro a través de la provisión de trabajadores en misión de acuerdo con las necesidades y requerimientos del contratante.

Se incorporó certificación laboral emitida por la Temporal Uno A Bogotá S.A., de la que se desprende que

“... el señor (a) **POLANCO PEREZ DIEGO JOSE**... labor[ó] con contrato a t[ér]mino de labor u obra para la empresa usuaria **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** en los siguientes años y cargos:

<i>Fecha de inicio</i>	<i>Fecha de finalización</i>	<i>Fecha de finalización</i>	<i>Salario</i>
<i>8/10/2012</i>	<i>30/01/2013</i>	<i>Commercial III</i>	<i>\$ 1.200.000</i>
<i>1/02/2013</i>	<i>27/01/2014</i>	<i>Auxiliar de Apoyo</i>	<i>\$ 1.200.000</i>
<i>28/01/2014</i>	<i>30/11/2014</i>	<i>Commercial III</i>	<i>\$ 1.260.000</i>

”

Al mismo tiempo, se allegó contratos de obra o labor contratada suscritos entre el demandante y la temporal Uno A Bogotá S.A., así como desprendibles de pago (fl. 58 a 109) de los que se desprende que la sociedad de derecho privado contrató al demandante a efectos de prestar los servicios mediante la modalidad de contrato de trabajo por obra o labor determinada bajo las previsiones de los artículos 72 y ss de la Ley 50 de 1990, del mismo modo se allegó planillas de control de ingreso, que cuentan con el logo “*fná*”, tal como se advierte de la documental vista a folios 121 a 175 del informativo.

También, se practicó el interrogatorio de parte del demandante, quien al cuestionársele respecto a la vinculación que sostuvo con el Fondo Nacional del Ahorro confesó haber sido vinculado a través de la Temporal Uno A Bogotá S.A., empero que a efectos de la vinculación fue capacitado por el Fondo Nacional del Ahorro en la ciudad de Bogotá, sumó a ello, que inició labores como trabajador en

misión ante la encartada el 8 de octubre de 2012 y finalizó el 26 de septiembre de 2015, oportunidad en la que fue comunicado vía telefónica por un funcionario de la Entidad Estatal de la determinación de dar por terminada la relación laboral.

Como funciones ejecutadas señaló que se desempeñó en atención al cliente, en los procesos de atención de solicitudes, retiros de cesantías y afiliaciones a las mismas.

De lo hasta aquí expuesto no cabe duda para la Sala la existencia de la contratación por parte del Fondo Nacional del Ahorro de empresas de servicios temporales a efectos del envío de trabajadores en misión, tal como lo realizó con las ya antes referidas Temporales Una A Bogotá S.A., y Optimizar S.A., por lo que surge necesario el estudio de la institución legal a efectos de establecer si en efecto se dieron los presupuestos de la Ley 50 de 1990, o si por el contrario, en el plano de la realidad, se configuró la existencia del contrato de trabajo del demandante para con la encartada.

Con tal propósito se tiene, que en lo que refiere a las empresas de servicios temporales, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, las define como aquellas sociedades que contratan servicios con terceros que son beneficiarios de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por parte de aquella. Así mismo, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 dispone que:

*“Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*

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

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

Bajo ese entendido, cuando la contratación no se encuentra soportada en ninguna de las causales contenidas en la norma en comento, ello es, para la producción o reemplazo de trabajadores, y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá que el contrato de trabajo celebrado se predicó para con la empresa usuaria o beneficiaria de la obra, acorde a la presunción del contrato realidad (artículo 53 C.N y 20 del Decreto 2127 de 1945) o presunción de la modalidad contractual para el trabajador oficial, así lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de enero de 2010, con radicación 32856, oportunidad en la que la corporación enseñó:

*"... que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.*

*Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales".*

Dicho lo precedente, al descender al caso puesto en conocimiento de esta Corporación, se tiene que de los diversos contratos celebrados entre el Fondo Nacional del Ahorro y las Temporales Uno A Bogotá S.A., y Optimizar S.A., se desprende que, para el momento de la suscripción de los acuerdos contractuales, la Entidad encartada se encontraba en ejecución de una política de promoción, impulsando así la inversión en el sector inmobiliario y educativo, situación que le llevó a un crecimiento de las operaciones y el requerimiento de recursos humanos; razones estas, que lo llevaron a ejecutar la contratación por intermedio de las referidas empresas temporales, tal como se avizora a folio 19 a 27 del informativo, numerales 1 a 4.

En virtud de ello, el Fondo Nacional del Ahorro suscribió los contratos estatales 431 de 2012, (fl. 14 a 18), 008 y 475 de 2013 (fl. 19 a 35), 145 y 275 de 2014 (fl. 36 a 50), otrosí al contrato 275 de 2014 (fl. 51), 147 de 2015 (fl. 52 a 55) con las Empresas de Servicios Temporales Uno A Bogotá S.A., y Optimizar S.A., los cuales tenían por objeto el suministro de trabajadores en misión.

Así mismo, se encuentra que el demandante inició la prestación de servicios por medio de la Empresa de Servicios Temporales Uno A Bogotá S.A., desde el 8 de octubre de 2012 al 30 de noviembre de 2014, mediante contratos por obra o labor contratada, como trabajador en misión para el Fondo Nacional del Ahorro en los cargos de Comercial III y Auxiliar de Apoyo, tal como se desprende de la documental vista a folio 56, consistente en certificación emitida por la referida temporal, es claro también, que quien sufragaba los salarios del demandante fue siempre la Empresa de Servicios Temporales.

Ahora, en lo referente a la prestación del servicio por intermedio de la temporal Optimizar S.A., a favor del Fondo Nacional del Ahorro, la cual alude el demandante inició el 1º de diciembre de 2014 y finalizó el 24 de septiembre de 2015, es menester precisar que si bien es cierto, no se incorporó prueba alguna que determine con precisión dicha vinculación, no puede desconocer la Sala que como quiera que la enjuiciada no dio contestación a la demanda, se debe presumir como ciertos todos los hechos objeto de confesión, y es por ello, que bastaría con dicha presunción para fijar los extremos temporales de la relación de trabajo para con dicha sociedad, sin embargo, al ser una prueba susceptible de confesión se torna necesario efectuar la siguiente precisión.

Al expediente se incorporó por parte de la demandada una serie de planillas de control de ingreso que si bien en principio no dan cuenta de quién las suscribe o qué entidad es la emisora, no menos cierto es, que al valorarse en conjunto la presunción que trae consigo el artículo 31 del C.P.T., dan cuenta que el demandante prestó los servicios ante el Fondo Nacional del Ahorro al menos hasta el 29 de mayo de 2015, sin que más allá de dicha calenda se pueda advertir que el actor haya ejecutado labor alguna para con la enjuiciada. Y es que en este punto vale la pena indicar, que como toda presunción, aquella derivada de la falta de

contestación de la demanda admite prueba en contrario, por lo que, al contrastarse las documentales que aportó el mismo extremo activo con lo sostenido en el escrito genitor, diáfano resulta concluir que la relación de trabajo culminó el 29 de mayo de 2015, como acertadamente lo expuso la sentenciadora de primer grado.

Con todo, y conforme se acreditó que el demandante prestó los servicios personales en calidad de trabajador en misión para el Fondo Nacional del Ahorro a través de diferentes Empresas Temporales por un periodo de dos años, 7 meses y 20 días, es que se advierte el desconocimiento por parte de la enjuiciada respecto a los plazos máximos permitidos por la legislación colombiana a efectos de vincular personal en misión a través de las empresas temporales, por lo que las referidas sociedades de derecho privado, adquieren la categoría de empleador aparente y un verdadero intermediario en los términos del numeral 2° del artículo 35 del C.S.T., lo cual determina necesariamente que el usuario es ficticio y por ende, deba tenerse como verdadero empleador al Fondo Nacional del Ahorro.

Bajo esa óptica, al encontrarse acreditados los presupuestos del referido artículo 35 del C.S.T., y ante el desconocimiento de las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es que deviene la confirmación de la sentencia apelada en este aspecto.

### **DE LOS EXTREMOS DE LA RELACIÓN LABORAL**

Censura la apoderada del actor la declaratoria de los extremos temporales efectuada por la sentenciadora de primer grado, esto es, que el contrato de trabajo se desarrolló desde el 8 de octubre de 2012 hasta el 29 de mayo de 2015, pues a su sentir, existen pruebas que permiten inferir que el extrabajador laboró hasta el 26 de septiembre de 2015.

Para resolver, basta con reiterar lo expresado en el acápite que antecede, en el entendido que en lo referente a la fecha de iniciación de las labores, la misma se acreditó a partir del 8 de octubre de 2012, data en la que el demandante suscribió el contrato de trabajo ante la Temporal Uno A Bogotá S.A. Entre tanto, en lo

relativo a la fecha de terminación del vínculo laboral, si bien sería lo propio dar aplicación a la presunción que trae consigo el artículo 31 del C.P.T., para así establecer que la relación de trabajo se extendió hasta el 26 de septiembre de 2015, no puede pasarse por alto, que dicha institución procesal admite prueba en contrario, y que en el expediente obran planillas que acreditan la prestación efectiva del servicio por parte del demandante hasta el 29 de mayo de 2015, sin que más allá de ello se advierta situación contraria.

Ahora, la parte demandante alude que no se puede desconocer lo sostenido por el demandante al absolver el interrogatorio de parte, pese a ello, cabe resaltar, que en materia de confesión, sólo puede dársele tal connotación a aquellos hechos que le son desfavorables a quien absuelve tal cuestionamiento, pues procesalmente no está permitido que quien persigue un provecho fabrique su propia prueba. Tampoco es aceptable el señalamiento efectuado por la recurrente, en el sentido de indicar que conforme se acreditó la existencia de los contratos estatales suscritos entre Optimizar S.A., y el Fondo Nacional del Ahorro, dicho aspecto resulta determinante para establecer que la relación se extendió al menos hasta la finalización del vínculo contractual de las sociedades allí intervinientes, pues más allá de lo pactado en el contrato estatal, no se puede inferir intervención alguna por parte del promotor del juicio.

Bajo esa orientación, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la que arribó la sentenciadora de primer grado al establecer como extremos de la relación laboral el 8 de octubre de 2012 al 29 de mayo de 2015, por lo que se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

### **DE LA RELIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES Y APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Persigue el demandante la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, con base al salario devengado por el Auxiliar Administrativo Grado 01, de la Planta Global de trabajadores oficiales del Fondo Nacional del Ahorro, esto es, que se tenga para todos los efectos que el salario a que tiene derecho asciende a la suma de \$2´443.157.

Para efectos de dilucidar la problemática planteada, oportuno resulta indicar que el artículo 143 del C.S.T., modificado por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011 establece que

- “1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
- 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
- 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”.*

De otro lado, La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás ha desarrollado el principio de no discriminación en el trabajo, por lo que exigió un tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores que se encuentren en igualdad de condiciones laborales, por lo que no son admisibles tratos diferenciados cuando se sustenten en motivos irrelevantes o subjetivos. Caso contrario, ocurre cuando las diferencias se presentan por motivos razonables, legítimos o relevantes, es decir, criterios objetivos que pueden ser fundados en la capacidad profesional o técnica, en la antigüedad, la experiencia en la labor, entre otros aspectos, pues en este evento está justificada la diferenciación salarial y no hay lugar a la nivelación, para ello, determinó que es deber de quien persigue la referida nivelación, acreditar que las condiciones en las que ejecutó la labor, el conocimiento y todas las demás variables en que se desarrolló la prestación del servicio, guardan identidad con aquellas de quien pretende igualar el salario.

Sobre la carga de la prueba respecto del trato discriminatorio en materia laboral la corporación de cierre en laboral, en la sentencia SL 15023 de 2016, en la que rememoró la sentencia SL 17442 de 2014, enseñó que:

*“Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia...”*

*Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato”.*

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 16404 de 2014 se sostuvo que:

*“En efecto, lo que debe probar el trabajador que solicita la nivelación salarial es la diferencia de salarios y la identidad de cargo; al empleador le corresponde probar que dicha diferencia obedece a factores objetivos, relacionados con la eficiencia y la jornada, a riesgo de resultar condenada.*

*En este sentido, para que un juez pueda determinar la existencia de un trato discriminatorio desde el punto de vista salarial, diferencia fundamentada en elementos fácticos surgidos de la actuación del empleador, la carga de la prueba no radica en cabeza de quien la alega sino de aquel de quien proviene la actuación, es decir, es el empleador quien debe demostrar frente a un trato desigual o diferente entre trabajadores que desarrollan el mismo trabajo, que el mismo tiene justificación”.*

Del anterior contexto jurisprudencial se extrae, que en materia de nivelación salarial, la carga de la prueba se impone al empleador cuando el trabajador ha cumplido con la propia, esto es, cuando ha demostrado la diferencia de salarios y la identidad de cargo con quienes pretende la nivelación salarial. Supuesto frente al cual es al empleador a quien le corresponde demostrar que las condiciones de eficiencia fueron diferentes y con ello, justificar la diferencia salarial.

Al descender al *sublite*, se tiene que la parte demandante a efectos de cumplir con la carga probatoria que le concierne para acceder a la nivelación pretendida, incorporó copia de la Resolución 70 de 2000, por la cual se adopta la planta de personal global de trabajadores oficiales en el Fondo Nacional del Ahorro, así como del Decreto 2988 de 30 de agosto de 2005, por medio de la cual se suprimen cargos vacantes de la planta de personal del referido Fondo. Así mismo, acopió copia de la escala salarial de empleados públicos y trabajadores oficiales de la que se desprende que para el cargo de Auxiliar Administrativo 01, se fijó la asignación salarial de \$2´160.832 y un auxilio de alimentación en cuantía de \$585.900.

Al analizar la prueba recaudada, encuentra esta Corporación que el actor no cumplió con el deber probatorio que le asiste en los términos del artículo 167 del C.G.P. Lo anterior se afirma, por cuanto si bien se acompañó la demanda con las resoluciones y decretos que conformaron la planta de personal del Fondo Nacional del Ahorro y una escala salarial para el cargo de Auxiliar Administrativo 01, no se probó la identidad de cargos entre aquel que ejecutó y aquel que pretende le sea nivelado, pues no avizora las funciones que ejecuta cada uno de los escalafones, como tampoco el requerimiento tanto técnico como profesional (cualificación del trabajador) que requiere cada uno de los cargos para la ejecución de las labores.

Bajo esa orientación, no es de recibo para la Sala, el argumento expuesto por la recurrente al señalar que las funciones de cada cargo se encuentran contempladas en la pagina de la entidad o las disposiciones legales que gobiernan el giro ordinario de la enjuiciada, pues se itera, es deber de la parte probar la identidad de cargo con quienes pretende la nivelación salarial, supuesto de facto que no acaeció en el *sublite*, pues el demandante se limitó a demostrar la existencia de algunos cargos al interior de la entidad y el salario que devengaban, empero no determinó la similitud de funciones con relación al oficio por aquel ejecutado. En tal virtud, al cumplirse con la carga probatoria que exige la norma, no resulta procedente despachar favorablemente la aspiración del promotor del juicio.

De otro lado, y comoquiera que se cuestionó la asignación salarial que se declaró a efectos de liquidar las prestaciones sociales, pues al sentir de la parte actora, debió considerarse el salario declarado al momento de absolver el interrogatorio de parte, basta con afirmar, que tal como se expuso en precedencia, no puede tenerse como confesión lo depuesto por el declarante en aspectos que le benefician, pues de procederse así, se estaría en contra del propósito con el que el legislador instituyó la figura procesal del interrogatorio de parte y los fines que aquél persigue, aunado a que, la parte no puede crear su propia prueba. Así y conforme la única asignación salarial probada al interior del proceso es aquella certificada a folio 56, será esta la que deberá tenerse en cuenta a efectos de liquidar las prestaciones sociales del promotor del juicio, esto es, 1'260.00, tal

como lo dispuso la juez de primer grado. En estas condiciones se confirmará la sentencia apelada en estos aspectos.

## **DE LAS PRESTACIONES SOCIALES**

### **AUXILIO DE CESANTÍAS**

Por mandato del artículo 249 del C.S. del Trabajo en concordancia con el artículo 99 de la ley 50 de 1990, todo empleador está obligado a cancelar a sus trabajadores por este concepto un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción, la cual debe liquidarse a 31 de diciembre de cada año o a la terminación del contrato, y para tal propósito debe tomarse como base la totalidad de los elementos constitutivos de salario que contempla el artículo 127 *Ibidem*, y consignarse en uno de los fondos creados con tal fin a más tardar el 14 de febrero del año siguiente.

Así las cosas, teniendo en cuenta que se encontró probada la existencia del vínculo contractual, surge patente la imposición de condena por este concepto. En tal virtud, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor al demandante le asiste derecho a que se le reconozca y pague la suma de \$630.000, suma que resulta igual a aquella condenada en primera instancia, por lo que se confirmará la sentencia consultada en este aspecto.

### **INTERESES SOBRE LAS CESANTÍAS**

De conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el trabajador tiene derecho al reconocimiento del interés proporcional sobre las cesantías de cada anualidad. Así las cosas, conforme el cálculo aritmético que se realiza, se tiene que al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la suma de \$75.600, por lo que se confirmará la sentencia consultada en este aspecto.

## **VACACIONES**

El concepto de vacaciones debe liquidarse conforme el artículo 43 del Decreto 1849 de 1969 recopilado en el artículo 2.2.31.4 del Decreto 1083 de 2015, que establece: *«Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios».*

En el caso bajo estudio, en tanto se ha reconocido la existencia de una relación de trabajo desde el 8 de octubre de 2012 al 29 de mayo de 2015, corresponderá sufragar a la demandada por concepto de vacaciones, la suma de \$315.000, lo que lleva a confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

## **DE LA PRIMA DE VACACIONES**

Solicita la parte demandante el reconocimiento y pago de la prima de vacaciones, la que a su sentir, se le reconoce a los trabajadores oficiales. Sin embargo, tal emolumento es exclusivo de los empleados públicos conforme lo dispone el artículo 24 del Decreto 1045 de 1978, por lo que resulta improcedente el reconocimiento en sede de instancia, lo que lleva a la confirmación de la sentencia apelada en este punto.

## **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA**

Frente a esta pretensión, se hace necesario indicar que de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable a los juicios del trabajo de conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, las partes tienen la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En tal sentido, si el demandante alega que fue despedido sin justa causa y por tal motivo pretende el reconocimiento de la indemnización correspondiente deberá demostrar que fue despedido, y si, por el contrario, el empleador refiere que el despido fue por justa causa, deberá comprobar la ocurrencia de los hechos que configuran la justeza del despido.

En el asunto, no existe prueba alguna que demuestre la ocurrencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, lo que

conlleva a que la indemnización por despido sin justa causa que pretende el actor se torne improcedente.

Lo anterior sin perjuicio de lo declarado por el demandante al absolver el interrogatorio de parte, pues si bien aquél afirmó haber recibido una llamada en la que se le puso en conocimiento la cesación del vínculo laboral, más allá del dicho no incorporó probanza alguna que determinara la ocurrencia del hecho, y como se ha explicado insistentemente en este proveído, la confesión sólo opera en aspectos que le resultan desfavorable a quien rinde la declaración, admitir lo contrario, sería tanto como permitirle a la parte crear su propia prueba.

### **DE LA SANCIÓN MORATORIA POR NO PAGO OPORTUNO DE PRESTACIONES SOCIALES**

Al respecto, importa precisar que la indemnización moratoria de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, tiene origen en el incumplimiento del empleador respecto de las obligaciones con su trabajador, específicamente, salarios y prestaciones sociales. Tal resarcimiento es de naturaleza eminentemente sancionatoria, y su imposición, está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador.

Lo anterior significa que, para la aplicación de esta sanción, en cada caso es el Juzgador quien debe analizar si la conducta tardía del empleador estuvo desprovista de buena fe, es decir, si tuvo la intención de desconocer abiertamente los derechos de su trabajador.

Tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, la buena fe *"equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud"*.

Al examinar las pruebas incorporadas al informativo, se advierte que no hay justificación alguna que permita establecer que el Fondo Nacional del Ahorro obró con buena fe al omitir el pago de las prestaciones y demás derechos que le asisten al promotor del juicio, pues la sola creencia de encontrarse inmerso en un contrato de prestación estatal de intermediación laboral, no da paso indefectiblemente a considerar la buena fe patronal, por el contrario, demuestra que al conocer las labores desplegadas, la forma de realización y los lineamientos impartidos, por el término de la relación laboral, decidió continuar con aquella forma errada de vinculación, tal como lo enseñó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación 44370 de 2012.

Así entonces, al no haberse acreditado el actuar de buena fe por parte del demandado, único capaz de eximirlo de la sanción moratoria, se abre camino la sanción establecida en la norma que regula la materia; por lo que, bajo tal estructura, se reconocerá la indemnización moratoria en los términos del artículo en mención, es decir, al pago de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectiva la cancelación de las prestaciones sociales adeudadas.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor y bajo el entendido que la entidad cuenta con 90 días hábiles para cancelar las obligaciones laborales, se tiene que la sanción objeto de estudio debe iniciarse a computar a partir del 13 de octubre de 2015 y no como lo dispuso el *a quo* desde el 2 de octubre de esa anualidad, en cuantía de \$42.000. en tal virtud, habrá de modificarse la sentencia consultada en este aspecto.

### **DE LA SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN TARDÍA DE LAS CESANTÍAS**

Las acreencias laborales que debate la pasiva se encuentran estatuidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual han sido estudiada *in extenso* por la corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sanción que al igual que aquella prevista en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949, no es de aplicación

automática y, por ende, debe tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia con radicación 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la Magistrada Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *"El reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe"*.

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en atención a sucesos posteriores. (SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016).

Al descender al caso bajo estudio, comoquiera que en al estudiarse la sanción prevista en el 1° de la Ley 797 de 1949, esta Sala no encontró elementos que distintivos del proceder de buena fe por parte del Fondo Nacional del Ahorro en lo relativo a la vinculación del promotor del juicio, y al no advertirse la consignación ante el fondo, o el reconocimiento del auxilio de la cesantía a la finalización del contrato de trabajo, surge patente la condena por el concepto aquí estudiado en los precisos términos dispuestos por la falladora de primera instancia al no ser este un asunto objeto de censura. En tal virtud, se confirmará la sentencia consultada en este aspecto.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, se impondrá costas a cargo de las recurrentes ante la no prosperidad de la alzada.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO. - MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva el 16 de septiembre de 2019, al interior del proceso ordinario laboral seguido por **DIEGO JOSÉ POLANCO PÉREZ** contra el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO – CARLOS LLERAS RESTREPO**, en el entendido de **CONDENAR** a la demandada a pagar al demandante la suma de \$42.000 diarios a partir del 13 de octubre de 2015 y hasta cuando se demuestre el pago de las acreencias laborales a que tiene derecho el actor. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. – CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada

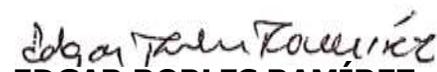
**TERCERO. - COSTAS.** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, se impondrá costas a cargo de las recurrentes ante la no prosperidad de la alzada.

**CUARTO.** - Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**GILMA LETICIA PARADA PULIDO**  
Magistrada

  
**ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ**  
Magistrada

  
**EDGAR ROBLES RAMÍREZ**  
Magistrado

**Firmado Por:**

**Gilma Leticia Parada Pulido**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala Civil Familia Laboral**  
**Tribunal Superior De Neiva - Huila**

**Edgar Robles Ramirez**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala Civil Familia Laboral**  
**Tribunal Superior De Neiva - Huila**

**Enasheilla Polania Gomez**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala Civil Familia Laboral**  
**Tribunal Superior De Neiva - Huila**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:  
**25ad12f7128f029a578efd1bb6e2e1b71090295bd92569831b782e992021**  
**1af2**

Documento generado en 20/08/2021 02:16:10 PM