**CONTRATO DE TRABAJO / PRESUNCIÓN / CON EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES**

Conforme el artículo 24 del CST, se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, por tanto, le basta al actor demostrar la prestación personal del servicio para que se presuma su existencia y, en consecuencia, a quien se le imputa la calidad de empleador debe asumir la carga probatoria para desvirtuarlo. A su turno, es de memorar que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, indica que una empresa de servicios temporales es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

**USUARIOS EST / CASOS EN QUE PUEDEN CONTRATAR / REMUNERACIÓN**

… el artículo 77 ibid., dispone que los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo pueden contratar con éstas en casos puntuales, así: (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 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 seis (6) meses más. (…) conforme al artículo 79 ibid., los trabajadores en misión tienen derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad…

**CONTRATACIÓN DEFRAUDATORIA / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

En la sentencia CSJ SL467-2019 la Corte se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las EST, así: “Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios […] 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.”

**NIVELACIÓN SALARIAL / CUADRO FÁCTICO / REGULACIÓN LEGAL**

En cuanto a la procedencia de la nivelación salarial, huelga indicar que de acuerdo con la documental y la testimonial escuchada, existe claridad que la actora ejerció funciones como cajera auxiliar cuanto estuvo vinculada a través de la EST Sero Servicios Ocasionales y no como supernumeraria como afirma el recurrente. Además, dicho cargo se encuentra dentro de los escalafonados en la planta de personal del Banco… Lo anterior, aunado a que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 50/90, los trabajadores en misión tienen derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa.

Proceso: Ordinario Laboral

Radicado: 66001310500520170038403

Demandante: Daniela Pérez Ocampo

Demandado: Banco Popular S.A., Sero Servicios Ocasionales S.A.S, Acción S.A.

Llamados en garantía: Seguros del Estado S.A. y Aseguradora de Fianza Confianza S.A.

Asunto: Apelación y consulta Sentencia del 21 de abril de 2022

Juzgado: Quinto Laboral del Circuito

Tema: Contrato realidad – Reajuste salarial

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Pereira, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 143 del (10/09/2024)

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral, procede a resolver los recursos de apelación formulados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso **ordinario** promovido por **DANIELA PÉREZ OCAMPO** en contra del **BANCO POPULAR S.A., SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S** y **ACCIÓN S.A.**, cuya radicación corresponde al número **66001310500520170038403**, en el que fueron llamados en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** y **ASEGURADORA DE FIANZA CONFIANZA S.A.**

Seguidamente, se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en la siguiente,

**SENTENCIA No. 151**

**ANTECEDENTES**

**Pretensiones.**

**DANIELA PÉREZ OCAMPO** demandó al **BANCO POPULAR S.A., SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S.** y **ACCIÓN S.A.** con el fin de que se declare a éstas dos últimas como simples intermediarias de la relación laboral que solicita, sea declarada entre ella y el **BANCO POPULAR S.A**., entre el 17 de septiembre de 2012 y el 25 de agosto de 2015, declarando su derecho a obtener igual salario que los trabajadores de planta del Banco Popular. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a reliquidar y pagar las prestaciones sociales, vacaciones, subsidio familiar, auxilio de transporte, lo correspondiente al vestido y calzado de labor, aportes en pensión y aquellos emolumentos contenidos en la convención colectiva de trabajo, intereses moratorios, indexación y las indemnizaciones de los artículos 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

**Recuento fáctico.**

Se relata que la accionante prestó sus servicios a favor del **Banco Popular S.A.** entre el 2011 y 2015, a través de múltiples contratos de obra o labor con empresas de servicios temporales, como trabajadora en misión: Con la **EST Acción S.A.**, del 24-08-2011 al 21-08-2012 y un salario de $935.524 y con **EST SERO Servicios Ocasionales S.A.S**, del 17-09-2012 al 08-09-2013 y un salario de $1.027.810; del 20-09-2013 al 11-01-2015 y un salario de $1.020.545 y del 09-02-2015 al 25-08-2015 con un salario de $1.000.000; que los cargos desempeñados en el Banco Popular S.A. en su orden fue auxiliar varios y cajera auxiliar, desarrollando labores en la primera contratación como: *asesorar clientes, apertura de cuentas de ahorro y corrientes, entregar tarjetas, libretas, hacer el cuadre en físico, labores de secretaria, archivo* y, posteriormente las propias de *atención de caja en el banco, todas propias del giro de negocio de la empresa beneficiaría.*

Asegura que, en el Banco Popular S.A., existen cargos similares a los ejercidos por ella como lo eran las de supernumerarios y cajeras auxiliares, cuyas funciones eran iguales a las desempeñadas por la actora, sin que la remuneración recibida coincidiera con la del personal de planta con iguales funciones. Además, la labor ejecutada fue personal, atendiendo las instrucciones de su jefe inmediato quien era empleado directo del Banco, por lo que existió una única relación contractual este camuflado con los contratos pactados con los intermediarios para burlar el pago de los derechos laborales.

Indica que la convención colectiva suscrita el 11-12-2014 entre el *BANCO POPULAR S.A.* y la *UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOR BANCARIOS "UNEB"*, vigente entre el 01-01-2015 y el 31-12-2017, prohíbe tener empleados en misión para cargos ejercidos como los de la demandante, exceptuando reemplazos originados en incapacidades, urgencias, vacaciones, permisos, situaciones imprevistas, eventos en los cuales la temporalidad no superara el término establecido legalmente para esta clase de contratación.

Considera que la actora se le adeudan las diferencias salariales respecto de lo devengado por un trabajador de planta del Banco Popular S.A. con iguales cargos a los de la actora en los periodos anunciados, considerando que se adeudan emolumentos como el auxilio de transporte, el subsidio familiar, parafiscales, dotación de calzado vestido labor, diferencias salariales, prestaciones sociales, bonificaciones convencionales o en su defecto, cualquiera que se haya pagado a los empleados de planta y advierte que las cesantías no fueron consignadas en el término exigido ni con el monto correspondiente al salario real.

La demanda fue radicada el 24-08-2017 y admitida por auto del 30-10-2017.

**Posición de las demandadas.**

**Banco Popular S.A.** Al contestar negó cualquier relación laboral, atendiendo a que el servicio fue prestado de manera discontinua como trabajadora en misión; niega la existencia de un cargo como Auxiliar varios y que tampoco desarrollo las de cajera auxiliar sino algunas de apoyo o conexas que fueron para reemplazos. A las pretensiones se opuso y como excepciones formuló: *Inexistencia de vínculo contractual de cualquier índole entre la demandante y el banco, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de la causa y de la obligación, prescripción, buena fe, compensación (archivo 16, Cuad. //C01Principal).*

Dicha demandada, llamó en garantía a Seguros del Estado S.A. conforme la póliza No. 21-45-1101062203, suscrita con SERO S.A.S., con vigencia 2011 a 2016 y con Seguros Confianza S.A., conforme la póliza No. 03 CU048228, suscrita con ACCIÓN S.A., con vigencia del 01-04-2011 al 31-03-2015. *(archivo 18 y 21, Cuad. //C01Principal).*

**Acción S.A.S.**, al contestar indicó que la actora estuvo vinculada con dicha EST del 24-08-2011 al 21-08-2012. Se opuso a las pretensiones encausadas en su contra y excepciona: *Cobro de lo no debido, carencia de derecho para reclamar, prescripción, compensación (archivo 08 y 12, Cuad. //C02Ordinario).*

**Sero Servicios Ocasionales S.A.S.**, al contestar aclaró que la actora estuvo vinculada con dicha EST en tres oportunidades: Del 17-09-2012 al 08-09-2013 como Cajera Auxiliar; del 20-09-2013 al 11-01-2015 y del 09-02-2015 al 25-08-2015. Se opuso a las pretensiones encausadas en su contra y excepciona: *Prescripción, pago, compensación, inexistencia de la obligación, genéricas* *(archivo 22, Cuad. //C01Principal).*

**Posición de las llamadas en garantía por el Banco Popular.**

**La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A.** Se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento. Excepciona: Ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado como verdadero empleador, Ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas por fuera de la vigencia del contrato garantizado (6007), ausencia de cobertura de prestaciones consagradas en convenciones o pactos colectivos, ausencia de cobertura de la indemnización moratoria (art. 65 CST), inexigibilidad del contrato de seguro 03 CUO48228 respecto de empleados diferentes a quien funge como tomador/garantizado en la póliza, genéricas *(archivo 21, Cuad. //C02Ordinario).*

.

**Seguros del Estado S.A.** Se opuso a las pretensiones de la demandada y del llamamiento. Excepciona: Cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 2145101062203; inexistencia de la obligación a cargo de Seguros Del Estado S.A. si se declara relación laboral directa entre la señora Daniela Pérez Ocampo y Sero Servicios Ocasionales S.A.S, imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento particular por las conductas contempladas en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo y el artículo 99 de la ley 50 de 1990. por cuanto no gozan de cobertura, inexistencia de responsabilidad de seguros del estado por las actuaciones de acción s.a. por ser esta ajena a la póliza de seguro 21-45-101062203, límite de responsabilidad, cobro de lo no debido, genéricas. (archivo 28, Cuad. //C02Ordinario).

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante decisión del 20 de abril de 2022, el Juez Quinto Laboral Del Circuito de Pereira dispuso:

**PRIMERO**: DECLARAR que entre DANIELA PÉREZ OCAMPO y el BANCO POPULAR S.A., existieron dos contratos de trabajo, uno, entre el 24 de agosto de 2011 y el 21 de agosto de 2012, y el otro, entre el 17 de septiembre de 2012 al 25 de agosto de 2015. **SEGUNDO**: DECLARAR que las empresas de servicios temporales ACCIÓN S.A. y SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S., actuaron como simples intermediarias de la relación laboral. **TERCERO**: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por el Banco Popular S.A. y, las EST Acción S.A. y Sero S.A.S., respecto de las acreencias laborales causadas con antelación al 24 de agosto de 2014, salvo los aportes pensionales con base en el IBC que realmente debió devengar en ambos contratos. Así mismo, declarar probadas las excepciones de fondo denominadas “Cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 21-45101062202”, propuesta por Seguros del Estado y, “Ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado como verdadero empleador” e “Inexigibilidad del contrato de seguro respecto de empleadores diferentes a quien funge como tomador/garantizado en la póliza” propuestas por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. **CUARTO**: CONDENAR al BANCO POPULAR S.A. y solidariamente a la EST SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S., a reconocer y pagar a favor de DANIELA PÉREZ OCAMPO, las siguientes acreencias laborales por concepto de diferencias entre lo pagado y lo que se debía pagar, derivadas del segundo contrato de trabajo: **Reajuste salarial**: $7’841.713; **Auxilio de transporte** año 2015: $123.704. **Cesantías**: $1’713.976; **Intereses a las cesantías**: $53.613. **Prima de servicios**: $808.603. **Vacaciones**: $264.611. **QUINTO**: CONDENAR al BANCO POPULAR y solidariamente a la EST SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S., a reconocer y pagar en favor de DANIELA PÉREZ OCAMPO, a título de indemnización moratoria, un día de salario desde el 26 de agosto de 2015 al 25 de agosto de 2017, en la suma de $43’200.864 correspondientes a 720 días de salario. Y a partir del 26 de agosto de 2017 y hasta el momento en que se verifique el pago total de los salarios y prestaciones sociales debidas, los intereses de mora a la máxima tasa vigente al momento en que se realice el mismo. **SEXTO**: CONDENAR al BANCO POPULAR a reajustar el valor de los aportes al sistema pensional, previo el cálculo actuarial que para el efecto realice la administradora de pensiones Porvenir S.A., tomando en consideración los siguientes salarios: Año Salario 2011 $1.508.384; 2012 $1.613.971; 2013 $1.653.352; 2014 $1.685.427; 2015 $1.800.036. **SÉPTIMO**: CONDENAR solidariamente a las EST ACCIÓN S.A. y SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S, a que concurran al pago del reajuste pensional por el tiempo en que fungieron como intermediarias de la relación laboral declarada en el ordinal primero. **OCTAVO**: NEGAR la indexación de las condenas reconocidas solicitada en forma subsidiaria. **NOVENO**: CONDENAR en costas procesales en un 80 % al Banco Popular y en un 20 % a las EST Acción S.A. y Sero Servicios Ocasionales S.A.S., en favor de la actora.

Para arribar a tal decisión, el *A quo* tuvo en cuenta los elementos del contrato de trabajo [artículo 23 del CST], así como la presunción del artículo 24 ibid. De igual forma, trajo a colación el contenido del artículo 34 y 35 ibid, resaltando que la contratación a través de E.S.T. si bien era permitida para enviar trabajadores en misión a empresas por un periodo máximo de seis meses, prorrogables por otros seis, también lo era que estaba legalmente limitada a casos específicos, por lo que el uso indebido de la intermediación generaba a que la empresa beneficiaria fuera considerada verdadera empleadora, haciendo a la EST simple intermediaria y responsable solidaria de la verdadera empleadora.

Para determinar si Acción S.A. y Sero Servicios Ocasionales S.A. fueron las verdaderas empleadoras o si, por el contrario, lo fue el Banco Popular S.A., estableció de las pruebas:

En síntesis, que el 1 de abril de 2011, el Banco Popular firmó contratos de prestación de servicios con ambas empresas para el suministro de personal en misión para labores temporales[páginas 169 y 182, archivo 01]. Dichos contratos fueron prorrogados y extendidos hasta 30 de septiembre de 2015. Confirmó que dichas empresas, constituidas como Empresas de Servicios Temporales (EST), tenían como objeto social la prestación de servicios temporales, actuando como empleadores respecto al personal contratado.

Denota que la actora fue vinculada por Acción S.A. para desempeñar en el Banco Popular el cargo “auxiliar varios” desde el **24 de agosto de 2011** y hasta el **21 de agosto de 2012** [página 28]. Luego, el **17 de septiembre de 2012** fue vinculada por Sero Servicios Ocasionales S.A. como “cajera auxiliar”, labor que ejecutó del **17 de septiembre de 2012** al **8 de septiembre de 2013**, del **20 de septiembre de 2013** al **11 de enero de 2015** y del **9 de febrero al 25 de agosto de 2015** [páginas 29 a 39, archivo 01]. En ambos casos, los contratos con la demandante fueron de duración determinada donde se estipuló que la trabajadora debía cumplir con las funciones requeridas por el Banco Popular como trabajadora en misión. Finalmente, aclara que el objeto social del Banco Popular S.A., se limita a las actividades propias de un banco comercial, como captar recursos, otorgar créditos e invertir en acciones o bonos según el portafolio, entre otras.

Al analizar las funciones que la demandante cumplió en el Banco Popular S.A., refirió que las declaraciones de *Natalia María Alzate Torres* y *Adriana Arango* habían sido creíbles y convincentes, deponencias que, junto con la documentación aportada, llevaron a establecer que la demandante trabajó en las instalaciones del banco realizando tareas esenciales y permanentes que no podían ser consideradas temporales. Que funciones como la apertura de cuentas, entrega de tarjetas, manejo de caja, y otras relacionadas con la plataforma de servicios del banco, eran necesarias y continuas para el funcionamiento del banco, corroborando la presencia de personal de planta que realizaba iguales funciones. Denota que, aunque la representante legal del banco había afirmado que la actora realizaba funciones secretariales y brindaba apoyo durante picos operativos, tal cosa no había sido acreditada. Aunado a que la testigo Adriana Arango había aclarado que, durante los picos operativos, el banco asignaba un cajero adicional de planta, no a la demandante, lo que reforzaba que su trabajo era de tiempo completo y de carácter permanente, tanto en Pereira como en Dosquebradas. Refirió que la representante legal del banco había aceptado que las funciones antes citadas fueron redistribuidas entre los distintos cargos del personal de planta, incluyendo las tareas de cajera auxiliar, aspecto que a su juicio confirmaba la naturaleza permanente de la labor de la accionante.

De otro lado, arguye que los contratos de prestación de servicios suscritos entre el banco con las Empresas de Servicios Temporales (EST) y los contratos por obra o labor determinada que estas firmaron con la actora no demostraron la necesidad específica y concreta de tercerizar las funciones, según lo exigen las normas aplicables. En consecuencia, la presencia de la demandante en las instalaciones del banco no se justifica bajo ninguna de las hipótesis establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Además, el banco no logró demostrar que las labores realizadas fueran ocasionales, accidentales, transitorias, ni que la demandante hubiera sido contratada para reemplazar a personal en vacaciones, licencias o incapacidades, ni que su trabajo estuviera desvinculado de la actividad productiva del banco. Al contrario, encontró demostrado que la trabajadora ocupaba un cargo cuya demanda era permanente e incluso en los picos de producción o donde había mayor flujo de clientes, se recurría a un supernumerario de planta del banco. Advierte, que la vinculación a través de la EST había desbordado la temporalidad máxima de un año, pues la actora ejecutó funciones como cajera auxiliar desde el **17 de septiembre de 2012** al **25 de agosto de 2015**. Y aunque la demandante aceptó que el nacimiento de su hija se dio en *junio del 2014* y disfrutó de licencia de maternidad hasta *octubre de 2014*, también dedujo que aunque ello explicaría la extensión del segundo contrato más allá del lapso permitido, no así la razón por la cual, tras la finalización de ese contrato y el inicio del segundo con Sero Servicios Ocasionales, fue vinculada para seguir ejecutando funciones en el cargo de cajera auxiliar, incumpliéndose con ello las previsiones del parágrafo 6º del Decreto 4369/2006.

De otra parte, aunque la actora manifestó haber ejecutado labores como secretaria de Gerencia, hecho que fue corroborado por la testigo Adriana Arango quien indicó que lo hizo con ocasión de la cobertura de un periodo de vacaciones de quien fungía en ese cargo en el banco, tal aspecto a lo sumo probaría que la actora durante el primer año de vinculación estuvo prestando sus servicios en ese cargo por el término máximo de un mes, que era el término por el que se extiende un periodo vacacional con la inclusión de los días hábiles, asumiéndose que existiera alguna acumulación de periodos no reclamados por el empleado a quien reemplazó la actora, pero que del resto del tiempo, como se deducía de los testimonios y de la documental, la actora estuvo en otras labores que eran propias del cargo para el que fue contratada como auxiliar, por lo que no se podía concluir que por ese hecho puntual desmeritara la vinculación larga y continua y, con los servicios personales que prestó el banco pretendió suplir una necesidad permanente, concluyendo que la empresa usuaria (Banco Popular) fungió como verdadera empleadora y que las EST actuaron como simples intermediarias en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del CST, siendo estas por tanto, llamadas a responder en forma solidaria en el pago de los emolumentos que resulten en favor de la trabajadora.

En cuanto a la unidad contractual, indicó que al haber desempeñado la actora dos cargos y funciones distintas, como auxiliar varios y cajera auxiliar, declaró dos contratos de trabajo independientes, uno entre el 24 de agosto de 2011 y el 21 de agosto de 2012 y el otro desde el 17 de septiembre de 2012 y el 25 de agosto de 2015, advirtiendo respecto de este último que si bien existieron interrupciones estas no fueron de gran magnitud a no superar los 30 días, por lo que se consideraba que existió continuidad en la prestación del servicio, máxime cuando la demandante permaneció en el mismo cargo en este último contrato, desarrollando idénticas funciones y sujeta a iguales condiciones de subordinación.

Previo a establecer los derechos que se derivaban del contrato de trabajo, estableció que la prescripción afecto los derechos del primer contrato de trabajo y parcialmente los del segundo, pues dicho medio exceptivo afecto los causados con antelación al 24 agosto de 2014, salvo las cesantías del último contrato y el reajuste de los aportes a pensión.

Al analizar las bonificaciones o emolumentos pagados a los empleados de planta que ostentaron el mismo cargo de ***cajera auxiliar*** en virtud de la convención colectiva de trabajo suscrita el 12 de diciembre de 2014, entre el Banco Popular con la organización sindical nacional de empleados bancarios UNED, estableciendo que la actora era beneficiaria de la misma porque obrando en el proceso constancia de la nota de depósito de la convención vigente entre los años 2015 y 2017, de ella se extraía que la misma era aplicable a todos los trabajadores del banco popular a nivel nacional (página 45, archivo 01) y, según el artículo 4 del clausulado convencional, el campo de aplicación de la misma regirá las relaciones entre el banco popular y sus trabajadores, situación que fue corroborada por la testigo Adriana Arango quien refirió que dicha convención a la fecha, era aplicable a todos los trabajadores, siendo dicho texto fuente generadora para analizar los derechos laborales pretendidos en la reajuste salarial.

Al verificar a qué derechos convencionales podía acceder la actora, en cuanto a la diferencia salarial tuvo en cuenta la asignación devengada por un trabajador de planta que ejerciera las mismas funciones y/o cargo. En torno al cargo de ***cajera auxiliar*** tuvo en cuenta la certificación salarial de dos trabajadoras de planta que desempeñaron idéntico cargo para los años 2011 y 2012, observando que el salario fue de $1.508.384 y $1.613.971, siendo ellos los valores a tener en cuenta para el reajuste y, para establecer los subsiguientes, tuvo en cuenta la actualizar del salario certificado para el 2012 y, con base en el IPC, calculo los subsiguientes, salvo la asignación salarial del 2015 que se hizo en la forma establecida en el artículo 8 de la convención colectiva, según la cual, a partir del 1 de enero de esa anualidad se incrementaría la asignación salarial en un 6.80%.

Así, previos cálculos, condenó al pago del **reajuste salarial** en $**7.841.713** por el periodo del 24 agosto 2014 y el 25 de agosto de 2015.

De las bonificaciones y emolumentos convencionales negó el auxilio de alimentación (artículo 9), Bonificación especial para cajeros (artículo 20), auxilio educativo para empleados y para hijos de empleados (artículo 12), Auxilio de transporte del 2014, subsidio familiar, calzado y vestido de labor, indemnización por el no pago de las cesantías; pero reconoció el Auxilio de transporte del 2015, conforme el artículo 10 de la convención vigente para ese año que reconocía la suma de $89.792 mensuales, estableciendo la diferencia por $123.704. En cuanto a las cesantías condenó por la suma de $1.713.976; intereses a las cesantías $53.613 por los periodos no afectados por la prescripción; prima de servicios $ 808.603 y por vacaciones $264.611.

Estableció viable la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, al considerar que se vinculó a la demandante como trabajadora en misión a través de empresas temporales sin cumplir la intermediación con los requisitos de ley, revelando una verdadera relación de subordinación con la empresa usuaria. Consideró que el Banco intentó evadir su responsabilidad, incumpliendo incluso el acuerdo sindical que establecía la contratación indefinida de empleados para ciertos cargos, incluyendo el de cajera auxiliar. De allí que ordenó la indemnización por el pago deficitario del salario y prestaciones, ordenando pagar un día de salario desde el 26 de agosto de 2015 al 25 de agosto de 2017 por $43.200.864 correspondientes a los 720 días de salario. A partir del 26 de agosto de 2017 y hasta que se verifique el pago total de los salarios y prestaciones sociales deberá cancelar intereses de mora a la tasa máxima vigente al momento en que se realice el mismo.

En cuanto a los aportes a pensión al ser realizados sobre una base de cotización inferior, dispuso el pago de las diferencias entre el valor cancelado y el que correspondía por todo el tiempo laborado, previo el cálculo actual que para el efecto realiza a la AFP Porvenir S.A.

En cuanto al **llamamiento en garantía** tuvo en cuenta las pólizas de seguros emitida por confianza con vigencia del 1 de abril de 2012 al 31 de marzo de 2016, tomador es Acciones S.A.S. y la póliza de seguros del Estado cuya vigencia fue desde el 1 de abril de 2011 al 31 de marzo de 2016 en la que el tomador es SERO servicios ocasionales SAS y en ambos, el beneficiario es el Banco Popular, concluyendo que lo amparado fueron los perjuicios directos derivados del incumplimiento inocultable al garantizado o tomador pero no aquellos que provinieran de manera directa del beneficiario de la póliza (Banco Popular) ante la declaratoria de este como verdadero empleador, por lo que las pólizas sólo podían ser afectadas en caso de incumplirse el pago de acreencias laborales por SERO tomador o garantizado que para ese momento hacía las veces de empleador, cuando en realidad lo fue el Banco Popular, quien no podía pretender hacer efectivas las pólizas por sus propios incumplimientos como verdadero empleador.

**RECURSOS DE APELACIÓN**

**Banco Popular S.A.** Frente a la declaratoria del contrato realidad arguyó que se había probado que entre la actora y Sero Servicios Ocasionales existieron 3 contratos por obra o labor, en los cuales se dieron los presupuestos legales para este tipo de contratación, asi como al contrato de suministro de personal que se dio con Sero, donde el segundo contrato (20-09-2013 al 01-01-2015) superó el término de 6 meses prorrogables por otros 6, teniendo en cuenta el tiempo de maternidad y lactancia que se presentó, lo cual fue probado. Refiere que en la claúsula 5ta. Del contrato hablaba sobre la duración del mismo; sobre la necesidad de la contratación, consideró había sido acreditada porque los testigos de la demandante habían manifestado que en el proceso de servicio al cliente se presentaban picos generados por pagos de pensiones con Colpensiones y Fiduprevisora; que el Banco tenía entre su planta de personal al supernumerario encargado de suplir las contingencias por el tiempo que estuvo la demandante, pero como estaba para la época en otros cargos, se hacia necesario ocupar a la Sra. Daniela en algunos que estuvieran vacantes o sin el personal que lo tuviera que cubrir. Se reafirma la necesidad del trabajo personal con los dichos de Adriana Arango al manifestar que se habia generado una *vacante* porque el señor Mario quien fungia como cajero auxiliar habia sido ascendido o ido a cumplir otro cargo, por lo que se reafirma que existiò una vacante temporal cubierto por la demandante con ocasión del contrato con servicios temporales.

Considera que no habia claridad sobre el supuesto cargo análogo desempeñado por la demandante porque ella era supernumerario y no cajera auxiliar; que fue vinculada para diversos cargos entre ellos como secretaria de gerencia, por lo que no podía encasillarse en el cargo de cajera auxiliar porque durante todo el tiempo no desempeñó esas funciones y no se podia entender que ese era su cargo análogo dentro del banco y por ello mismo, no podia realizar la liquidación por salarios, prestaciones y demás devengados por una cajera auxiliar. Indica que si bien realizó labores para el banco, en muchas ocasiones lo hizo poque se presentaban vacantes y vacaciones o porque los picos generados dentro del banco lo requirieron, por ello, no puede realizarse la liquidación con el cargo analogo que se hizo.

Frente a la indemnización del articulo 65 CST, dijo que se debia tener en cuenta que hubo buena fe por la legitima creencia de tener un contrato de prestación de servicios con una EST que suministraba personal en misión y solo con el fallo dicha situación fue cambiada y se establece que el Banco fue verdadero empleador, por tanto no es procedente la sanción.

Respecto de los llamados en garantía, según las pólizas había razón suficiente para responder por el pago de salarios y prestaciones para las épocas en las que estuvieron vigentes, por lo que solicitaba que se condenaran como garantes.

**Est Sero Servicios Ocasionales S.A.S.** En cuanto a la solidaridad dispuesta, manifiesta estar inconforme porque la EST Sero fue la verdadera empleadora durante la vigencia de los tres contratos que sostuvo, según la documental aportada, por lo que nunca se pudo observar el hecho de que se tratara de una simple intermediaria.

En cuanto a los casos o circunstancias en que fue contratada la demandante según el decreto 4369/2006, ello se verificaba con lo pactado en el contrato de prestacion de servicios pactado entre el Banco y Sero Servicios Ocasionales donde se especificó en que casos se podia requerir trabajadores en misión y eran los consagrados en la Ley, por tanto, las vinculaciones fueron las que se indicaron en el contrato de prestación de servicios. Que el segundo contrato de trabajo superó el año de duración porque la actora disfrutó de la licencia de maternidad y hora de lactancia, por lo que habia estabilidad laboral reforzada y no era viable finalizar el contrato de trabajo cuando superó el año de vigencia., por lo que no se vulneró la temporalidad. Agrega que hubo interrupcion de 28 dias entre el segundo y tercer contrato por lo que era significativa y por ello, se trato do se trató de un solo vinculo laboral. Por lo anterior, considera que no fueron transgredidas las nor e dos contratos autonomos donde no hubo continuidad laboral y por tanto n mas de los trabajadores en misión ni fundamentos para responder solidariamente al pago de las sumas dispuestas en la sentencia.

**Acción S.A.** Recurrió la decisión al considerar que dicha empresa envia trabajadores en misión a empresas usuarias, trasladando la subordinación sin perder la condición de empleadora y no fungir como simple intermediaria. Agrega que en la documental existe el contrato de trabajo por el tiempo que durara la labor determinadas con vigencia 24-08-2011 al 21-08-2012, en vigencia dentro del cual, a la trabajadora se le envió en misión al Banco; que documentalmente se habia probado el pago de las acreencias laborales a la demandante y aportes, sin que por ello, exista factibilidad de reajuste.

**ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, mediante fijación en lista, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, los cuales obran en el expediente digital. De la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia, procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

**CONSIDERACIONES**

**Problema juridico**

Conforme al anterior panorama, la Sala se ceñirá a los fundamentos del recurso de apelación, según lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, por lo que el problema jurídico se enmarca en: **I.** Determinar si entre la demandante y el Banco Popular S.A. existió un verdadero nexo laboral y, por tanto, establecer si las codemandadas Acción S.A.S. y Sero Servicios Ocasionales fungieron como simples intermediarios. **II.** De ser así lo anterior, establecer: a) Si resultaba procedente la nivelación salarial respecto del cargo cajero auxiliar; b) Analizar si había lugar a condenar por la sanción del artículo 65 CST; c) Determinar si las codemandadas deben responder solidariamente por las condenas impuestas al Banco Popular S.A. en virtud de la intermediación; d) Determinar si había lugar a dispensar condena en contra de las llamadas en garantía.

**Del contrato de trabajo y las empresas de servicios temporales**

Conforme el artículo 24 del CST, se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, por tanto, le basta al actor demostrar la prestación personal del servicio para que se presuma su existencia y, en consecuencia, a quien se le imputa la calidad de empleador debe asumir la carga probatoria para desvirtuarlo.

A su turno, es de memorar que el articulo 71 de la Ley 50 de 1990, indica que una empresa de servicios temporales es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. El artìculo 73 ibid, denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales y, conforme el artículo 74 ibid, 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.

En lo que interesa al asunto, cuenta recordar que el artículo 77 ibid, dispone que losusuarios de las empresas de servicios temporales sólo pueden contratar con éstas en casos puntuales, así: ***(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 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 seis (6) meses más.*

Ahora, conforme el artículo 79 ibid, lostrabajadores en misión tienen derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.

Así mismo, conforme el articulo 81 ibid, los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán: ***(1)*** *Constar por escrito;* ***(2)*** *Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos;* ***(3)*** *Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión y,* ***(4)*** *Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78 de la presente ley.*

A propòsito, la Corte en la sentencia **SL4330-2020**, frente a este tipo de vinculaciones indica:

“En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente **transitorio, excepcional y taxativo**. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.

En la sentencia CSJ SL467-2019 la Corte se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las EST, así:

“Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:

[…] 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.

…

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 ordinaria».

**Caso concreto**

En el presente caso, en el expediente militan los contratos de prestación de servicios celebrados entre la EST Acción S.A. y Sero Servicios Ocasionales S.A.S. con el Banco Popular S.A., siendo ellos:

* El celebrado entre el Banco Popular S.A. y Acciòn S.A. contrato con No. 6007 con vigencia entre el **01-04-2011** y el **31-03-2012**. Dicho contrato fue prorrogado hasta el **31-03-2013** [Archivo 16, fl. 14-21].
* El celebrado entre el Banco Popular S.A. y Sero Servicios Ocasionales S.A.S., contrato No. 6006 con vigencia entre el **01-04-2011** y el **31-03-2012**. Dicho contrato fue prorrogado hasta el **31-03-2013** [Archivo 16, fl. 23-29]. Luego, se suscribiò el contrato 6646 con vigencia entre el **01-04-2013** y el **31-03-2015**. Dicho contrato fue prorrogado mediante otro si hasta el **30-09-2015** [Archivo 16, fl. 90-39].

En ambos casos, el objeto fue “Suministrar a EL BANCO cuando éste lo solicite, de acuerdo a sus necesidades, el personal en misión, para la atención de: 1) Las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el articulo 6o del Código Sustantivo del Trabajo. 2) Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y 3) Para atender incrementos en las ventas de productos financieros y en la prestación de servicios tales como convenios, apoyos en caja, apoyo en libranzas, apoyos en plataforma, extensiones de caja, jomadas adicionales, impulsadores, promotores para venta de productos de servicios financieros, ejecutivos móviles, corresponsales no bancarios, atención del cali center, cobro de cartera, proyectos, trabajos especiales, aperturas masivas de cuentas de ahorros, profesionales y/o técnicos especializados para proyectos y trabajos especiales, entre otros”.

Ahora, para los efectos del articulo 81 ibid, en dichas contrataciones se especificaron las compañías aseguradoras, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las EST con los trabajadores en misión, asì:

* Con la **COMPAÑÍA ASGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA S.A**., La sociedad **ACCIÓN S.A.,** suscribió la Póliza No. 03CU048228 con vigencia del **01-04-2011 a 31-03-2015** luego al **31-03-2016** cuyo beneficiario es **BANCO POPULAR S.A**., amparando “*el pago de prestaciones laborales derivadasde convenciones colectivas, contratos sindicales y cualquier otra obligacion de tipo extralegal pactada entre el trabajador y el empleador”* [Archivo 17, fl. 4-5 y archivo 21, fl. 37].

* Con **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** la demandada **SERO SERVICIOS OCASIONALES SA.S**.., suscribió la Póliza No. 21-45-10-101062203 con vigencia del **01-04-2011 a 31-03-2015** luego al **31-03-2016** cuyo beneficiario es **BANCO POPULAR S.A**., amparando “el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones” [Archivo 28, fl. 16-17].

Conforme los citados contratos, las EST suscribieron contratos por obra o labor determinada con la aquí demandante **DANIELA PÈREZ OCAMPO**, para cumplir labores en el Banco Popular, asì:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **EST** | **Desde** | **Hasta** | **Cargo** | **salario** |
| Acciòn S.A.[[1]](#footnote-1) | 24-08-2011 | 21-08-2012 | AUXILIAR VARIOS | 935.524 |
| Sero S.A.S[[2]](#footnote-2). | 17-09-2012 | 08-09-2013 | CAJERA AUXILIAR | 1.066.456 |
| Sero S.A.S[[3]](#footnote-3). | 20-09-2013 | 11-01-2015 | CAJERA AUXILIAR | 1.168.368 |
| Sero S.A.S[[4]](#footnote-4). | 09-02-2015 | 25-08-2015 | CAJERA AUXILIAR | 1.162.900 |

Mediante certificacion arrimada por Sero Servicios Ocasionales S.A.S., se establece que la demandante tuvo los siguientes contratos y salarios [archivo 62, certificación]:

Del 17-09-2012 al 31-03-2013, salario $1.027.810

Del 01-04-2013 al 08-09-2013, salario: $1.066.456

Del 20-09-2013 al 31-03-2014, salario $1.066.456

Del 01-04-2014 al 11-01-2015, salario $1.168.368

Del 04-02-2015 al 31-03-2015, salario $1.168.368

Del 01-04-2015 al 25-08-2015, salario $1.162.900.

De otro lado, mediante certificaciòn arrimada por el Banco demandado, informa que entre los cargos escalafonados, se encuentra el correspondiente a “*cajero Auxiliar”*, asì: [archivo 81, Respuesta]:

Tabla

Descripción generada automáticamente

De otro lado, milita copia de la convenciòn colectiva de trabajo con la constancia de depòsito del 12-12-2014 respecto de la pactada entre el BANCO POPULAR y la UNIÒN NACIONAL DE EMPELADOS BANCARIOS “UNEB” con vigencia desde el 01-01-2015 y el 31-12-2017 [Archivo 3, fl. 42-70],

“**ARTÍCULO 4.- FORMAS DE CONTRATACIÓN.** A partir de la vigencia de la presente convención colectiva de trabajo, el Banco tendrá con contrato a término indefinido a empleados que requiera para el óptimo desarrollo del giro ordinario de sus negocios específicos de intermediación financiera; se exceptúan los cargos que el Banco necesite cuando las circunstancias de competitividad, incremento de resultados, proyectos especiales, convenios, así lo ameriten, los cuales, de contratarse como trabajadores en misión, lo serán por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

**PARAGRAFO 1.-** A partir de la vigencia de la presente convención colectiva de trabajo, el Banco no tendrá trabajadores en misión para ocupar los cargos de: Gestores Operativos 1 y 2, Asesores Comerciales 1 y 2, Mensajero, Analista Operativo, Analistas Técnicos 1, 2 y 3, Auxiliar Operativo, Cajero Auxiliar, Supernumerarios 1 y 2, Cajero Principal y Cajero Principal Clase A, exceptuando casos de reemplazos originados en Incapacidades, licencias, vacaciones, permisos, situaciones imprevistas, eventos en los cuales la temporalidad no superará el término establecido legalmente para esta clase de contratación. En caso de presentarse vacantes definitivas en los cargos antes descritos, el procedimiento para cubrirlas no será superior a tres (3) meses; en el caso excepcional de localidades remotas, éste término podrá ampliarse hasta seis (6) meses.

Ahora, de las pruebas recaudadas en audiencia, se extrae lo siguiente:

Interrogada **Daniela Pérez Ocampo** (Demandante)**.**

Nacida el 25 de abril de 1993, técnica bancaria. En el Banco Popular trabajó desde agosto del 2011 hasta agosto del 2015. Acepta haber firmado contratos por obra o labor en los años 2012, 2013 y 2015 con Sero Servicios Ocasionales SAS., quienes le pagaban los salarios y la afiliaron a seguridad social, pero por intermedio del banco porque fueron estos quienes la entrevistaron, hicieron visita domiciliaria y por intermedio de la temporal la contrataban y le pagaban todo. Acepta que en junio del 2014 le fue otorgada una licencia de maternidad porque su hija nació el 5 de julio del 2014, disfrutándola por tres meses y le dieron periodos de lactancia porque le daban una hora hasta que la hija cumplió 6 meses, pero niega que SERO Servicios Ocasionales SAS, le hubiere comunicado que su contrato se extendiera por ello y desconoce que el contrato signado el 9 de febrero del 2015 terminara en una fecha concreta; que solo firmó el contrato y que de pronto le decían “trabajaba hasta hoy”; que sabía de la terminación cuando firmaba la liquidación. Entonces tenía que esperar a ser llamada por la temporal para firmar los documentos de liquidación, entre ellos, la carta de terminación del contrato, la cual nunca se la entregaron a tiempo.

Acepta que le consignaban la liquidación e intereses de cesantía, recibiendo una carta para retirar el dinero. Dijo no recordar incapacidades, pero si las tuvo, no tuvieron que superar tres días. En el segundo contrato de trabajo con SERO SAS tuvo vigencia del 20 de septiembre de 2013 al 11 de enero de 2015 y que la licencia de maternidad que disfrutó fue del 30 de junio de 2014 al 5 de octubre de 2014. Refiere que cuando empezó lo fue a través de Acción SAS en un cargo de **auxiliar varios** donde hacía lo que era secretaría de gerencia, entrega de tarjetas, también hacía entrega de cuentas de ahorro, que en ese entonces se llamaba **plataforma de servicio**. Hizo como secretaría de gerencia, entregando también tarjetas de crédito, cheques y plataforma de servicio constituida por tres puestos: cuentas corrientes, cuenta de ahorros y cheques de gerencia de canje y en los otros años, también debía ir a plataforma o en asesoría, la sacaban de caja y hacía asesoría. Afirma que el cargo **auxiliar** como tal, no existía entre el personal de planta porque en realidad eran “**supernumerarios”** y tenían funciones similares a los que ella hizo como auxiliar. Que la labor la ejerció en la plaza de Bolívar y luego aperturaron en la de Dosquebradas donde fue enviada como apoyo de tres a cuatro meses. Que sus funciones eran controladas por el asistente administrativo Sr. Gildardo Corredor, empleado directo del Banco quien le daba órdenes, instrucciones y quien la remitió a la sucursal Dosquebradas trabajando allí en la caja. Refiere que por obra o labor contratada con la empresa temporal de servicio fueron tres contratos; entre la finalización de un contrato y la celebración de otro, Don Gildardo le decía que debía estar pendiente de que la temporal la iba a llamar a firmar contrato; los tres últimos de la temporal SERO se lo enviaban por correo desde Cali, ella los imprimía, firmaba y los devolvía al correo.

Interrogatorio: Giovanna Gandini Saa (Rep. Banco Popular)

Directora de talento humano del Banco Popular de la región occidente desde el 2015, vinculada desde junio del 2011. Dijo conocer a la demandante como trabajadora en misión del banco; recordó que estuvo un tiempo como **auxiliar contable** con la empresa de servicios temporales Acción haciendo varias labores secretariales, cuadres, archivo, documentación, digitalizaciones. Que luego como **cajera auxiliar** vinculada a través de servicios temporales Sero Servicios Ocasionales, refiere que era cuando había una novedad como vacaciones, licencias, convenios o apoyos por picos operativos siendo las funciones de recibir dinero de consignaciones y pagos. Y asegura que el cargo “**auxiliares varios**” como denominación no existía en el banco.

Al ser preguntada si dentro del Banco hay empleados de planta que cumplan funciones secretariales relacionadas con la documentación, digitalización, atención al público, asistencia al cargo de gerencia, entrega de tarjetas de crédito, etcétera., respondió que actualmente no cuentan con ese cargo; que el banco viene en proceso de transformación desde 2014 donde estas labores operativas y secretariales fueron centralizadas o reacomodadas porque ahora la entrega de tarjetas lo hace un asesor comercial y las secretariales ya no existen. Preguntada sobre la certificación bancaria que da cuenta de la nomenclatura de escalafón convencional que registra el cargo de secretaria de oficina, contestó que el cargo sigue existiendo dentro del escalafón a nivel del organigrama, siendo posible que se pudiera tener alguna secretaria que quedaron por estabilidad laboral pero hoy hacen otras funciones, no secretariales porque las oficinas ya no tienen secretaria. Preguntada si para los años 2012 y 2015, el Banco Popular tuvo personas vinculadas al cargo de supernumerario 1, dijo no tenerlo presente, aunque si lo han tenido en la oficina Pereira, desconociendo si aún existen, pero en la planta sí tienen supernumerarios sin saber desde cuándo, siendo las funciones el cubrir novedades que se presentan en la oficina. Indica que en el caso de un supernumerario 1 que reemplaza a un asesor comercial, su sueldo es como supernumerario, pero se le paga la diferencia salarial por la convención, al ser un cargo de mayor nivel, aplicando para los cargos que están dentro del escalafón. Aclara que los cargos que están dentro del escalafón, si hacen un reemplazo, se les paga la diferencia salarial. Frente a las circunstancias o situaciones que se presentan picos operativos, explica que era en pagos de pensiones que obedecen a los últimos o primeros días del mes, por convenios con la fiduprevisora, cuando se hace convenio de pagos de adulto mayor que obedecen a pagos por archivos previos distintos a los clientes habituales sujetos a que se suscriba un convenio o a que el cliente solicite, por pagos de servicios, aperturas de cuentas, etc.; por lo que por lo menos una vez al mes hay esos picos operativos.

Interrogatorio **Jenny Caterin Ruiz Coronado** (Rep. Sero S.A.S.)

Directora contable desde hace 12 años, pero vinculada hace 19 años. Dijo no conocer a la accionante. Acepta que dicha empresa suscribió contratos de prestación de servicios con el Banco Popular hasta el 2016 o 2017. Comenta que los servicios de trabajadores en misión que le ofertaron eran a veces para el cubrimiento de licencias de maternidad, reemplazos de vacaciones y cuando tenían picos de producción, siendo este último el caso de Daniela; el cargo que ocupó fue de cajera auxiliar. Al ser preguntada en la primera vinculación del 17 de septiembre al 8 de septiembre del 2013 cuál fue la finalidad dijo no recordarlo, pero algunos eran 6 u 8 meses y lo eran hasta que el Banco dijera que la labor se había terminado, sin recordar fechas. De las demás vinculaciones dijo que la segunda fue en Dosquebradas y la última fue en la misma actividad, sin recordar otros aspectos.

Testimonio de **Natalia María Álzate Torres.**

Tecnóloga en sistemas. Trabaja en el Banco Popular como cajera auxiliar. Comenta haber tenido diferentes cargos pues antes se desempeñó como Secretaría de Gerencia por espacio de 2 años, bajo un contrato de trabajo a término indefinido desde julio de 2008, siendo inicialmente como supernumeraria y cajera auxiliar. Indica que, en su caso, inició trabajando en el Banco Popular desde octubre del 2012 pero en julio del 2008 y por cinco años fue como trabajadora en misión con una temporal en los cargos secretaria administrativa, auxiliar haciendo cargos en la plataforma de servicios en general. Comenta conocer a la demandante por haber sido su compañera de trabajo en el Banco hace aproximadamente 5 años. En cuanto a la labor que cumple un supernumerario dijo que era suplir las necesidades de la oficina como cubrir vacaciones y demás puestos. Frente al caso concreto, relata que Daniela trabajó como si fuera una funcionaria más del banco, con contrataciones diferentes. Dijo recordarla como **auxiliar** haciendo cargos en plataforma de servicios el cual era *para aperturas de cuentas corrientes, de ahorros, CDTs, todo lo que fuera atención operativa al cliente*; también estuvo como **cajera auxiliar** *que era para la atención al cliente, en lo que tenía que ver con el efectivo, pago y recaudo.* Asegura que en la planta de personal había personas vinculadas directamente al Banco Popular con esas funciones, aunque ahora con otro nombre porque son asesores comerciales 1 y 2, sin recordar el nombre para la época, pero que para el 2008 año en que ingresa la testigo ya existía el cargo de cajero auxiliar, existiendo trabajadores en misión que ocupaban ese mismo cargo quienes eran cambiados.

Comenta que compartió labores con la demandante siendo ambas cajeras auxiliares en la Sucursal Pereira; para la época había supernumerarios que reemplazaban personas. Dijo desconocer porque retiraron a Daniela, pero sabía que le habían pedido la hoja de vida y documentos para la contratación con el Banco, además de la visita domiciliaria desconociendo porque finalmente no se hizo. Dijo no recordar si la actora hizo funciones en Dosquebradas o Cartago. Al ser preguntada en que momentos se daban picos o incrementos de labores en el Banco por algunos periodos, contestó que, por convenios, se tenían muchas personas para cobrar, por tanto, más afluencia de público en ciertas épocas del mes como a inicio que eran los pagos de Colpensiones y el 20 o 25 que eran los pagos de Caprecom y de la Fiduprevisora, casos en el cual se colocaba un cajero adicional. Indica que la actora fue vinculada al Banco Popular a través de una empresa de servicios temporales entre ellas Acción y Cero, sin recordar por cual estaba vinculada la demandante, pero que estos le pagaban salarios, prestaciones y aportes a la actora.

Testimonio de **Adriana Emilia Arango Ramírez**.

Trabajadora como cajera principal en el Banco Popular en Dos Quebradas, vinculada desde hace 32 años siendo inicialmente cajera auxiliar en Pereira. Dijo haber sido compañera de trabajo de Daniela en la misma oficina aproximadamente antes de 2011 y además fueron vecinas. Refiere que compartieron labores tanto en Pereira como en Dosquebradas para Caja, llegando como apoyo. Al ser preguntada que cargo ocupaba el señor Gildardo Corredor dijo que era el jefe administrativo, teniendo a cargo todos los funcionarios. Al ser preguntada si el cargo de cajero auxiliar implicaba la prestación permanente del servicio en la caja o si tenía algunas funciones distintas, contesta que ese cargo de cajero auxiliar estaba dentro del escalafón y era ser cajero (prestar su servicio en la caja). Que cuando se necesitaba el cajero para atender los clientes que eran pensionados de Colpensiones, de la policía, ejército y profesores que son Fiduprevisora era principalmente al supernumerario al que pasaban. Asegura que hubo un tiempo donde había un cajero adicional, pero en Pereira estaba el cajero que tenían de la temporal quien permanecía cumpliendo las funciones de caja. Indica que cuando se aumentaba el número de cajeros, quien entraba a sumarse al equipo de cajeros era un supernumerario y en ese momento empezaron a contratar a quienes le decían auxiliares contables que ese cargo ni siquiera existe en el escalafón, entonces los tenía un tiempo en la caja y otro tiempo como oficinas, pero el cajero temporal asignado era de tiempo completo. Que la actora primero estuvo en Pereira y luego en Dosquebradas, desconociendo labores en Cartago. Indica que como cajeros además reciben una bonificación; que los auxiliares temporales y las cajeras auxiliares tenían la labor y estaban bajo el mismo jefe. Que Daniela ingresó porque autorizaron el cajero temporal y ella fue la que estuvo ahí todo ese tiempo, entonces cuando compartieron labores aquella era cajera. Dijo conocer de las situaciones al interior del banco porque ella (testigo) era la secretaria de la Unión Nacional de Empleados Bancarios UNED, y por costumbre, el jefe de división administrativa si faltaba alguien, había un ascenso o si se iba a contratar a alguien de manera fija, siempre entraban en contacto con nosotros (asociación sindical). Asegura que fue una práctica común en el banco la vinculación de personas por temporales; que inicialmente el Banco tenía 6 cajeros, pero fueron disminuyendo la planta de personal para contratar temporales y no vincular. Daniela estuvo en la sucursal de Dos Quebradas más o menos un año en el 2012 y 2013, sin recordar la fecha, pero que llegó porque necesitaban un cajero auxiliar, pues solo había un *cajero principal* faltando el *cajero auxiliar*. Explica que quien era cajero auxiliar llamado Mario Fernández lo nombraron en Pereira quedando solamente el cajero principal y por ello se necesitó el auxiliar. Refiere conocer que la actora hizo funciones diferentes de caja cuando reemplazó a la secretaria de gerencia, lo cual fue por unas vacaciones, pero por lo regular siempre estaba en la caja, pero desconociendo cuantos contratos tuvo a través de servicios temporales.

De acuerdo al citado material probatorio, en este caso, si bien la entidad bancaria sostiene en la alzada que la demandante fue vinculada para realizar labores encaminadas al reemplazo de personal en vacaciones, licencias o incapacidades, lo cierto es que ello no lo revelan las pruebas incorporadas al plenario, salvo en la oportunidad en que la actora cubriò unas vacaciones de la secretaria de gerencia pero en el tiempo restante, cumplió primero labores de “auxiliar” y luego como “cajera auxiliar”, labores que ejerciò de manera constante y no transitoria, según se desprende de las testimoniales de **Natalia María Álzate Torres y Adriana Emilia Arango Ramírez**, quienes como cajeras, compartieron labores con la accionante en Pereira y Dosquebradas, respectivamente.

De manera que, tal y como lo dedujo el *A quo*, la entidad bancaria no demostrò que la demandante hubiere ejecutado labores ocasionales, accidentales o transitorias al tenor del articulo 77 de la Ley 50/90; tampoco demostró que en virtud del incremento en el servicio que resaltò como algunos “*picos de servicio*” presentados una vez al mes hubiera sido la accionante la llamada a apoyar tales labores porque los testigos denotaron que para tales menesteres eran llamados los *supernumerarios* que eran de planta.

Con todo, contrario a lo que sostienen los recurrentes, según la testimonial, la actora ejecutò actividades propias de un servicio permanente prestado por la entidad bancaria, primero como auxiliar y con mayor razòn cuando fungiò como cajera auxiliar, saltando a la vista que su vinculaciòn superó el término de 6 meses prorrogable por otros 6*,* pues nòtese que la trabajadora prestò sus servicios por màs de cuatro años continuos, sin que tal aspecto lo desmerite la licencia de maternidad que disfrutò la accionante en 2014, pues nòtese que desde agosto de 2011 venìa vinculada y luego de dicha licencia, continuò prestando el servicio y contratada nuevamente hasta que finiquitò la relaciòn en agosto de 2015.

Aquì, cuenta memorar que en torno a la unidad contractual, incorporado en la providencia CSJ SL 1614-2023, que memora las CSJ SL4816-2015, CSJ SL5595-2019, CSJ SL981-2019, y CSJ SL3616-2020, denotan que, «*las interrupciones contractuales de corto tiempo menores a un mes no implican necesariamente una verdadera interrupción de la unidad contractual, especialmente, cuando se evidencia la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral*», situación que es la que en este caso se establece, pues obsérvese que entre cada una de las vinculaciones de la accionante, no se superó el mes, por lo que la actora estuvo prestando sus servicios para el Banco desde el 24-08-2011 hasta el 25-08-2015, primero como auxiliar y luego como cajera auxiliar, aspecto que ampliamente exorbita el término de un año que es el permitido en la contratación a través de EST en la que huelga indicar, la demandada no demostró que en realidad, la actora hubiere ejercido trabajos puntuales de carácter transitorio o excepcional-.

En este punto, es de memorar la sentencia SL4330-2020, en la cual se indica:

*“cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente no puede acudirse al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria.*

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

De manera que, para el caso concreto, la labor cumplida por la demandante primero como *auxiliar* y luego como *cajera auxiliar*, dadas las labores que realmente ejerciò no eran de aquellas que debieran ser contratadas a traves de una EST, se itera, resultaba ser una labor que no era de carácter excepcional para el rodaje del banco y menos aùn, cuando se exhorbitaron los terminos de vinculaciòn como claramente se estableciò.

De otro lado, tampoco tienen eco las argumentaciones de las EST recurrentes cuando denotan que la *prueba de la temporalidad de la labor* y demàs requisitos de ley, se encontraba definida en los diferentes contratos porque bajo el principio de la primacia de la realidad, la forma como se prestò el servicio y el tiempo en que se mantuvo, contradicen la afirmaciòn de las accionadas, siendo propio resaltar que los referidos contratos – entre la EST y la empresa usuaria - no fueron explicìtos y el banco no demostrò ni en ninguna parte precisó la justificaciòn de la vinculaciòn de la trabajadora en misiòn respecto de cuàles actividades ocasionales, accidentales o transitorias pretendia cubrir con su vinculación; que reemplazos realizó o de manera intervino en los incrementos del servicio, pues, lo que se demostró es que se abusó de la figura de la contratación temporal, incumpliendo la demandada con el artículo 77 de la ley 50 de 1990, porque correspondía a la pasiva acreditar que, en cada una de las oportunidades que se acudió a la contratación temporal de la actora, ello se debió a alguna de las razones que permite el artículo en mención.

Por lo anterior, acertó el *A quo* al declarar la existencia del vinculo laboral entre la actora y la entidad bancaria, asi como la conclusiòn de que las empresas de servicios temporales demandadas actuaron como simples intermediarias de esa relaciòn laboral definida con el ente bancario.

**De la nivelaciòn salarial.**

En cuanto a la procedencia de la nivelaciòn salarial, huelga indicar que de acuerdo con la documental y la testimonial escuchada, existe claridad que la actora ejerció funciones como **cajera auxiliar** cuanto estuvo vinculada a travès de la EST Sero Servicios Ocasionales y no como supernumeraria como afirma el recurrente. Además, dicho cargo se encuentra dentro de los escalafonados en la planta de personal del Banco, según la certificaciòn agregada al expediente y la copia de las nóminas arrimadas de dos trabajadores que cumplìa iguales labores [archivo 81, Respuesta], aspecto que desvirtúa lo afirmado por el recurrente. Lo anterior implica que el reajuste dispuesto respecto de dicho cargo resulta viable a partir del 17-09-2012 y hasta el 25-08-2015, esto es, respecto del segundo contrato declarado, a pesar de la unidad contractual – lo cual no fue recurrido –. Lo anterior, aunado a que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 50/90, lostrabajadores en misión tienen derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa.

Ahora, recuerdese que el juez declarò la existencia de dos contratos de trabajo justamente porque la actora cumpliò primero labores como auxiliar varios y luego como cajera auxiliar, por ello los dispuso como dos contratos independientes, el primero entre el 24 de agosto de 2011 y el 21 de agosto de 2012 y el otro desde el 17 de septiembre de 2012 y el 25 de agosto de 2015, siendo declarada la prescripción respecto del primero de ellos.

En este punto, observa la Sala que, si bien las liquidaciones de las condenas fueron fulminadas respecto del segundo contrato, los aportes en pensión por las diferencias salariales fueron ordenados desde el primer contrato declarado cuando la actora ejerció labores de “auxiliar varios”, cargo que al no existir en la planta de personal según lo refirieron las mismas testigos, ninguna diferencia salarial se podría establecer frente a la remuneración. De allí que se deberán modificar los ordinales tercero y sexto en tal sentido y, como ninguna diferencia salarial existiría respecto del primer contrato donde actuó como intermediario Acción S.A., por tal razón, no hay lugar a declarar la solidaridad respecto de éste porque ninguna condena económica se dispone en su contra, en tal sentido, se deberá modificar el ordinal séptimo de la sentencia.

**Llamamiento en garantìa.**

Al observar las pólizas constituidas, de ellas se extrae que su objeto son basicamente el amparo en el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato suscrito entre las EST y el Banco, en los tèrminos dispuestos en el articulo 81 de la Ley 50 de 1990, que obliga a la constituciòn de una póliza con una compañía aseguradora *con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión*, por lo que el amparo no se extiende a cubrir obligaciones generadas en razòn de la intermediación, siendo ello razòn suficiente para confirmar lo dispuesto por el juez de primer orden.

**De la indemnizaciòn moratoria.**

La sanción moratoria opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no es de aplicación automática; en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determine, aspecto que ha sido lineado por la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada, entre otras en la sentencia SL4330-2020.

Pues bien, como la sanciòn del articulo 65 CST, requiere del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del deudor. Para ello, el empleador debe demostrar tuvo razones atendibles que justifican la falta de pago o el pago deficitario de los salarios y prestaciones del trabajador (CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186, CSJ SL8216-2016, CSJ SL16884-2016 y CSJ SL694-2019, entre otras).

En este asunto, al observar que las actividades ejercidas por la laborante lejos de ser ocasionales, tenían vocación de permanencia, no obstante lo cual, el Banco demandado pretendió suplirlas a travès de la contrataciòn de trabajadores en misión, en contravia de las previsiones del articulo 77 de la Ley 50 de 1990, aspecto que ademàs habia sido regulado en la misma convenciòn colectiva de trabajo. Dicho abuso sistemático y prolongado de la figura del servicio temporal demostró que el Banco demandado no actuó desprevenidamente, sino que su intención fue la de encubrir una necesidad permanente en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de la temporalidad, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales de la demandante.

Por lo anterior, resulta viable la imposición de la sanción moratoria dispuesta por el juez, teniendo en cuenta que la empresa usuaria Banco Popular supliò ilegalmente actividades permanentes con trabajadores en misión, infringiendo deliberadamente el término del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, lo cual descarta un actuar provisto de buena fe.

Al no existir màs aspectos a arribar, al haber prosperado de manera parcial el recurso propuesto por Acciòn S.AS. en esta instancia no se le condenarà en costas. Respecto de los demàs demandados, se impondràn a favor de la parte actora.

**DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por lo expuesto**, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley**,**

**RESUELVE**

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira del 21 de abril de 2022, salvo los siguientes ordinales los cuales se modifican y quedarán así:

“**TERCERO**: **DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por el Banco Popular S.A. y, las EST Acción S.A. y Sero S.A.S., respecto de las acreencias laborales causadas con antelación al 24 de agosto de 2014, salvo los aportes pensionales”

**SEXTO**: **CONDENAR** al BANCO POPULAR a reajustar el valor de los aportes al sistema pensional, previo el cálculo actuarial que para el efecto realice la administradora de pensiones Porvenir S.A., tomando en consideración los siguientes salarios: Año Salario 2012 $1.613.971; 2013 $1.653.352; 2014 $1.685.427; 2015 $1.800.036.

**SÉPTIMO: CONDENAR** solidariamente a SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S, a que concurra al pago de las condenas, en virtud del reajuste dispuesto, por el tiempo en que fungió como intermediaria de la relación laboral declarada en el ordinal primero.

**SEGUNDO**: **COSTAS** en esta instancia a cargo del **BANCO POPULAR S.A**. y **SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S.**, en partes iguales a favor de la parte actora. Sin costas respecto de los demás.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Quienes integran la Sala,

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

Con ausencia justificada

1. Archivo 3, fl. 25 [↑](#footnote-ref-1)
2. Archivo 3, fl. 26-29 [↑](#footnote-ref-2)
3. Archivo 3, fl. 30-33 [↑](#footnote-ref-3)
4. Archivo 3, fl. 34-37 [↑](#footnote-ref-4)