

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE : ELIZABETH TATIANA HENAO MARÍN
DEMANDADO : BANCO POPULAR S.A.
LITISCONSORCIO NECESARIO: T&S TEMSERVICE S.A.S
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA : SEGUROS DEL ESTADO S.A.
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-002-2021-00054-01
RADICADO INTERNO : 292-23
DECISIÓN : REVOCA PARCIALMENTE, DECLARA Y CONFIRMA
SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 363

DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se DECLARE que entre la demandante y el Banco Popular S.A. existió un verdadero contrato de trabajo desde el 10 de octubre de 2013 al 27 de junio de 2019.

Se ORDENE el reconocimiento del reajuste salarial, teniendo en cuenta el principio a “trabajo igual salario igual” y teniendo en cuenta las horas extras laboradas durante toda la vigencia del contrato; igualmente se ordene el reajuste de las prestaciones sociales durante la vigencia del contrato de trabajo, teniendo en cuenta el salario real que debió haber devengado; el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa; el reajuste de los aportes la

seguridad social en pensiones; que también se ordene el pago de la indemnización moratoria por el no pago completo de las prestaciones al momento de terminarse la relación laboral; el pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a un fondo de cesantías; se ordene el reconocimiento y pago de todos los beneficios extralegales reconocidos a los trabajadores del Banco, establecidos en las Convenciones Colectivas de Trabajo que rigieron durante la vigencia del contrato de trabajo; al pago de la indexación; y de las costas procesales.

Sustenta sus pretensiones informando que ingresó a laborar en el Banco Popular S.A. desde el 10 de octubre de 2013, prestando sus servicios personales en forma subordinada e interrumpidamente, hasta el 27 de junio de 2019; fue contratada como Cajera Auxiliar o denominada Auxiliar Contable; la vinculación de la demandante con Banco Popular S.A., se dio formalmente a través de varios contratos con la sociedad T&S Temservice S.A.S, mediante la denominación de trabajadora en misión; a pesar de la denominación que se le dio a la vinculación laboral, en la ejecución del contrato, se configuraron los tres elementos fundamentales de una verdadera relación laboral dado que recibía órdenes, cumplía el horario de trabajo requerido por el Banco Popular S.A. y estaba subordinada por el personal vinculado directamente con el Banco Popular S.A., como lo eran los señores Juan Manuel Arias Isaza, Jorge Mario Palacio y Jaime Hernán Ospina.

En el Banco Popular S.A. existía personal vinculado con la entidad, que desarrollaban las mismas labores de asesora que la demandante, tal y como son los señores Angela María Cardona Serna, Maricela Vélez Salazar y Marcela María Franco Garcés, a quienes les pagaban factores salariales adicionales y tenían prestaciones extralegales; esos compañeros de trabajo de la demandante, que estaban vinculados directamente con el Banco Popular S.A., hacían las mismas labores que la demandante, tenían el mismo horario, idénticos jefes directos, las mismas herramientas de trabajo, atender usuarios, captación del efectivo, manejo del sistema operativo del banco, escaneo de documentos, hacer arqueos, recibir llamadas, no existía ninguna diferencia de tiempo, modo y lugar al momento de desarrollar sus labores; el objeto del contrato de trabajo de la demandante, se desarrolló en el Banco Popular S.A. y nunca tuvo interrupciones desde el 10 de octubre de 2013 al 27 de junio de 2019 ; el salario devengado a la terminación del contrato de trabajo, fue de \$1.394.599, mientras que el salario mínimo establecido por Convención Colectiva de Trabajo para el Cajero Auxiliar, era de \$1.568.897 para el año 2013.

En junio de 2019, la demandante fue despedida sin justa causa y no se le indemnizó conforme lo establece la Convención Colectiva de Trabajo. Sostiene que en el Banco Popular S.A. existe Convención Colectiva de Trabajo, dentro de los cuales existen prestaciones extralegales que no eran pagadas a la demandante, y que corresponden a: formas de contratación, aumentos de salario, auxilios de alimentación, de transporte, auxilio educativo para los hijos de empleados, de maternidad y funerario, prima de estadía y bonificación para Cajeros, y normas convencionales de terminación del contrato de trabajo sin justa causa, primas de antigüedad, extralegal anual, extralegal semestral y de vacaciones, liquidación de cesantías, escalafón y curvas de salarios.

Señala que dentro de la Convención Colectiva de Trabajo se estipuló en su art. 4º, que el Banco no tendría trabajadores en misión para ocupar cargos de Cajero Auxiliar, supernumerarios, cajero principal, entre otros, donde indica que los trabajadores en misión ya existentes irían siendo contratados y vinculados directamente. E indica, que, en respuesta a derecho de petición, la entidad accionada informó que la demandante fue contratada como trabajadora en misión por medio de T&S Temservice S.A.S.

En auto del 9 de marzo de 2022, el Juzgado de conocimiento ordenó integrar a la sociedad T&S Temservice S.A.S en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva (expediente digital 06)

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La sociedad T&S Temservice S.A.S en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que la demandante celebró todos los contratos individuales de trabajo por obra o labor con T&S, quien fue su único y verdadero empleador durante todas las vinculaciones laborales y la accionante fue contratada por T&S como trabajadora en misión para la prestación de sus servicios a favor de la empresa usuaria Banco Popular S.A., con quien se celebró contrato comercial para el suministro de personal en misión; que entre la demandante y la sociedad T&S se celebraron diferentes vínculos laborales mediante la suscripción de diferentes contratos de trabajo, discontinuos los unos de los otros, interrumpidos y autónomos, con cargos diferentes, motivos, funciones y liquidaciones diferentes y como prueba de la autonomía e interrupción entre cada contrato, advierte la existencia de una renuncia de la demandante a 6 de las 7 vinculaciones laborales. Que las interrupciones de los

contratos de trabajo fueron realizadas de forma real y voluntaria por la parte demandante así:

- Contrato del 10 de octubre de 2013 al 16 noviembre de 2014
- Contrato del 9 de diciembre de 2014 al 2 de marzo de 2016
- Contrato del 1º de abril de 2016 al 12 de mayo de 2017
- Contrato del 9 de junio de 2017 al 13 de febrero de 2018
- Contrato del 8 de marzo de 2018 al 25 de febrero de 2019
- Contrato del 26 de febrero de 2019 al 27 de junio de 2019

Que a pesar de que la obra o labor del contrato laboral celebrado el 8 de marzo de 2018 había finalizado, no se pudo dar por terminado debido a que la demandante se encontraba en licencia de maternidad desde el 23 de octubre de 2018 hasta el 25 de febrero de 2019 y fue cuando no se encontraba bajo fuero, que se le dio por terminado el contrato por la terminación de la obra o labor y que fue la renuncia el motivo de terminación del contrato.

En relación a los hechos de la demanda, aceptó el salario devengado por la demandante; la respuesta dada por el Banco Popular S.A. al derecho de petición; y que entre la empresa usuaria Banco Popular S.A. y la demandante hubiera subordinación porque en las relaciones de empresas usuarias, EST y trabajadores en misión, se genera una subordinación delegada por parte de la EST a la usuaria sobre la trabajadora en misión sin que en ningún momento se entienda que la usuaria es empleador o que la relación laboral con la EST cambió. No le consta el salario mínimo establecido por la Convención Colectiva para el Cajera Auxiliar, argumentando que la prescripción jurídica consagrada en el art. 79 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable en el evento en que la demandante pruebe que las funciones y características realizadas eran comparativamente iguales a los otros trabajadores frente a los cuales pretende equipararse, lo que considera la accionada no se hace y que la empresa usuaria nunca le informó a T&S sobre un escalafón, salario o retribución económica semejante percibida por los trabajadores vinculados directamente y que se asemejaran al cargo de la demandante. En relación a los restantes hechos, sostiene que en su mayoría no es cierto la forma en que se redactan, porque en relación a los extremos de la relación laboral, asegura que se celebraron diferentes vínculos laborales discontinuos, interrumpidos y autónomos, con cargos diferentes, motivos, funciones y liquidaciones diferentes; que no es cierto que el Banco Popular S.A. haya sido empleador de la demandante.

Propuso las excepciones de cumplimiento de las obligaciones como empresa de servicios temporales, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad entre T&S TEMSERVICE S.A.S. y el Banco Popular S.A. y CETA S.A.S., no aplicación de la convención colectiva de trabajo, prescripción parcial de derechos laborales, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, indemnización por no consignación del auxilio de las cesantías, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, no satisfacción de la carga de la prueba - no se prueba el supuesto de hecho de las pretensiones, el demandante no cumple con la carga de la prueba para probar el presunto despido, suspensión de la terminación del contrato de trabajo por protección constitucional especial, la demandante tuvo diferentes vínculos laborales, discontinuos, interrumpidos y autónomos los unos de los otros, buena fe, la innominada (expediente digital 08).

En la contestación presentada por el Banco Popular S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda porque la demandante no fue trabajadora vinculada con el Banco Popular S.A. sino que fue trabajadora en misión, contratada en distintas oportunidades por la empresa de servicios temporales T&S Temservice S.A.S.

En relación a los hechos de la demanda acepta que la demandante recibía órdenes del Banco Popular S.A.; que en el Banco había personal que en forma permanente tenía el mismo cargo desempeñado por la demandante en forma temporal, pero no en los oficios allí mencionados y expresó que la demandante reemplazaba trabajadores que estaban en vacaciones o en ausencias temporales, sin que ello signifique que tenía que recibir el mismo salario ni las mismas prestaciones extralegales, ya que se trata de una situación regulada por la Ley 50 de 1990 para el servicio temporal y es inaplicable a la demandante; y la respuesta dada al derecho de petición. Sostiene que la vinculación de la demandante con la entidad accionada se dio no solo formalmente sino real, bajo la legalidad de las empresas de servicios temporales, para reemplazar vacaciones, licencias. Que el salario de la demandante debe ser probado. Y los demás hechos no son ciertos.

Y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y abuso del derecho.

El Banco Popular S.A. **llamó en garantía a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A.** solicitó que en caso de que se determine alguna condena en

contra del Banco Popular S.A., como responsable de los derechos laborales conjunta o separadamente reclamados, se disponga que Seguros del Estado S.A. deberá pagar a la demandante todas las sumas de dinero a que fuere condenado el Banco Popular S.A. o si es del caso, reembolsar a la aseguradora Banco Popular S.A. las condenas respectivas.

Lo anterior con base en que mediante demanda instaurada por la Sra. Elizabeth Tatiana Henao Marín, se pretende se condene al Banco Popular S.A. en forma individual, conjunta o solidaria, a reconocer pretensiones de carácter laboral, tales como salarios, recargos de índole laboral, prestaciones y beneficios extralegales y convencionales , vacaciones, indemnizaciones y sanciones, aportes, cotizaciones de fondo de pensiones, costas y agencias en derecho y demás derechos que resulten probados, todo ello derivado de la supuesta vinculación laboral por intermediación con la empresa de servicios temporales T&S Temservice S.A.S; para la fecha de ocurrencia de los hechos, el Banco Popular S.A. tenía como garantía las pólizas números 21-45-101108534 y 21-45-101183392 con la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A, que se encontraba vigente en el momento de la supuesta prestación del servicio, al cual amparaba los riesgos objeto de la demanda; esta póliza fue creada por razón de los contratos de servicios temporales celebrados entre T&S Temservice S.A.S y el Banco Popular S.A. (expediente digital 09).

La **sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A en la contestación al llamamiento en garantía** aceptó los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía. Propuso las excepciones de único amparo afectable de los contratos de seguro de cumplimiento vinculados – alcance del amparo otorgado, límites temporales del amparo de pago de salarios y prestaciones sociales, excepciones subsidiarias, límite de valor asegurado del amparo de pago de salarios y prestaciones sociales, el amparo de salarios y prestaciones sociales se limitó contractualmente a las de ley, no convencionales o extralegales, aplicación del principio iura novit curia (expediente digital 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 8 de agosto de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que la Sra. Elizabeth Tatiana Henao Marín, tiene derecho al reajuste salarial y de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social, comprendido entre el 8 de marzo de 2018 y el

25 de febrero de 2019, a cargo de las sociedades Banco Popular S.A. y T&S Temservice S.A.S, de forma solidaria, por los siguientes conceptos:

- Reajuste de salarios \$8.510.555
- Reajuste prestaciones sociales y vacaciones año 2018 \$1.348.438
- Reajuste prestaciones sociales y vacaciones año 2019 \$302.857

Frente a los aportes a la seguridad social, las sociedades Banco Popular S.A. y T&S Temservice S.A.S, deberán acercarse al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la demandante y solicitar el cálculo del título pensional por aportes deficitarios, y realizar el reajuste a satisfacción de la entidad, con base en un salario del 8 de marzo de 2018 al 30 de diciembre de 2018, de \$2.042.299 y del 1º de enero al 25 de febrero de 2019 de \$2.198.200, en un plazo no superior a 30 días con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia.

DECLARÓ que SEGUROS DEL ESTADO S.A., debe responder por los dineros cancelados por la sociedad Banco Popular S.A., ordenados anteriormente, conforme la vigencia de la póliza # 21-45-101183392, del 1º de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019.

CONDENÓ a las sociedades Banco Popular S.A. y T&S Temservice S.A.S, de forma solidaria, a cancelar a la demandante:

- Indemnización de la Ley 50 de 1990, del 15 al 25 de febrero de 2019 = \$748.843
- Indemnización del art. 65 del CST, del 26 de febrero de 2019 al 25 de febrero de 2021= \$52.756.800 y a partir del 26 de febrero de 2021, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera, sobre la suma de \$10.161.850 y hasta cuando el pago se verifique.

Y condenó en costas al Banco Popular S.A. y T&S Temservice S.A.S en favor de la demandante.

IMPUGNACIÓN

El apoderado del T&S Temservice S.A.S apela la sentencia, por no estar de acuerdo que, con la simple denominación de un cargo, se determine que la demandante desempeñó el mismo cargo. Sostiene que, la decisión es desfavorable por la premisa “a trabajo igual, salario igual”, y según las pruebas aportadas, interpreta que se está hablando únicamente del cargo de Asesor Comercial por el servicio prestado del 8 de marzo de 2018 y el 25 de febrero

de 2019, frente al cual la demandante no acreditó la paridad del cargo desempeñado por ella y el cargo con el cual se pretende equiparar; que en el interrogatorio y en la prueba testimonial, se indagó sobre la experiencia, la eficiencia en el trabajo, el grado de estudios, las funciones y actividades que desempeñaba en cada caso la demandante, pero las respuestas fueron la carencia de una prueba que lo acreditara; señala que no tiene incidencia que el Banco hubiera expresado cuales cargos reemplazó la demandante, pues no solo se trata de desempeñar el cargo, sino de cómo lo hace y qué características tiene ese trabajador para desempeñarlo. Que el art. 5º de la Ley 6º de 1945 y la sentencia 12.814 de 2016 se dijo que no basta con demostrar que un trabajador desempeño el mismo cargo que otro, porque lo relevante para determinar esa paridad de cargos, es que el trabajador ejecute las mismas actividades, en la misma jornada, en condiciones de eficacia, iguales, con criterios de evaluación de desempeño iguales, en una capacidad profesional y técnica iguales.

En relación al salario, resalta que el art. 79 de la Ley 50 de 1990 y el art 5 del Decreto 4369 de 2006, disponen que el salario que deben recibir los trabajadores en misión, pero se habla de escalas de antigüedad, y con esa norma se evidencia que no solo se trata de la ejecución del cargo.

Finalmente, dice que se debe tener en cuenta la buena fe con la que la empresa de servicios temporales actuó, en tanto no era posible conocer si el cargo puede equipararlo, así como tampoco puede conocer el valor que cada cargo pudiera tener el Banco al no tratarse de una información pública, y si bien la empresa de servicios temporales reconoce el salario, lo hace a partir de la información que otorga el Banco. La EST actuó de buena fe al determinar ese salario; considera que es un indicio, que el hecho de determinar el salario de un supernumerario, el cual cambia de oficina en forma permanente y hace cargos diferentes, no va a haber un nivel de eficiencia o de especialización o de experiencia en el cargo, equiparable a los demás; se adhiere a lo expuesto en la contestación de la demanda frente a la buena fe.

Expone que el cargo de la demandante fue temporal y esa temporalidad implica que la demandante estuviera trabajando en diversidad de cargos y no con permanencia, lo que genera que la demandante no reunía el requisito de experiencia de las personas que reemplazaba y así lo ratificó la testigo Marcela quien señaló que todos los cargos que la demandante reemplazaba eran personas que tenían más experiencia o más antigüedad que la demandante.

El apoderado de Banco Popular S.A. solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, aduciendo que la fuente normativa citada no permitiría llegar a la conclusiones arribadas, toda vez que el Decreto reglamentario de la Ley 50 de 1990 habla de los derechos del trabajador en misión pero condiciona el salario a unas escalas de antigüedad pero no está acreditado que la demandante tuviera la misma antigüedad de las personas que reemplazó por vacaciones, incapacidades o licencia; y la otra norma en que se sustenta la decisión, es la Ley 1423 de 2010, la cual es una norma especial que hace referencia a las malas prácticas realizadas por la intermediación laboral con las Cooperativas de Trabajo Asociado y con sindicatos creados para ser empleadores de papel pero no con el alcance de afectar el art. 34 del CST en cuanto a los contratistas independientes ni para modificar el alcance de la regulación del servicio temporal en cuanto a los salarios de los trabajadores en misión, sin que se pueda sostener que todo trabajador en misión debe recibir el mismo salario del trabajador que reemplaza. Y no coinciden en la apreciación de la prueba para que se le asigne un salario diferente a la demandante al que se le pagó.

La apoderada de SEGUROS DEL ESTADO S.A apela la condena impuesta del pago de eventuales pagos que deba hacer el Banco Popular S.A. explicando que en el numeral 1.5 del clausulado de las condiciones se determina por el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de naturaleza laboral y en el parágrafo 2 se indica que la póliza no cubre el pago de obligaciones de entidades de seguridad social ni obligaciones parafiscales; que en virtud de la condena impuesta de cara a la indemnización por no consignación del auxilio de cesantías y demás emolumentos, solicita se tenga en cuenta esa ejecución a la luz de lo señalado en la póliza terminada en 3392.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la sociedad T&S Temservice S.A.S manifiesta que en este evento no se acredita la paridad de cargos y en primera instancia se dio por probado son estarlo, que la demandante desempeñó el cargo equivalente al de Asesora Comercial del Banco Popular S.A.; conclusión a la que llega al no existir prueba que desempeñaba idénticas funciones que un asesor comercial, en tanto solo acreditó es la identidad en el nombre del cargo pero con ello no se asimila a la demandante a las funciones y actividades de dicho cargo.

Señala que la sola denominación del cargo no prueba el trabajo igual aduciendo que no se probó que el cargo con el cual pretende equipararse, cumple con todos los requisitos del art. 143 del CST y al analizar si dos trabajadores realizaron trabajo de igual valor, se debe analizar 1º) Que ambos cumplieran el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones eficiencia, eficacia y efectividad; 2º) Se debía probar la existencia de las mismas actividades, jornada, condiciones de eficiencia, criterios personales de evaluación individual de desempeño, capacidad profesional o técnica, antigüedad, experticia, cargas familiares o de rendimiento de la obra, inexistencia de puestos o cargos con titulares bajo el principio de estabilidad laboral de rango constitucional y legal, y que no exista ninguna otra razón objetiva que explique el trato diferente.

En cuanto a la antigüedad, plantea que no se acreditó la paridad del cargo desempeñado de asesora comercial y los asesores comerciales del banco popular, los cuales tenían más experiencia que la demandante; que en el interrogatorio se confesó, que no conocía la antigüedad de los cargos que remplazaba y aseguró que todos tenían más antigüedad que ella; en relación a las diferencias en educación y experiencia en los cargos, la testigo Marcela Franco, manifestó que la demandante hacía remplazos de vacaciones, enfermedad, licencias, entre otros, en diferentes oficinas, que la demandante hacía diferentes cargos, pero no sabe si había paridad entre educación y experiencia de cargos o personas que reemplazaba. Frente a la diferencia entre los trabajadores directos y trabajadores en misión, sostiene que la demandante contaba con diferentes salarios, condiciones de trabajo (en diversas oficinas), funciones, aptitudes, requisitos de contratación, experiencia, actividades, jornada, subordinación, capacidad profesional y técnica, antigüedad, cargas de rendimiento, y demás a las del Banco Popular S.A, por lo que no le corresponde el salario de un trabajador del dicho banco. Resalta que la prescripción jurídica del art. 79 de la Ley 50 de 1990 solo es aplicable en el evento en que la demandante pruebe que las funciones y características suyas eran comparativamente iguales a los otros trabajadores. Finalmente hizo referencia a la buena fe en el actuar de la sociedad T&S Temservice S.A.S.

El apoderado de la sociedad Banco Popular S.A solicita la revocatoria de la sentencia dado que en sentencia de primera instancia se generó sentencia condenatoria a la entidad que representa, pese a existir prueba que la

contratación de la demandante por la empresa de servicios temporales, fue ajustada al art. 77 de la Ley 50 de 1990, lo cual fue aceptado, pero condenó bajo el supuesto de que la trabajadora en misión debía recibir salario igual al de algunos de los trabajadores que había reemplazado en algunos de los cargos que desempeñó bajo la temporalidad mencionada; que si bien, el art. 79 de la Ley 50 de 1990 se establece que los trabajadores en misión devenguen igual salario al de los trabajadores de la empresa usuaria que cumplan la misma actividad, se condiciona a la aplicación de las escalas de antigüedad vigentes en la empresa y en este evento no fue materia de la prueba, la escala de antigüedad y se debió establecer si los empleados que la demandante reemplazó tenían una antigüedad comparable con ella.

Como se demostró que la demandante reemplazó a diferentes empleados en distintas fechas, distintas oficinas, distintos cargos y salarios, no es viable aplicar las normas con que se sustentó la sentencia siendo la única norma aplicable la Ley 50 de 1990 y al no demostrarse la escala de antigüedad no es procedente la nivelación salarial ordenada.

También se opone a la decisión, porque no ordenó a cargo de la aseguradora llamada en garantía, la cobertura por concepto de las sanciones moratorias, sin embargo, considera que no hay lugar a la condena por concepto de dichas sanciones moratorias, porque como se declara en la sentencia, la contratación de la demandante como trabajadora en misión, mediante el sistema de servicio temporal, habiéndose demostrado que efectivamente así se desempeñó en los varios reemplazos de personal del Banco Popular S.A. fue válida y ajustada a las normas respectivas, mal podría concluirse que se actuó de mala fe en dicha contratación; que su representada, como usuaria del servicio temporal, actuó de buena fe, en la creencia legalmente fundada de que se cumplía a cabalidad con las condiciones establecidas por la Ley 50 de 1990 artículos 71 y siguientes.

El apoderado de Seguros del Estado S.A manifiesta que la entidad nunca negó la existencia de las pólizas expedidas y se remite a lo expuesto en la contestación de la demanda en donde se habla de la existencia de dos contratos de seguro expedidos.

Frente a las excepciones de mérito que frente al llamamiento en garantía debieron ser resueltas invoca: 1) Único amparo afectable de los contratos de seguro de cumplimiento vinculado – alcance del amparo otorgado: frente al

que indica que la caratula de los contratos de seguros afianzan presupuestos en torno a la ejecución del contrato amparado y en este caso el único amparo es el pago de salarios y prestaciones sociales; que al analizar las pólizas y en caso de evidenciar el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales, se debía establecer si recaía la responsabilidad en el tomador de la póliza, que lo fue T&S Temservice S.A.S y si se hace extensivo predicar la solidaridad con el asegurado, con lo que quiere decirse, que los contratos no afianzan incumplimientos de pago de salarios y prestaciones sociales de trabajadores que no estuvieran bajo la subordinación del Banco Popular S.A y existe el requisito, que el trabajador estuviera desarrollando actividades exclusivamente en el marco de los contratos amparados, y al no ser así, no existiría cobertura de la póliza, lo cual fue probado y o se declaró pro el Juzgado.

2) Límites temporales del amparo de pago de salarios y prestaciones sociales: que en cada póliza se estipuló un límite temporal para tener claro el periodo del amparo, sin que se haya analizado en la sentencia.

3) Límites de valor asegurado del amparo de pago de salarios y prestaciones sociales: frente a lo manifiesta, que en caso de imponerse una obligación de pago con cargo a alguna de las pólizas, se debe respetar los límites de los valores asegurados, suma que se puede ver afectada desde la contestación hasta la ejecutoria de del proceso, con ocasión a una reclamación directa o un proceso judicial o administrativo, por lo que advierte que la obligación de la aseguradora es limitada en la cuantía de la carátula de la póliza y condicional a la existencia y disponibilidad del valor asegurado al momento de ser exigible la obligación.

4) Y el amparo de salarios y prestaciones sociales se limitó contractualmente a las leyes, no convencionales o extralegales: y la sentencia declara pretensiones referentes al reconocimiento de prestaciones convencionales o extralegales que no son objeto de la cobertura de los contratos de seguro.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico en esta instancia se centra en determinar: i) Si hay lugar a revocar el reajuste salarial ordenado en primera instancia; ii) Si la Empresa de Servicios Temporales T&S Temservice S.A.S actuó de buena fe; iii) En caso de ser confirmada la sentencia, se deberá analizar si hay lugar a revocar la

condena impuesta a la aseguradora Seguros del Estado S.A. en calidad de llamada en garantía.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. Del cargo desempeñado por la demandante

En primera instancia se consideró que en el presente evento no existió un contrato realidad entre la demandante y el Banco Popular S.A. al no demostrarse la desnaturalización del servicio prestado por la Empresa de Servicios Temporales, ni que esta fuera una simple intermediaria así como tampoco se demostró que el verdadero empleador fuera el Banco Popular S.A., en tanto se acreditó la existencia de varios reemplazos, la demandante ejerció varios cargos, tal y como son, los de auxiliar contable, asesor comercial, secretaria y gestora operativa; confesó la demandante que era supernumeraria y trabajó en varias oficinas y en todas hizo reemplazos; aunado a ello, se hizo referencia al poder subordinante de la empresa usuaria y que no se probó que el Banco tenía potestad para realizar llamados de atención; otra de las razones para justificar la decisión, es que no se sobrepasó el tiempo de 6 meses prorrogado por 6 meses más, dado que la demandante manifestó que el cargo que mayor tiempo ejerció fue de un año; y también se concluyó que los contratos finalizaban por renunciaciones voluntarias y no superaron el término establecido en la ley.

No obstante lo anterior, condenó al reajuste de salarios y prestaciones sociales en los términos del art. 5º del Decreto 4369 de 2006, solo por el contrato comprendido del 8 de marzo de 2018 al 25 de febrero de 2019 (donde se desempeñó como Auxiliar Comercial), dado que no se tienen factores de comparación con el cargo de Auxiliar Contable; advirtió que en la contestación de la demanda no se establecieron criterios de antigüedad o factores de diferenciación para establecer diferencias y además indicó que este proceso no se trata de una demanda de nivelación salarial de trabajadores de la misma empresa y que esta decisión se adopta con base en la normatividad que regula las Empresa de Servicios Temporales y con el art. 63 de la Ley 1429 de 2010 destacando de la norma que no se puede contratar bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos de los trabajadores y en este evento se contrató a la demandante para realizar una actividad permanente de la empresa, se contrató a un precio inferior, lo que está prohibido y va en detrimento de los derechos de la trabajadora.

Ahora, para lo que nos interesa, de la sentencia se extrae, que el A Quo consideró que los contratos que no se encontraba prescritos, correspondían a los últimos 3, ellos son:

- Contrato del 9 de junio de 2017 al 13 de febrero de 2018 donde la demandante se desempeñó de Auxiliar contable
- Contrato del 8 de marzo de 2018 al 25 de febrero de 2019 donde se desempeñó como Asesora Comercial
- Y contrato del 26 de febrero de 2019 al 27 de junio de 2019 donde se desempeñó como Auxiliar Contable

Sin embargo, como en respuesta a oficio dado por el Banco Popular S.A. se indicó que solo se contaba con el cargo de **Asesor Comercial**, fue por ello que reconoció el reajuste por el contrato comprendido entre el 8 de marzo de 2018 al 25 de febrero de 2019.

La anterior decisión fue apelada, al considerar que al ser aplicada la premisa de “a trabajo igual, salario igual”, se entiende que se estaría hablando del cargo de Asesora Comercial, cargo frente al cual considera que no se demostró la paridad de cargos y que al tratarse de una supernumeraria que cambiaba de oficina y de cargos ello no le permitía tener la eficacia, especialización o experiencia en el cargo desempeñado. Apreciación que no será aceptada por la Sala, pues nótese que el Banco Popular S.A. en respuesta a oficio visible en el expediente digital 28, le informó al Juzgado de conocimiento, que el Banco solo contaba con el cargo de **Asesor Comercial**, y en ese sentido, la declaración arrimada por la Sra. Marcela María Franco Garces, se dirige a expresar las labores desempeñadas por la demandante en el cargo en mención y frente a ello aseguró que la demandante reemplazaba a las Asesoras Comerciales en forma permanente; que la demandante realizaba lo mismo que los Asesores Comerciales vinculados al Banco, y la entidad bancaria le brindaba las mismas capacitaciones que a los Asesores Comerciales vinculados; expuso que los señores Lina Marcela, Mónica Mesa y Lina Dávila eran trabajadores vinculados al banco y realizaban las mismas funciones de la demandante; aseguró que cuando del demandante llegaba a reemplazar el cargos, hacía lo mismo de ese cargo y en oportunidades más cosas.

A diferencia de lo afirmado por la sociedad T&S Temservice S.A.S en su apelación, esta testigo fue clara en testificar, que no miraban los estudios de la persona que la demandante iba a remplazar, porque en el Banco había personas que estaban estudiando, o estaban cursando mitad de la carrera o que iban a empezar a estudiar; además dijo que a la demandante la entrenaban para ejercer el puesto y en caso de que no las entrenaran, la persona que entregaba el cargo la tenía que entrenar. Y frente a la experiencia sostuvo, que no se tenía en cuenta la experiencia de la demandante para realizar el reemplazo, porque si la demandante sabía hacer el puesto, la ubicaban y si la persona que estaba en el cargo sabía algo adicional y la demandante no lo sabía, la entrenaban para que ejerciera ese cargo.

Aunado a lo anterior, otra de las razones por las cuales no le asiste razón al apoderado de T&S Temservice S.A.S, cuando requiere la demostración de igualdad de actividades, jornada, eficacia y criterios de calificación, se debe a que en este evento no se reconoció la nivelación salarial entre empleados vinculados al Banco Popular S.A. sino que, por el contrario, se trata de dar aplicación a la normatividad que regula a las Empresa de Servicios Temporales.

Y en ese mismo sentido, tampoco sería aplicable la sentencia 12.814 de 2016 ni el art. 5º de la Ley 6 de 1945 invocados en el recurso de apelación, en tanto, los presupuestos facticos y jurídicos de esa sentencia distan del caso que nos ocupa, pues en aquella se estudió el derecho a la **nivelación salarial** de una persona que se vinculó al servicio de Empresas Públicas de Medellín desde 1984 y que en el año 1999 asumió las funciones de Analista de Calidad pero advirtió que del equipo de trabajo habían 3 trabajadores con idéntico cargo, nivel de responsabilidad, competencias y exigencias, pero con asignaciones salariales y categorías del empleo diferentes. En ese orden de ideas, y para el evento de esa nivelación salarial en la sentencia se indicó:

“Así es, porque más allá de los criterios enlistados en los arts. 5 de la L. 6ª/1945 y 143 del CST, -según los cuales las diferencias salariales solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales-, existen otros basados en razones objetivas que explican el trato diferente en oposición a la proscrita discriminación.

En esa dirección, durante décadas se ha mantenido la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte según la cual, es legítimo que existan diferencias en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén

fundadas en razones objetivas que no respondan al arbitrio del empleador o a odiosas diferencias originadas en el sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica del trabajador, tal y como lo prohíbe el art. 13 de la C.P. de 1991 y lo consagran los convenios 100 y 111 de la OIT ratificados por Colombia, a través de los cuales también se regula la igualdad y no discriminación retributiva en las relaciones de trabajo subordinado. (...)”

Argumentos que no son aplicables al caso que nos ocupa, porque según quedó establecido en la sentencia de primera instancia, la Sra. Elizabeth Tatiana Henao Marín fue una trabajadora en misión del Banco Popular S.A., no se trata de una trabajadora vinculada a dicha institución financiera y en ningún momento, las pretensiones se dirigieron a la nivelación salarial, lo que hace improcedente realizar el análisis de *“capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra”*.

Por lo expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia en este punto en concreto.

2. Del salario devengado por la demandante

Para analizar este problema, se debe decir que las Empresas de Servicios Temporales están reguladas por la Ley 50 de 1990, en sus artículos 71 a 94, y dentro de ellos el art. 79, reglamentado por el Decreto 1707 de 1991, determinó cuál era el salario a devengar por los trabajadores en misión, señalando que:

*“Los trabajadores en misión tendrán 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. (...)*” (Resalto de la Sala)

Normatividad que fue reiterada en el art. 5º del Decreto 4369 de 2006 y compilado en el artículo 2.2.6.5.5 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, bajo la denominación de *“Derechos de los trabajadores en misión”*.

En ese sentido, coincide la decisión del A Quo con la posición de esta Corporación, de reconocer a la demandante el reajuste de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social con base en el salario que percibía el personal vinculado al Banco Popular S.A. en el cargo de Asesor Comercial, sin que sea analizada la escala de antigüedad, en primer

lugar, por no encontrarse demostrado que el cargo de Asesora Comercial desempeñado por la demandante contra con dicha escala de antigüedad y por el contrario, de la respuesta dada al requerimiento del Juzgado que reposa en el expediente 28, se informó los salarios desde los años 2013 a 2019 sin hacer mención a alguna escala de antigüedad.

Y en segundo lugar, porque el art. 63 de la Ley 1429 de 2010, que reza: *“CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. **El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales** consagrados en las normas laborales vigentes. (...)”* (Negrilla fuera del texto).

Norma que es aplicable en este evento y que en ningún momento se sujeta exclusivamente a los eventos en que se analizan las contrataciones con Cooperativas de Trabajo Asociado, en tanto se trata de una ley que se expidió para la formalización y generación de empleo y su objetivo es *“la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse”*. Así mismo, el capítulo III que contiene el art. 63 hace referencia a la “simplificación de otros trámites” y el título VI trata del “sistema nacional de información sobre demanda de empleo” y, para lo que interesa, se resalta de la norma, la existencia de una prohibición de contratar personal en una empresa privada bajo cualquier modalidad que afecte los derechos.

Así las cosas, en este evento, es claro que la Sra. Elizabeth Tatiana Henao Marín fue contratada por la sociedad T&S Temservice S.A.S para desempeñarse como trabajadora en misión en el Banco Popular S.A., en el cargo de Asesora Comercial, pero devengando un salario inferior al percibido por un trabajador que desempeña el mismo cargo pero es vinculado directamente con la entidad bancaria, evidenciándose en ese sentido la vulneración a derechos constitucionales los consagrados en los arts. 13 y 53 de la CP, y el derecho legal consagrado en el art. 79 de la Ley 50 de 1990.

Por lo expresado, se CONFIRMARÁ el salario adoptado en primera instancia a efectos de reconocer los reajustes ordenados.

Y frente a la buena fe alegada por el apoderado judicial de la sociedad T&S Temservice S.A.S, la misma no se ve reflejada, en tanto que el representante legal de la misma, manifestó en el interrogatorio de parte, que el salario de los trabajadores en misión era determinado y acordado por la Empresa de Servicios Temporales y por el Banco Popular S.A., pero además de ello, hizo referencia a la escala salarial que tenía el banco, la cual dependía del tiempo que llevara trabajando en el Banco, de la educación, por lo tanto, es claro que la Empresa de Servicios Temporales conocía la existencia de salarios superiores a los fijados para los trabajadores en misión y pese a ello, optó por reconocer un salario que iba en contra vía de lo estipulado en la Ley 50 de 1990 en su art. 79.

3. Del llamamiento en garantía

En primera instancia se declaró en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia “SEGUROS DEL ESTADO S.A., debe responder por los dineros cancelados por BANCO POPULAR S.A., ordenados en el numeral anterior, conforme la vigencia de la póliza # 21-45-101183392, del 1º de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019”. Y al remitirnos al numeral anterior se encuentra, que la declaración donde las sociedades Banco Popular S.A y T&S Temservice S.A.S deben responder por el reajuste de salarios y reajuste de prestaciones sociales y vacaciones de los años 2018 y 2019; y se indicó frente a los **aportes a la seguridad social**, que el Banco Popular S.A. y T&S TEMSERVICE S.A.S, debían acercarse al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la demandante, solicitar el cálculo del título pensional por aportes deficitarios, y realizar el reajuste a satisfacción de la entidad. Dicha decisión la adoptó con sustento en la vigencia de la póliza # 21-45-101183392, del 1º de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019 y en aplicación del cubrimiento estipulado en el numeral 1.5 del Clausulado General, advirtiendo que las indemnizaciones estaban excluidas del amparo según el numeral 2.7.

Una vez analizada la prueba y centrándose la Sala en el recurso de apelación presentado, se CONFIRMARÁ PARCIALMENTE la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que a fl. 17 del expediente digital 15 obra póliza de seguro No. 21-45-101108534 con fechas de vigencia del 21 de abril de 2013 al 31 de marzo de 2018, donde el objeto del seguro lo era:

“Garantizar el cumplimiento, la calidad del servicio y el pago de salarios y prestaciones sociales del contrato de prestación de servicios No. 6645, cuyo objeto es: suministrar a el Banco cuando este 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 art. 6 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, apoyo en caja, apoyo en libranzas, apoyos en plataforma, extensiones de caja, jornadas adicionales, impulsores, prometedores para ventas de productos de servicios financieros, ejecutivos móviles, corresponsales no bancarios, atención de contact center, cobro de cartera U.C.H, proyectos como trabajos especiales, aperturas masivas de cuentas de ahorros, profesionales y/o técnicos especializados para proyectos y trabajos especiales, entre otros”

Y los amparos determinados en la póliza en mención corresponde a los “salarios y prestaciones sociales”.

Así mismo, se encuentra prueba de la póliza de seguro No. 21-45-10183392 a folio 21 del expediente digital 15, con fechas de vigencia del 1º de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2022, en donde se determinó que el objeto del seguro lo era “garantizar los amparos de la aceptación y adhesión de la oferta mercantil No. NCC No. 12 pertem 02 cuyo objeto era el suministro y administración de personal en misión presentada por T&S Temservice S.A.S el 7 de diciembre de 2015”. En la misma póliza se plasma que los amparos a cubrir eran “salarios y prestaciones sociales”, y en el numeral 1.5 del clausulado general de la póliza visible a fl 14, se señala como amparo, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de naturaleza laboral.

En ese sentido, como la orden impuesta a Seguros del Estado S.A. es la de responder por los dineros cancelados por el Banco Popular S.A por concepto de reajuste de salarios y reajustes de prestaciones sociales, se evidencia que los mismos se encuentran inmersos en la cobertura de los amparos enunciados.

Ahora, en lo que respecta al pago de los aportes a la seguridad social que el Banco Popular S.A y la sociedad T&S Temservice S.A.S deberán realizar al fondo de pensiones, considera la Sala que no hay lugar a que la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. le responda al Banco Popular S.A por los dineros reconocidos por ese concepto, teniendo en cuenta que en las pólizas de seguro No. 21-45-101108534 y No. 21-45-10183392 no fueron incluidos como amparo, el pago de aportes a la seguridad social, y aunado a

ello, en el inciso segundo de la cláusula 1.5 del Clausulado General de la póliza de seguros, determinó la exclusión al señalar:

“1.5. AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DE NATURALEZA LABORAL.

Este amparo cubre al asegurado por el incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral a cargo del tomador/garantizado con sus trabajadores, relacionadas con el personal vinculado mediante contrato de trabajo para participar en la ejecución del contrato garantizado y sobre las cuales sea solidariamente responsable el asegurado.

Este amparo no se extiende a cubrir al personal de los subcontratistas o a aquellas personas vinculadas al tomador/garantizado bajo modalidades diferentes al contrato de trabajo, **ni cubre el pago de obligaciones ante las entidades de la seguridad social ni obligaciones parafiscales**” (Resalto fuera del texto).

En ese sentido se REVOCARÁ PARCIALMENTE la orden dada a SEGUROS DEL ESTADO S.A., para en su lugar DECLARAR que SEGUROS DEL ESTADO S.A. deberá responder por los dineros cancelados por el Banco Popular S.A. correspondientes a salarios y prestaciones sociales hasta el límite de la cobertura y se ABSOLVERÁ de pagar lo correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social.

Frente a los demás aspectos alegados por el Banco Popular S.A y Seguros del Estado S.A, no se hará un pronunciamiento, teniendo en cuenta que el principio consonancia establecido en el art. 66A del CPT y SS establece “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación**” (resalto fuera del texto).

Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las sociedades Banco Popular S.A y T&S Temservice S.A.S por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto. No se condena en costas a Seguros del Estado S.A. por prosperar el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, EN SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la orden dada a SEGUROS DEL ESTADO S.A., para en su lugar **DECLARAR** que SEGUROS DEL ESTADO S.A. deberá responder por los dineros cancelados por el Banco Popular S.A. correspondientes a salarios y prestaciones sociales hasta el límite de la cobertura y se **ABSOLVERÁ** de pagar lo correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes, la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, conforme a lo expresado en esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las sociedades Banco Popular S.A y T&S Temservice S.A.S por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto. No se condena en costas a Seguros del Estado S.A. por prosperar el recurso de apelación.

TERCERO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE : ELIZABETH TATIANA HENAO MARÍN
DEMANDADO : BANCO POPULAR S.A.
LITISCONSORCIO NECESARIO: T&S TEMSERVICE S.A.S
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA : SEGUROS DEL ESTADO S.A.
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-002-2021-00054-01
RADICADO INTERNO : 292-23
DECISIÓN : REVOCA PARCIALMENTE, DECLARA Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 14 de diciembre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 14 de diciembre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO