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

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 15 de marzo de 2018

Radicación No: 66170-31-05- 001-2016-00085-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Claudia Juleith López Galvis

Demandado: Servientrega S.A., Acción S.A. y Dar Ayuda Temporal S.A.

Juzgado de origen: Laboral del Circuito de Dosquebradas

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: INTERMEDIACIÓN LABORAL / INADMISIBLE FRENTE A HIPÓTESIS NO AUTORIZADAS EN LA LEY / EMPRESA USUARIA ES VERDADERA EMPLEADORA Y LA INTERMEDIARIA RESPONDE SOLIDARIAMENTE / DESPIDO INDIRECTO NO SE PROBÓ / BONIFICACIONES HABITUALES CONSTITUYEN SALARIO / FACTORES SALARIALES NO PRESCRIBEN- SUMAS ADEUDADAS SÍ / APORTES A SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD SON IMPRESCRIPTIBLES / SANCIÓN MORATORIA- MALA FE -** . Como es bien sabido, la intermediación laboral en Colombia sólo está autorizada a través de las Empresas de Servicios Temporales, en las específicas hipótesis traídas por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. De tal suerte, que el uso inadecuado de esta institución, hace que se pregone a la pretensa usuaria, como verdadera empleadora, y a quien pose como E.S.T., con violación del citado estatuto, como la llamada a responder solidariamente, en los términos del artículo 35-3 del C.S.T.

(…)

Obviamente, que como no se acreditó que la empresa estuviera obligada a pagarle una remuneración mayor a la que normalmente percibiera como auxiliar administrativa, no puede recibir despacho favorable la aspiración de que su escrito de renuncia, se tomara como un despido indirecto, en la medida en que a pesar de que allí, la actora, adujo las razones, la mera enunciación de las mismas, sin su demostración plena, no es suficiente para lograr dicho propósito indemnizatorio.

(…)

En lo que tiene que ver con las bonificaciones y auxilios, como factores salariales, ponen de presente los artículos 217 y 218 del CST., modificados por los cánones 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, en el doble aspecto positivo y negativo, respectivamente, la connotación salarial de todo lo que recibe el trabajador en dinero y en especie como contraprestación directa del servicio, pese a la denominación que se adopte, ente ellas las bonificaciones habituales.

(…)

Respecto de la imprescriptibilidad de tales factores salariales, alegada en el recurso por la demandante, tema que ha sido abordado por el órgano de cierre de la especialidad laboral, cuando ha tratado sobre el reajuste de la base para la liquidación de la pensión de vejez, el cual no es el tópico a dilucidar en esta ocasión, bien es cierto, que para esos efectos, los factores salariales omitidos no son objeto de prescripción, sin embargo, las diferencias en los distintos créditos laborales que resulten a deber, por el obligado, por no incluir los factores salariales preteridos, si son objeto de perdida por falta de reclamo oportuno, esto es, dentro del trienio indicado en los artículos 488 del CST y 151 del CPLSS.(sentencia SL-8544, 15 de junio 2016, radicado 45050. R. J y D. 537-1707).

(…)

Sin embargo, no saldrá avante ese medio exceptivo, en lo que atañe al reajuste de los aportes a la seguridad social en pensiones y salud,… teniendo en cuenta, que tal reajuste no se afecta por el fenómeno prescriptivo, puesto que los aportes periódicos tienen por objeto construir la pensión y como tal le transmite esa calidad de imprescriptible que la pensión posee por sí misma.

Igualmente, la demandada observará la misma previsión en relación con la entidad de salud (EPS) a la cual estuviere afiliada la actora, dado que la imprescriptibilidad de tales aportes, dimana de los elevados intereses que persigue el Estado con su recaudo, a fin de financiar no solo las contingencias en la salud de la demandante, sino del conglomerado de afiliados al sistema de seguridad social, lo cual se proyecta en el principio de la solidaridad

(…)

Finalmente, en lo que tiene que ver con la sanción moratoria fulminada en la sentencia, por el no pago de las diferencias salariales …Visto, entonces, que la deuda de la empleadora se origina en el hecho de no haber tomado en cuenta, como factores salariales, la bonificación de servicios y el auxilio educativo, al momento de liquidar las diferentes prestaciones sociales, omisión reiterada a lo largo de casi diez (10) años interrumpidos de prestación del servicio, siendo que al menos, la primera, era inobjetablemente de estirpe salarial ante los claros términos del artículo 127 del CST… En síntesis, la cláusula séptima del contrato de trabajo se apartó de las normas reguladoras del tema, para adoptar su propia regla, no siendo, ello indicativa de la buena fe contractual, puesto que las legales de carácter laboral son de orden público y producen efecto general inmediato (art. 16 C.S.T.).

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 15 de marzo de 2018*

***Radicación No****:**66170-31-05-* *001-2016-00085-1*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Claudia Juleith López Galvis*

***Demandado:*** *Servientrega S.A., Acción S.A. y Dar Ayuda Temporal S.A.*

***Juzgado de origen****: Laboral del Circuito de Dosquebradas*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Intermediación laboral por fuera de los términos de los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990.*** *Como es bien sabido, la intermediación laboral en Colombia sólo está autorizada a través de las Empresas de Servicios Temporales, en las específicas hipótesis traídas por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. De tal suerte, que el uso inadecuado de esta institución, hace que se pregone a la pretensa usuaria, como verdadera empleadora, y a quien pose como E.S.T., con violación del citado estatuto, como la llamada a responder solidariamente, en los términos del artículo 35-3 del C.S.T.* ***Despido indirecto****. Como quiera que no se acreditó que la empresa estuviera obligada a pagarle una remuneración mayor a la que normalmente percibiera como auxiliar administrativa, no puede recibir despacho favorable la aspiración de que su escrito de renuncia, se tomara como un despido indirecto, en la medida en que a pesar de que allí, la actora, adujo las razones, la mera enunciación de las mismas, sin su demostración plena, no es suficiente para lograr dicho propósito indemnizatorio.* ***Factores salariales, posibilidad de exclusión por acuerdo****. No son las bonificaciones habituales, sino los beneficios y auxilios a los que alude la norma, carácter que no posee la bonificación por servicios; y en cuanto al auxilio de educación o formación, su mención educativa no está contemplada en la disposición, y si tácitamente lo estuviera, no hay prueba que el auxilio concedido a la actora se aplicaba, realmente, a estudios o capacitación, por lo que razón le asiste al a-quo, al señalar que lo fue para remunerar directamente el trabajo de la actora, disfrazado con ese rótulo.* ***Imprescriptibilidad de los factores salariales****. El reajuste de la base para la liquidación de la pensión de vejez, el cual no es el tópico a dilucidar en esta ocasión, bien es cierto, que para esos efectos, los factores salariales omitidos no son objeto de prescripción, sin embargo, las diferencias en los distintos créditos laborales que resulten a deber, por el obligado, por no incluir los factores salariales preteridos, si son objeto de perdida por falta de reclamo oportuno, esto es, dentro del trienio indicado en los artículos 488 del CST y 151 del CPLSS.(sentencia SL-8544, 15 de junio 2016, radicado 45050).*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy quince (15) de marzo de dos mil diez y ocho (2018), siendo las ocho y quince minutos de la mañana (8:15 a.m.), las magistradas y el magistrado ponente de la Sala de Decisión Laboral No. 04 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, declaran formalmente abierto el acto, con el propósito de resolver los recursos de apelación propuestos por ambas partes, contra la sentencia dictada el 21 de abril de 2017 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas , dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Claudia Juleith López Galvis*** contra la sociedad ***Servientrega S.A., Acción S.A. y Dar Ayuda Temporal S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a alegar en esta instancia, se les ilustra brevemente, acerca del objeto de esta contienda, sin que se profundice acerca de los pormenores del litigio (art. 280 in fine C.G.P., por integración del art.145 C.P.L.S.S.).

La promotora del litigio, perfila sus pretensiones, en la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo celebrado entre ella y Servientrega S.A. a término indefinido entre el 10 de noviembre de 2006 al 30 de enero de 2016; que Acción S,A, y Dar Ayuda Temporal S.A., fungieron como intermediarias, por lo tanto, son solidarias al pago de las acreencias a favor de la actora y a cargo de Servientrega; que los rubros por bonos de servicio, auxilios de educación y de formación, constituyen salario, por lo que devengó al final del contrato $1.009.000; amén de que su despido fue de manera indirecta o sin justa causa; en consecuencia, que se deben pagar de manera indexada los reajustes o diferencias (sueldo inferior, sueldo realmente devengado), correspondientes a los siguientes rubros: aportes para pensión, para salud, prima de servicios, horas extras, auxilio de cesantías e intereses a las mismas; e indemnización indexada por despido injusto; sanción moratoria, y reajuste de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por haber ocupada desde el 21 de febrero de 2011 el cargo de analista junior, amén de costas

 Como sustento fáctico relata los hechos alusivos a los servicios que la demandante prestó bajo la aparente modalidad por duración de la obra o labor contratada para el cargo de auxiliar administrativa, sin que fuera por necesidades: ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, incapacidad, enfermedad o maternidad; ni por atender incrementos de producción, transporte, ventas, períodos ocasionales de cosecha, y en la prestación de servicios; percibiendo un salario mínimo, o, el aparentemente pactado, más lo disfrazado como: bono de servicio, auxilio de educación o auxilio de formación, como contraprestación directa, habitual y periódica, que al momento de la terminación ascendía dicho bono a $200.000; que obró como intermediaria, primero, Acción S.A. [noviembre de 2006- febrero de 2013] y luego Dar Ayuda Temporales S.A. [febrero de 2013- enero de 216]; que desde el 21 de febrero de 2011, su cargo era de auxiliar administrativa, pero que sus funciones, realmente, correspondían a las de analista junior, sin que su asignación se le hubiese nivelado, pese a sus reclamos, hecho que motivó su renuncia, configurándose un despido indirecto (fl. 112 B y ss)

Las demandas allegaron los escritos de contestaciones, en los siguientes términos:

La sociedad Servientrega S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda. Negó el vínculo laboral, dado que la demandante fungió como empleada en misión, siendo las empresas temporales las llamadas a responder laboralmente, por lo que tampoco, le consta los términos en que se suscribió el contrato de trabajo, con ambas temporales, siendo ajena a la forma como se pactó el salario y sus factores. Aceptó que en la estructura de la empresa usuaria existen los cargos de auxiliar administrativa y de analista junior, pero que en la agencia ubicada en Dosquebradas, no existe el segundo cargo. Negó que los contratos celebrados con las temporales, durarían según la orden de servicios de Servientrega S.A. Negó que la contratación con las temporales, no estuviera ajustada a la Ley 50 de 1990, sin que sea requisito que las labores sean ajenas o distintas a las de la usuaria. En otro capítulo, adujo que se debe partir de la buena fe, que al momento de la liquidación del contrato de trabajo, tuvo Dar Ayuda Temporal S.A., teniendo en cuenta, además, lo consagrado en la cláusula quinta, en la que se acordó qué era factor salarial “y cuales no”, con respecto al bono de servicio como al auxilio de educación, refiere que son manejados en la empresa usuaria como unos beneficios de productividad, para recompensar el esfuerzo de trabajo, no con la finalidad de beneficiar a la trabajadora o de enriquecer su patrimonio, sino por mera liberalidad y gratificar por la prestación del servicio, sin defraudar los intereses de la actora. Propuso como excepciones: Falta de legitimación por pasiva y falta de solidaridad, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls.192 y ss).

La sociedad Dar Ayuda Temporal S.A., se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos replicó que, ciertamente, había fungido como tal en la relación de trabajo que acá se debate, en diversos períodos, a término fijo inferiores a un año, para la atención de los picos de producción en la empresa Servientrega S.A., de manera ocasional, cuyas terminaciones se notificaron con la debida antelación. Negó la calidad de salariales de los rubros reclamados, puesto que no estaban ligados a la productividad o esfuerzo del trabajador, que se originaron por mera liberalidad del empleador, que además, no superaban el 40% de lo devengado, y su pacto en contrario no era necesario estipularlo. Propuso como excepciones: La terminación conforme a la ley, pago total, buena fe, prescripción, ausencia de solidaridad y compensación (fls. 211 y ss.).

La compañía Acción S.A., se opuso a las pretensiones. A los hechos replicó acerca de la certeza de haber celebrado los contratos de trabajo (6) con la demandante en los lapsos indicados por ésta, en misión en la empresa usuaria Servientrega S.A., para ejecutar las obras, para las cuales fue contratada, sin ocupar cargo, ni ejercer funciones; que los $200.000, por concepto de bonos, fueron entregados por mera liberalidad del empleador, para facilitar el cumplimiento de sus labores, al tenor de la cláusula 7ª del contrato de trabajo, no “salarizables”, ya que no exceden el 40% del ingreso; y que el contrato duraría el tiempo que durara la obra, sin preaviso alguno. Formuló las excepciones: pago, carencia de derecho para demandar, buena fe, y prescripción (fls.145 y ss).

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento, mandó que el bono de servicios y el auxilio de educación o de formación, son factores salariales. Tras declarar la ineficacia del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y Dar Ayuda Temporal, declaró como verdadero empleador a Servientrega S.A., a término indefinido entre el 10 de noviembre de 2006 y el 30 de enero de 2016, y a: Acción S.A. y Dar Ayuda Temporal S.A. como intermediarias, y en principio, solidarias, puesto que solo condenó en este nivel a Dar Ayuda Temporal S.A., toda vez que a la otra la favoreció el fenómeno prescriptivo.

Condenó a Servientrega S.A. y a la solidaria al reconocimiento por los siguientes reajustes: horas extras, auxilio de cesantía, intereses a las mismas, prima de servicios, e indemnización moratoria. Negó los demás pedimentos, y declaró no probadas unas excepciones, y otras probadas parcialmente. No hizo pronunciamiento en costas.

En su discurrir, en torno a la ineficacia de la intermediación laboral realizada a través de las Empresas de Servicios Temporales, trajo a cuento la legislación de la materia, acompañada por los pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 24 de abril de 1997 y 24 de febrero de 2006, y con acopio en los contratos celebrados entre Servientrega y las comentadas ESTs, concluyó que la intermediación fue irregular dado que: *(i)* se hizo caso omiso de la temporalidad, *(ii)* no se dijo la naturaleza de lo contratado, *(iii)* ni a quien se iba a reemplazar; *(iv)* se le indicó que iba a operar en un cargo que no existía en su planta, por el término estrictamente necesario; razón por la cual en cumplimiento de los comentados fallos, dedujo, entonces, que Servientrega fungió como empleadora, y las otras, como intermediarias, dado que no avisaron a la trabajadora, el carácter con que actuaban.

Respecto a la nivelación salarial, bajo el supuesto de que Claudia Juleith López, debía ganar lo percibido por un analista junior, cargo que según los oponentes, nadie ocupaba en la regional del eje cafetero, Dosquebradas, pues, se trataban de auxiliares administrativos, motivo por el cual negó la pretensión al verificar que no hubo discriminación salarial, por carencia de sujetos a comparar. En lo tocante a los factores salariales, bonificación servicio, educación y formación, bajo el análisis de los artículos 217 y 218 de C.S.T., adujo que por su habitualidad debían colacionarse en el rubro salarial, tampoco se pactaron como no salariales, y todos no obstante, la denominación que se les dio buscaron la remuneración de los servicios de la trabajadora. Sobre el reajuste para la base de los aportes en pensión y salud, los negó, por cuanto se solicitaron para sí, no para el sistema de la seguridad social.

En torno al despido indirecto, tras enunciar la norma, en comparación con el texto de la renuncia, y pese a que su motivación obedeció, según, la renunciante a diferentes anomalías de la empresa, así como por haber estado percibiendo un salario menor al real, despachó negativamente la pretensión por no haberse comprobado este supuesto, ni las sedicentes anomalías. En cuanto a la sanción moratoria, encontró, sus supuestos, demostrados, en la medida en que la buena fe patronal no estuvo presente, al disimularse el pago de algunos conceptos salariales, con la cláusula de que estos se reconocían por mera liberalidad de la empleadora, por lo que se extralimitó, siendo ineficaz la misma, sin que la falta de reclamo de la trabajadora convalide la actuación de su oponente, pues, ello es indicativo de la falta de negociación o simple adhesión.

 ***APELACIÓN***

Inconformes con la decisión todos los sujetos procesales, salvo Acción S.A., interpusieron el recurso de apelación. En primer lugar, lo hizo la actora, en orden a que se revocaran los punto atinentes a: *(i)* la negativa de la nivelación salarial, por cuanto las funciones desempeñadas por Claudia Juleith López, están previstas por la empresa en otras regionales, en el cargo de analista junior, con un estipendio superior al que devengó aquella; *(ii)* la negativa de la indemnización por despido injusto, puesto que la desvinculación se debió a que, ella, se vio coaccionada a renunciar por la situación presentada con su discriminación salarial; *(iii)* que los bonos de servicios, educación y formación, se debieron reconocer como factores salariales desde el inicio de la relación laboral, dado que no los afecta la prescripción, además, con los incrementos de las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

*(iv)* Extrañó que no se fulminaran condenas a título de indexación, reajuste de prestaciones sociales y a los aportes a la seguridad social, siendo que los sustentos estaban en los hechos de la demanda; *(v)* se lamentó, igualmente, por la absolución recaída en Acción S.A., dado que sobre ésta también se extendía la contratación indebida o irregular, más cuando la relación fue a término indefinido con Servientrega; y pese a que la parte que recurre, afirma que, otra cosa es la prescripción, pues la responsabilidad no es susceptible de dicho fenómeno extintivo, solicita condena por los diversos créditos para esta demandada, y *(vi)* pide que se acceda al reconocimiento de todas las pretensiones de la demanda y costas.

Dar Ayuda, perfiló su inconformidad en torno a la calidad de salariales de los rubros percibidos como bonos, y las condenas impuestas, inclusive por sanción moratoria. Arguyó, que tomó en cuenta los bonos en las liquidaciones. En cuanto a la indemnización moratoria, adujo que como la EST, respetó el acuerdo de las partes sobre pactos salariales, no se debe condenar por tal indemnización.

Servientrega, *(i)* defendió la contratación a través de empresas de Servicios Temporales, dado que con éstas se busca dinamizar la economía, reglamentación que la empresa no violó, toda vez que no se trataba de una relación única, y los periodos no superaban un año; *(ii)* que la actora no ofreció reparo alguno, frente a la liquidación a ella elaborada; *(iii)* negó que los bonos fueran factores salariales, puesto que no superaban el 40% del salario percibido. *(iv)* En cuanto a la indemnización moratoria, expuso, que no se dieron las condiciones para dicha condena, puesto que: *(i)* pagó las prestaciones sociales, *(ii)* no abusó de la posición dominante, *(iii)* colaboró a la actora con la educación, y *(iv)* que los rubros alegados como factores salariales, están en entredicho, a la espera de que la jurisdicción definiera el punto.

 ***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia, se da oportunidad para que los asistentes aleguen en este grado, si a bien disponen, en el término de 8 minutos, cada uno

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para resolver el recurso de apelación, la Corporación planteara los siguientes interrogantes jurídicos.

¿Se ajustó o no, la contratación de la actora, a través de las Empresas de Servicios Temporales, a las previsiones de la Ley 50, arts. 71 y 77?.

¿Para efectos de las condenas dinerarias contra la solidaria Acción S.A., cómo opera respecto de ésta, por un lado, la declaración de su calidad de intermediaria por no haberse anunciado así, ante la trabajadora (art. 35-2 C.S.T.), y por otra, la prosperidad a su favor de la excepción de prescripción?.

¿Ante la prosperidad de esta última, serán indiferentes las declaraciones en torno a la intermediación, por un lado y la solidaridad, por otro, o cabrá alguna distinción?.

¿La nivelación salarial se tiene con respecto a cargos, que pese a figurar en el organigrama de la empresa, no están provistos en la oficina de la persona que aspira a su nivelación?.

¿Los bonos de servicios, educación y formación obedecen al concepto salarial?

¿Dados los términos con los cuales se expresó la renuncia, en este asunto, habría lugar al despido indirecto?.

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

I- Como es bien sabido, la intermediación laboral en Colombia sólo está autorizada a través de las Empresas de Servicios Temporales, en las específicas hipótesis traídas por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. De tal suerte, que el uso inadecuado de esta institución, hace que se pregone a la pretensa usuaria, como verdadera empleadora, y a quien pose como E.S.T., con violación del citado estatuto, como la llamada a responder solidariamente, en los términos del artículo 35-3 del C.S.T.

 Esta que ha sido la inveterada postura del máximo órgano judicial de la especialidad laboral, ha sido también la posición del Consejo de Estado, –Sección segunda- cuando en reciente fallo de 6 de julio de 2017, con radicación 22182016, retiró del ordenamiento jurídico las disposiciones del DUR 1072/15 (Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo), por cuanto desbordaban materialmente, no sólo la Ley 50 de 1990, sino también el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 (Ley de formalización y generación de empleo), la cual prohíbe la contratación de personal a través de Cooperativa de trabajo asociado, y bajo otra forma de vinculación de intermediación laboral, denomínese como se denomine, para desarrollar actividades misionales permanentes.

En cuanto al abuso que con frecuencia enfilan, empleadores y EST, en contra de las previsiones excepcionalísimas del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, cuyo tenor reza: “*las empresas usuarias sólo podrán contratar con las empresas de servicios temporales en los siguientes casos…*” aunado a que para ello éstas requieren autorización del Ministerio del Ramo, arts. 95 y 96 ibídem.

Tales eventos se remiten a los siguientes: *“1. Cuando se trate de la labores ocasionales, accidentales o transitorias a que sé refiere el artículo* [*6*](http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/codigo_sustantivo_trabajo.htm#6)*o. del Código Sustantivo del Trabajo.*

*2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad…”.*

 *3. Para tender 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) mes más.”*

 En el sub-examine, la contratación a través de las empresas de servicios temporales: Acción S.A. y Dar Ayuda S.A., resultan abiertamente ilegales al transgredirse flagrantemente la Ley 50 de 1990, a la altura de su artículo 71, y en especial el 77, puesto que la contratación a través de las codemandadas, no se avino a las hipótesis, precisas, descritas en los numerales: 1 a 3. Baste reparar que no se trajo prueba del incremento de la producción, que hubiese motivado, legalmente, la contratación de la actora en misión, o que ésta cumpliera labores ocasionales, accidentales o transitorias en los términos del artículo 6 del C.S.T., o que hubiese reemplazado personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad.

Por el contrario, la regularidad como fue desarrollada la labor a cargo de la demandante, como lo reconocen los sujetos procesales, indica a las claras que la extensión de las mismas, ameritaba que la empresa la tuviese de planta, al juzgar, por lo que se alegó en esta controversia, apoyada con la testifical, que sin asumo de duda, dejan entrever que Claudia Juleith, fungió en el rol de auxiliar administrativa.

 Por ende, no le asiste razón a la censura de Servientrega S.A., cuando sostiene que la contratación estuvo ajustada a la Ley 50 de 1990, o que los diferentes interregnos no superaban uno año cada uno, cuando lo cierto es, que individualmente, en algunos casos, si se vislumbra esa extralimitación, que de todas maneras si se ofrece evidente, en su conjunto, al juzgar por los largos años en que se mantuvo (2006 a 2016), aunado a que, el inicial, 10 de noviembre de 2006 al 15 del mismo mes de 2007, había superado con creces el lapso permitido por mandato legal, para contratar con la EST. (Num. 3 art. 77 Ley 50/90).

II- En torno a que la demandante no había reclamado con antelación al proceso, oportuna son las palabras del órgano de cierre de la especialidad laboral, al asentar que la ley no impone esa condición para hacer efectiva la protección al trabajo, por cuanto del silencio no se puede derivar la aceptación: en vista de que ésta es la parte débil de la relación, a la que se le ha de brindar la protección para hacer efectivo el derecho al trabajo, y esto se logra permitiéndole que, en el momento en que lo considere a bien, reclame sus derechos como trabajador (a), con la única limitante de los efectos de la prescripción de la acción establecida, para brindar la seguridad jurídica propia de un Estado social de derecho (sentencia 95622015 [44186] julio 1 de 2015).

Con todo, no obstante, que las demandadas recurrentes, en especial Servientrega S. A., no lograron derruir la declaración del *a-quo*, en torno a que ella fungió como verdadera empleadora, no será necesario dejar en firme, el numeral primero, que se revocará, en tanto que para arribar a la declaración segunda, no hubo de incursionarse en el campo de la ineficacia de los negocios jurídicos, sino al principio de la realidad sobre las formalidades, mediante el cual hubo de invertirse las calidades con que actuaban las accionadas, al violar la Ley 50 de 1990, arts. 71 y 77, entre otros.

Sin embargo, dicho numeral segundo habrá de modificarse teniendo en cuenta que por fuerza del recurso de Servientrega S.A., la relación no fue única del 6 de noviembre de 2006 y 30 de enero de 2016, como lo supone la redacción del susodicho numeral, sino por periodos, entre los cuales mediaba entre unos y otros, unos 20 días o más, aunado a que como lo da entender la propia redacción de la demanda (hs. 2 a 4), la relación laboral estaba íntimamente atada con los vínculos con las dos ETS, y no por fuera de ellas, sin que deponencia alguna dejara entrever que la relación fuera única.

II- En cuanto al reclamo de la nivelación salarial, comparado el suyo como auxiliar administrativa, con el de analista junior, consagrado según, ella, en el organigrama de la empresa en otras regionales en el país, no tiene vocación de ventura, en la medida en que no militan en el plenario, los parámetros de comparación, que permitan inferir la discriminación de lo devengado y el que presumiblemente recibió otro servidor en el cargo comparado (art. 143 CL), puesto que como lo refiere en el recurso, la función de analista junior no está provista en la oficina del eje cafetero con sede en Dosquebradas, allende se desempeñara la actora, que es lo indica, también, el documento (arquitectura de cargos-regionales MERF), incorporado en la audiencia de trámite y juzgamiento visible a folio 274.

Adicionalmente, si fuera procedente la comparación con un analista junior que se hubiera desempeñado en otra oficina de la accionada, no se indicó: *(i)* el nombre o nombres de tales empleados, *(ii)* la oficina u oficinas donde presuntamente operaron, *(iii)* cuál era el salario asignado al cargo de analista junior, y *(iv)* si fuere mayor, éste, fuere percibido por el empleado que se compara. Elementos, todos, que brillan por su ausencia en el plenario.

III- Por lo tanto, no sale avante esta parte del recurso, como tampoco el que se enfiló en contra de la negativa a la indemnización por despido injusto, bajo el argumento blandido por la recurrente de que en el sub-lite, se dieron los presupuestos para que en su caso se configurara el despido indirecto, en vista de que su renuncia obedeciera a las circunstancias presentadas en la empresa, por la negativa de ésta, a sufragarle la remuneración que correspondía a las funciones del analista junior, que se itera, se desconoce por completo su valor, puesto que la demandante, tan siquiera, se preocupó por allegarlo al proceso.

Obviamente, que como no se acreditó que la empresa estuviera obligada a pagarle una remuneración mayor a la que normalmente percibiera como auxiliar administrativa, no puede recibir despacho favorable la aspiración de que su escrito de renuncia, se tomara como un despido indirecto, en la medida en que a pesar de que allí, la actora, adujo las razones, la mera enunciación de las mismas, sin su demostración plena, no es suficiente para lograr dicho propósito indemnizatorio.

No prospera, por ende, este otro segmento de la apelación.

IV- En lo que tiene que ver con las bonificaciones y auxilios, como factores salariales, ponen de presente los artículos 217 y 218 del CST., modificados por los cánones 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, en el doble aspecto positivo y negativo, respectivamente, la connotación salarial de todo lo que recibe el trabajador en dinero y en especie como contraprestación directa del servicio, pese a la denominación que se adopte, ente ellas las bonificaciones habituales. De tal suerte que la percibida por la demandante bajo ese rubro de manera habitual por valor de $40.000 por mes, constituye salario, sin que deje de serlo en virtud de la cláusula séptima del contrato de trabajo, dado que las partes no pueden quitarle esa naturaleza que le ha dado el canon 127; puesto que cosa muy diferente es si se pagaran, de manera ocasional, a tono con el artículo 128, estas, en cambio, carecen de dicha connotación salarial, por lo que no tendría sentido de que mediara acuerdo entre los sujetos, acerca del carácter no salarial, siendo que la norma ya lo previó así.

Ahora, tampoco tendría sentido de que una bonificación habitual, constituyera aún mismo tiempo salario y no salario, puesto que el artículo 128 alude técnicamente, por un lado, a bonificaciones o gratificaciones ocasionales, y por otra, a los benéficos (no bonificaciones) o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación habitación o vestuario, las prima extralegales, de vacaciones, de servicio o de navidad.

En estas condiciones la posibilidad de que se excluya como salarios no son las bonificaciones habituales, sino los beneficios y auxilios a los que alude la norma, carácter que no posee la bonificación por servicios; y en cuanto al auxilio de educación o formación que, también, se otorgaba habitualmente, equivalentes a $130.000 mensuales, su mención educativa no está contemplada en la disposición, y si tácitamente lo estuviera, no hay prueba que el auxilio concedido a la actora se aplicaba, realmente, a estudios o capacitación, por lo que razón le asiste al *a-quo*, al señalar que lo fue para remunerar directamente el trabajo de la actora, disfrazado con ese rótulo.

Así las cosas, no sale avante el recurso de las accionadas en el sentido de combatir el carácter salarial de los rubros: bonificación y auxilio de educación, por lo que habría lugar a reajustar las diferencias que resulten en la liquidación tanto de los aportes en pensiones y salud, como de los otros prestacionales.

V- Respecto de la imprescriptibilidad de tales factores salariales, alegada en el recurso por la demandante, tema que ha sido abordado por el órgano de cierre de la especialidad laboral, cuando ha tratado sobre el reajuste de la base para la liquidación de la pensión de vejez, el cual no es el tópico a dilucidar en esta ocasión, bien es cierto, que para esos efectos, los factores salariales omitidos no son objeto de prescripción, sin embargo, las diferencias en los distintos créditos laborales que resulten a deber, por el obligado, por no incluir los factores salariales preteridos, si son objeto de perdida por falta de reclamo oportuno, esto es, dentro del trienio indicado en los artículos 488 del CST y 151 del CPLSS.(sentencia SL-8544, 15 de junio 2016, radicado 45050. R. J y D. 537-1707).

No prospera, entonces, el recurso de la accionante en este aspecto, por lo que resulta avante la excepción de prescripción, propuesta por ambos sujetos pasivos, únicamente, sobre el reajuste de las prestaciones sociales, por los distintos períodos, laborados en el 10 de noviembre de 2006 y el 3 febrero de 2013, dado que la demanda sólo se presentó el 29 de marzo de 2016 (fl. 9).

VI- Sin embargo, no saldrá avante ese medio exceptivo, en lo que atañe al reajuste de los aportes a la seguridad social en pensiones y salud, puesto que aunque la pretensión, se entendiera a primer golpe de vista, como en los demás créditos laborales, que se hizo para sí, un entendimiento racional indica, qué tal reajuste tiene como destino el fondo de pensiones al cual estaba afiliada la demandante.

Por lo que entonces, se dispondrá que la demandada, Servientrega S.A., deberá trasladar al Fondo de Pensiones al cual estuviere afiliada Claudia J. López Galvis, dentro del término de ejecutoria de esta sentencia y 10 días más, la diferencia de lo dejado de aportar mensualmente por pensiones, teniendo en cuenta, que tal reajuste no se afecta por el fenómeno prescriptivo, puesto que los aportes periódicos tienen por objeto construir la pensión y como tal le transmite esa calidad de imprescriptible que la pensión posee por sí misma.

Igualmente, la demandada observará la misma previsión en relación con la entidad de salud (EPS) a la cual estuviere afiliada la actora, dado que la imprescriptibilidad de tales aportes, dimana de los elevados intereses que persigue el Estado con su recaudo, a fin de financiar no solo las contingencias en la salud de la demandante, sino del conglomerado de afiliados al sistema de seguridad social, lo cual se proyecta en el principio de la solidaridad, entendida no solo como la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil, sino como también, aquel deber a cargo del Estado de garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo (art. 2-c Ley 100 de 1993).

Con tales propósitos tendrá en cuenta la demandada que la nueva base para realizar los aportes, será: 2006: $450.000; 2007: $475.000; 2008: enero y febrero $505.000; marzo a diciembre: $670.000; 2009: $670.000; 2010: enero a junio: $688.000; julio-agosto: $700.000; septiembre a diciembre:$740.000; 2011: $740.000, y 2012: $770.000; 2013: $863.000; 2014: $892.000; 2015: $922.000; y 2016: $692.000.

VI- Como consecuencia de lo anterior, también habrá lugar a abrirse paso, el recurso de la demandante, en tanto se declarará a la sociedad Acción S.A., a pagar solidariamente las diferencias en relación con los aportes en pensiones y salud que corrieron mientras fungió como simple intermediaria, esto es, del 10 de noviembre de 2006 al 3 de febrero de 2013, descontando, naturalmente, las interrupciones que se desprenden de su respuesta al hecho primero, así: (i) del 16 al 29 de noviembre de 2007; (ii) del 1 al 19 de enero de 2009; (iii) 1 al 15 de febrero de 2010; (iv) 7 a 20 de febrero de 2011; (v) del 23 de enero al 12 de febrero de 2012 (fl. 145).

VII- En lo tocante con los períodos en que, en apariencia, la otra accionada Dar Ayuda Temporal S.A., contrató en misión a la actora, se observa, entonces, que como ya se expresara, estos no denotan una relación única, sino por lapsos independientes, con arreglo a la respuesta suministrada por aquella, la que deja entrever estos tres: *(i)* de 25 de febrero de 2013 al 5 de mayo de 2014 y *(ii)* del 26 de mayo al 9 del mismo mes de 2015 y *(iii)* del 1 de junio de 2015 al 30 de enero de 2016 [fl. 212].

Se dispondrá por lo tanto, el reajuste de los aportes de pensiones y salud de la manera dicha precedentemente, atendiendo estos períodos, declarándose, por ende, no probada la excepción de prescripción alegada por ésta y por Servientrega S.A., sobre los aportes en pensiones y salud generados en estos lapsos, y parcialmente, avante la prescripción sobre el reajuste de los demás rubros, causados con anterioridad al 29 de marzo de 2013, acorde con los artículos: 488 del C.S.T., y 151 del C.P.L.S.S.

Tales diferencias a salvo de la prescripción de manera discriminada asciende a los siguientes valores: *(i)* por auxilio de cesantía: $563.887, *(ii)* por prima de servicios: $563.887 e *(i)* intereses: $40.209. Lo que se ilustra con el cuadro elaborado por la Sala, en conocimiento de las partes y que hará parte integrante del acta final.

VIII- Finalmente, en lo que tiene que ver con la sanción moratoria fulminada en la sentencia, por el no pago de las diferencias salariales, esta Sala parte de la consideración, de que la misma no opera de manera automática ni inexorable, como reiteradamente lo tiene decantado la jurisprudencia nacional, puesto que es esencial a esa condena que para arribar a la misma el obligado (a) al pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, no estuviere asistido de razones de buena fe, que pudiera justificar su omisión, puesto que de obrar motivos serios y atendibles, traerían como consecuencia ineludible su exoneración al reconocimiento de la indemnización moratoria.

Visto, entonces, que la deuda de la empleadora se origina en el hecho de no haber tomado en cuenta, como factores salariales, la bonificación de servicios y el auxilio educativo, al momento de liquidar las diferentes prestaciones sociales, omisión reiterada a lo largo de casi diez (10) años interrumpidos de prestación del servicio, siendo que al menos, la primera, era inobjetablemente de estirpe salarial ante los claros términos del artículo 127 del CST, y su carácter de habitual, sin que ese comportamiento omiso estuviere respaldado en la cláusula del contrato de trabajo, como susceptible de acuerdo entre las partes, sobre lo contrario, puesto que la misma ley se anticipó a dotarla con ese carácter, y aunque fue reconocida por el querer unilateral de la empleadora, para efectos del presunto acuerdo, no se puede confundir la bonificación habitual, de la que aquí se trata, con los beneficios o auxilios habituales u ocasionales tales como: la alimentación, habitación y vestuario, las primas extralegales de: vacaciones, de servicios o de navidad, que si pueden ser materia de acuerdo sobre el no carácter salarial, con arreglo a las voces finales del artículo 128 ibidem.

En síntesis, la cláusula séptima del contrato de trabajo se apartó de las normas reguladoras del tema, para adoptar su propia regla, no siendo, ello indicativa de la buena fe contractual, puesto que las legales de carácter laboral son de orden público y producen efecto general inmediato (art. 16 C.S.T.)

Por lo tanto, tampoco prospera este otro reparo de las accionadas recurrentes. Siendo de acotar, que esta condena, impide la indexación sobre los diferentes reajustes, alegada por la contradictora, en el recurso, por cuanto no sería plausible dicha indexación, dada la inminente incompatibilidad entre ambas.

En síntesis, se revocará parcialmente la sentencia, en orden a: *(ii)* imponer a Servientrega S.A., el reajuste por aportes en pensiones, *(ii)* a que Acción S. A., concurra a su solución como solidaria, durante el tiempo que medió como simple intermediaria, y a declarar avante la excepción de prescripción, a favor de ambas demandadas por los demás conceptos, *(iii)* imponer condena por reajuste de aportes pensiónales a la misma empleadora y a Dar Ayuda Temporal S.A., como solidaria en los periodos en que ésta fungió como simple intermediaria, y declarar probada, parcialmente, la excepción de prescripción con relación a las demás diferencias o reajustes, causados con anterioridad al 29 de marzo de 2013, negando las demás.

Se revocará, igualmente, el numeral primero y se modificará el segundo, en orden a declarar que la relación no fue única, sino por los periodos enunciados en estas consideraciones.

Las costas en primera instancia serán a cargo de los demandados, en un sesenta por ciento (60%). No habrá lugar a condena en costas de segunda instancia, por haber prosperado parcialmente ambas alzadas.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Confirma** los numerales tercero y quinto de la sentencia conocida en sede de apelación.

2. **Revoca** el numeral primero, y modifica la primera parte del segundo. En consecuencia, ambos quedarán como primera parte del numeral segundo así:

**Declara** a la Sociedad Servientrega S.A. como verdadera empleadora de Claudia Juleith López Galvis, en el cargo de auxiliar administrativa durante los siguientes períodos: *(i)* 10 de noviembre de 2006 hasta el 15 del mismo mes de 2007; *(ii)* 30 de noviembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2008; *(iii)* 20 de enero de 2009 hasta el 31 del mismo mes de 2010; *(iv)* 16 de febrero de 2010 hasta el 6 del mismo mes de 2011; *(v)* 21 de febrero de 2011 hasta el 22 de enero de 2012; y *(vi)* 13 de febrero de 2012 hasta el 3 del mismo mes de 2013 [fl. 112-B]; *(vii)* de 25 de febrero de 2013 al 5 de mayo de 2014 y *(viii)* del 26 de mayo al 9 del mismo mes de 2015 y *(ix)* del 1 de junio de 2015 al 30 de enero de 2016 [fl. 212].

3. Adiciona la segunda parte del citado numeral segundo, y revoca la primera parte del numeral sexto, quedando ambas así:

3.1. Declara a la sociedad Acción S.A., como simple intermediaria y por ende, responsable solidariamente con Servientrega S.A., de las obligaciones respectivas, acorde con el artículo 35-3 del C.S.T., con relación, exclusivamente, a los primeros seis (6) períodos descritos en el numeral segundo de esta resolutiva.

3.2. Declara a la sociedad Dar Ayuda Temporal S.A., como simple intermediaria y por ende, responsable solidariamente con Servientrega S.A., de las obligaciones respectivas, acorde con el artículo 35-3 del C.S.T., con relación, exclusivamente, a los tres (3) últimos períodos descritos en el numeral segundo de esta resolutiva

4. Modifica el numeral cuarto y, revoca parcialmente: la segunda parte del numeral sexto y el numeral séptimo. En consecuencia, quedan integrados en el numeral cuarto así:

4.1. Condena a la sociedad Servientrega S.A., y solidariamente a la sociedad Acción S.A., por concepto de reajuste a aportes a pensiones y salud por los períodos: *(ii)* 30 de noviembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2008; *(iii)* 20 de enero de 2009 hasta el 31 del mismo mes de 2010; *(iv)* 16 de febrero de 2010 hasta el 6 del mismo mes de 2011; *(v)* 21 de febrero de 2011 hasta el 22 de enero de 2012; y *(vi)* 13 de febrero de 2012 hasta el 3 del mismo mes de 2013.

4.2. Declara probada a favor de Servientrega S.A. y Acción S.A. la excepción de prescripción por concepto de los demás reajustes, en los períodos acabados de relacionar.

4.3. Condena a la sociedad Servientrega S.A., y solidariamente a la sociedad Dar Ayuda Temporal S.A., por concepto de reajuste a aportes en pensiones y salud por los períodos: *(i)* de 25 de febrero de 2013 al 5 de mayo de 2014 y *(ii)* del 26 de mayo al 9 del mismo mes de 2015 y *(iii)* del 1 de junio de 2015 al 30 de enero de 2016.

Con el propósito relacionado con estas dos condenas, se dispondrá que la Servientrega S.A., traslade al Fondo de Pensiones, y al de salud, a los que estuviere afiliada Claudia Juleith Lopez Galvis, dentro del término de ejecutoria de esta sentencia y 10 días más, la diferencia de lo dejado de aportar mensualmente por pensiones y salud, teniendo en cuenta que la nueva base salarial para realizar los aportes, será: 2006: $450.000; 2007: $475.000; 2008: enero y febrero $505.000; marzo a diciembre: $670.000; 2009: $670.000; 2010: enero a junio: $688.000; julio-agosto: $700.000; septiembre a diciembre:$740.000; 2011: $740.000, y 2012: $770.000; 2013: $863.000; 2014: $892.000; 2015: $922.000; y 2016: $692.000.

4.4. Declara no probada la excepción de prescripción propuesta por todas las demandadas contra los reajustes de aportes en pensiones y salud.

4.5. Absuelve a la sociedad Acción S.A., por las demás reajustes.

4.6. Condena a la sociedad Servientrega S.A. y solidariamente a la sociedad Dar Ayuda Temporal S.A., a reconocer a Claudia Juleith López Galvis, por concepto de diferencias o reajustes los siguientes valores: *(i)* por auxilio de cesantía: $563.887, *(ii)* por prima de servicios: $563.887 e *(ii)* intereses: $40.209.

4.7. Declara probada, parcialmente la excepción de prescripción en favor de Servientrega S.A. y Dar Ayuda Temporal S.A., por las diferencias de que trata el numeral anterior, causadas con anterioridad al 29 de marzo de 2013. Negar las demás.

Las costas en primera instancia serán a cargo de los demandados, en un sesenta por ciento (60%). No habrá lugar a condena en costas de segunda instancia, por haber prosperado parcialmente ambas alzadas.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada

 **ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

 Secretario