

La solidaridad en las empresas de servicios temporales

Solidarity in temporary service companies

A Solidariedade em empresas de serviços temporários

Wilson Alberto Nieto Ríos

Abogado Universidad de Manizales. Especialista en Seguridad Social. Magíster en Derecho del Trabajo Universidad Externado de Colombia. Docente Universidad de Manizales. Correo electrónico: [wnieto@umanizales.edu.co](mailto:w Nieto@umanizales.edu.co). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5648-744X>

Luz Eliana Gallego Henao

Abogada Universidad de Manizales. Especialista en Seguridad Social. Magíster en Derecho Universidad de Manizales. Docente Universidad de Manizales. Correo electrónico: diradmincj@umanizales.edu.co. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4144-1748>

FECHA RECEPCIÓN: NOVIEMBRE 25 DE 2016

FECHA ACEPTACIÓN: ABRIL 20 DE 2017

Resumen

El Artículo parte de una metodología con enfoque cualitativo de tipo hermenéutico a través del cual se pretende develar la aplicación del principio de solidaridad en la modalidad de contratación de las Empresas de Servicios Temporales, por la vulneración de los requisitos legales y la extensión de las actividades asignadas por mandato del legislador a los trabajadores en misión. Las Empresas de Servicios Temporales-EST- aplican conforme el ordenamiento jurídico colombiano un modo de contrato de trabajo que enmarca la existencia de unos presupuestos jurídico-fácticos de obligatoria observancia para las entidades que utilizan esta modalidad de vinculación laboral y por ello no es dado a las Empresas Usuarias-EU- desnaturalizar las funciones acordadas o legalmente permitidas, so pena de responder directamente como verdaderos empleadores. Se concluye del abordaje de esta problemática que resulta viable aplicar la teoría de coexistencia de contratos, siempre y cuando se entienda que el vínculo laboral con la EST termina el día anterior en el que empieza con la EU.

Palabras clave:

Solidaridad, Empresas de Servicios Temporales, trabajadores en misión, Empresas Usuarias, derechos laborales, responsabilidad de las Empresas Usuarias, flexibilidad laboral, contratación indirecta.

Abstract

The Article is based on a methodology with a qualitative approach of a hermeneutic nature through which it is intended to reveal the application of the principle of solidarity in the contracting modality of Temporary Services Companies, for the violation of legal requirements and the extension of activities assigned by mandate of the legislator to workers on mission. The Temporary Services Companies-EST- apply in accordance with the Colombian legal system a form of employment contract that frames the existence of legal-factual budgets of mandatory observance for entities that use this type of employment relationship and therefore is not given to US-EU-Companies denaturalize the agreed or legally permitted functions, under penalty of responding directly as real employers. It is concluded from the approach of this problematic that it is viable to apply the theory of coexistence of contracts, as long as it is understood that the labor relationship with the EST ends the previous day in which it begins with the EU.

Keywords:

Solidarity, Temporary Services Companies, workers on mission, User Companies, labor rights, responsibility of the User Companies, labor flexibility, indirect hiring.

Resumo

O artigo baseia-se em uma metodologia com abordagem qualitativa de natureza hermenéutica através da qual se destina a revelar a aplicação do princípio da solidariedade na modalidade de contratação de Empresas de Serviços Temporários, pela violação dos requisitos legais e extensão de atividades atribuído pelo mandato do legislador aos trabalhadores em missão. As Empresas de Serviços Temporários-EST- aplicam, de acordo com o sistema jurídico colombiano, uma forma de contrato de trabalho que enquadra a existência de orçamentos legais e factuais de observância obrigatória para entidades que utilizam esse tipo de relação de trabalho e, portanto, não é dado às Empresas Usuarias EU- desnaturalizar as funções acordadas ou legalmente permitidas, ao

*Cómo citar: Nieto R. W. A. Gallego H. L. E. (2017). La solidaridad en las empresas de servicios temporales. Revista Criterio Libre Jurídico, (14-2), 114-126. <https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.2017.v14n2.1634>

menos de responder directamente como los verdaderos empleadores. Conclui-se da abordagem desta problemática que é viável aplicar a teoria da coexistência de contratos, desde que se entenda que a relação de trabalho com a EST termina no dia anterior em que começa com a UE.

Palabras-chave:

Solidariedade, Empresas de Serviços Temporários, trabalhadores em missão, Empresas Utilizadoras, direitos laborais, responsabilidade das empresas usuárias, flexibilidade laboral, contratação indireta.

Introducción

Con fines de flexibilización en materia de contratación laboral, en Colombia se creó la figura de las empresas de servicios temporales, ya que con ella se instituyó un modo de trabajo a través del cual las empresas privadas y entidades del estado se benefician de la vinculación laboral indirecta de trabajadores que les facilita de forma temporal un tercero.

En efecto, se trata de una empresa llamada Empresa de Servicios Temporales –EST– cuyo objeto social se limita exclusivamente a enviar a terceras Empresas beneficiarias o Usuarias –EU– trabajadores propios de la EST, denominados trabajadores en misión, a efectos de que transitoriamente colaboren en el desarrollo empresarial de la EU en ciertos casos específicos y concretos ¹(Iriarte y Otros, 2009).

Para hacer claridad del tema, a *prima facie*, se hace necesario realizar una breve presentación inicial, de los límites, condiciones y características de la contratación con las EST, dado que el análisis jurídico de estos aspectos permitirá adentrarse en el estudio posterior del régimen de responsabilidad solidaria de las EST.

Límites, condiciones y características de las EST

Los eventos en que se puede contratar a una EST son taxativos y temporales

La normatividad que regula a las EST ², y específicamente la Ley 50 (1990), señala que los casos en que una EST puede enviar a una EU, trabajadores en misión, son únicamente los siguientes:

- a. Desempeñar labores ocasionales, accidentales o transitorias, esto es, aquellas cuya duración no exceda de un mes y se requieran para cubrir necesidades ajenas a la actividad normal del empresario.
- b. Reemplazar personal en vacaciones, en incapacidad, en licencia ordinaria y en licencia de maternidad.
- c. Atender el incremento de la producción, las ventas, o el transporte.
- d. Recolectar cosechas.

Con todo, es claro que la especificidad de contratación con una EST se traduce en una protección a los trabajadores, “...para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes.” (CSJ Sentencia C-330, 1995), protección esta que también se extiende en la temporalidad del servicio.

En el literal a de la norma *ibidem*, el carácter transitorio del servicio se desprende del mismo Artículo 6 de la obra sustantiva laboral, ya que en ella evidentemente se registra que el ejercicio de actividades ocasionales, accidentales o transitorias no puede ser superior a un mes.

A su turno, es evidente que para el literal b, el tiempo durante el cual se podrá vincular trabajadores en misión se encuentra condicionado por 15 días o más según si se trata de un trabajador en reemplazo que ha acumulado varios períodos de vacaciones; hasta 540 o 360, según el caso si es por riesgo común o laboral ³; 14 semanas, por la licencia de embarazo (Ley 1468, 2011) y por el tiempo que se disponga en el reglamento interno de trabajo de cada empresa, durante el cual se pueden conceder licencias ordinarias a los trabajadores.

En cambio, en el caso c y d, la norma establece que la contratación en este caso entre la EST y la EU debe ser de 6 meses, prorrogables por otros 6 meses, sin que exceda de un año.

La empresa usuaria no es el empleador del trabajador en misión

Para las EST, legalmente se tiene establecido dos tipos de trabajadores, los de planta, que trabajan en las dependencias de las EST, y los trabajadores en misión, cuya actividad laboral la prestan en las dependencias de las EU.

¹ Recuérdesse que obstante el tratamiento que ha tenido las EST en el seno de la doctrina, y pese que su caracterización no ha sido unificada en cuanto a si es una forma de intermediar o subcontratar, cierto sector de la doctrina no le ha negado su estrecha relación con la tercerización o subcontratación, de ahí que se haya entendido que las EST es una de las “formas jurídicas de tercerización.”

² Los Artículos 71 a 94 de la Ley 50 (1990), Decreto 1707 (1991), Decreto 24 (1998) y Artículo 2.2.4.2.4.1.- 2.2.4.2.4.5 y 2.2.6.5.1-2.2.6.5.23 del decreto 1072 (2015).

³ Es menester aclarar que la práctica ha enseñado que un trabajador se puede incapacitar más allá de dichos límites y por ende un trabajador en misión puede estar vinculado de igual manera durante el exceso de esos límites, para tal efecto puede leerse la sentencia T-004 (2014).

Para efectos laborales, el empleador del trabajador en misión es la EST y no la EU.

Si bien es cierto el servicio personal se va a ejecutar en las instalaciones de la EU, ello no significa que sea esta última el empleador de estos trabajadores, por cuanto por la naturaleza misma de esta modalidad de trabajo la EU sin ser el verdadero empleador, va a dar directrices y órdenes en cuanto a tiempo, modo cantidad y calidad del trabajo del trabajador en misión, pero no por derecho propio, sino por virtud de la delegación de subordinación que la EST le concede, a través del vínculo jurídico que a esas dos empresas las liga. Así lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T, pues el personal enviado depende exclusivamente de ella (CSJ Sentencia 9435, 1997).

El contrato de trabajo que se acuerde entre las EST y los trabajadores en misión puede ser indistintamente de cualquier modalidad, esto es, ocasional, accidental o transitorio, a término fijo, de obra o labor contratada e incluso a término indefinido:

Esto se debe a que la empleadora es una empresa similar a las existentes en el país, y se configuran de acuerdo con las diferentes modalidades previstas en la legislación comercial, como sociedades de responsabilidad limitada, anónima o en comandita, entre otras alternativas, no teniendo las empresas de servicios temporales una regulación especial en cuanto a la contratación laboral se refiere, porque pueden rotar a sus trabajadores en misión en la misma o en diferentes empresas usuarias, para prestar el servicio temporal específico contratado (Pérez García, 2012).

Ahora, en razón a que el trabajador en misión va a desarrollar su actividad laboral en las dependencias propias de la EU, y bajo su subordinación, el legislador creó para ellos un régimen laboral con ciertas particularidades:

1. Los trabajadores en misión tienen derecho a la liquidación de sus vacaciones y primas de servicio proporcional al tiempo laborado, sin importar el tiempo de labores.
2. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria, aplicandopara el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa.
3. 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.
4. En materia de seguridad y salud en el trabajo, las EU deberán incluir a los trabajadores en misión dentro de sus programas de seguridad y salud en el trabajo, debiendo suministrarles inducción e información permanente sobre riesgos, suministro de elementos de protección y sin olvidar que la EST debe cotizar a riesgos laborales sobre la clase de riesgo en que se encuentra clasificada la empresa usuaria.

Debe haber un contrato entre la EST y la EU

Antes de entrar en el estudio de este tipo de contrato, es conveniente examinar quiénes pueden celebrar este contrato, es decir, jurídicamente quiénes pueden ser EST y EU.

Las EST, solo pueden constituirse bajo la condición de personas jurídicas y además de eso son personas jurídicas especializadas únicamente dedicadas en la actividad de enviar trabajadores en misión a terceros beneficiarios; deben contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, en donde se verifica el cumplimiento de ciertos requisitos específicos, tales como escritura pública de constitución y certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, demostrar un capital social pagado igual o superior a trescientas (300) veces el salario mínimo legal mensual vigente en el momento de la constitución, el reglamento interno de trabajo debe contener disposiciones especiales, relativas a los derechos y obligaciones de los trabajadores en misión, los formatos de los contratos de trabajo que celebren con sus trabajadores y con los usuarios del servicio y la constitución de una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo mensual vigente, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de liquidez de la empresa. La póliza correspondiente debe depositarse en el Ministerio de Trabajo, el cual podrá hacerla efectiva por solicitud de los trabajadores beneficiarios de la garantía.

De otra parte, la EU es cualquier persona natural o jurídica de derecho privado o público, este último en ciertos eventos como se explicará más adelante, empero que no se encuentren con vinculación económica con la EST, o EU en huelga, en cuyo caso no podrán celebrar contratos con EST.

Ahora si se hará mención exclusivamente al contrato que deben celebrar las EST con las EU, contrato que debe hacerse por escrito y cumplir ciertas reglas:

1. Hacer constar que la EST se sujetará a lo dispuesto por la Ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.

2. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.
3. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud y seguridad en el trabajo se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de actividades particularmente riesgosas, o los trabajadores requieran de un adiestramiento particular en cuanto a prevención de riesgos, o sea necesario el suministro de elementos de protección especial, en el contrato que se celebre entre la empresa de servicios temporales y el usuario se determinará expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones.

Como se puede observar, la claridad y especificidad con que se debe redactar este contrato es de suma relevancia, por cuanto en él debe constar de forma detallada el servicio temporal, el cual recuérdese se limita a cuatro casos taxativos, sin que la EU se pueda exceder para actividades distintas a las acordadas o legalmente permitidas, so pena de responder directamente, según como se analizará a continuación.

Supuestos legales y jurisprudenciales de la responsabilidad solidaria de las EST y EU

Contratación EST sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución y funcionamiento o para eventos no previstos en la Ley o por un tiempo superior al permitido por ella

El tema de la responsabilidad de las EU o EST, cuando su contratación se hace al margen de la Ley, ha tenido ciertas particularidades en el seno de la jurisprudencia.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha emitido varias sentencias acerca de esta temática.

El primer pronunciamiento de dicha corporación judicial, fue una providencia en donde se resolvió un recurso de casación, en el que el actor pretendía que se casara la sentencia de segunda instancia, que había confirmado el fallo de primera instancia, el cual absolvió a una empresa usuaria, al reconocimiento y pago de la indemnización plena del empleador, por culpa en el accidente de trabajo o enfermedad laboral, condena que, si fue impuesta a la EST, como patrono del demandante.

Cuando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resolvió el recurso extraordinario, esta corporación no casó la sentencia de segunda instancia, por considerar que el correspondiente tribunal que la profirió no se equivocó al imponer solamente a la EST la condena de responsabilidad plena del empleador por culpa en el ATEP, por ser ella la empleadora del trabajador y no a la EU, quien simplemente es una delegataria de la subordinación de la EST, sin embargo, para el caso que nos ocupa, la Corte sentó las siguientes argumentaciones jurídicas, que resultan importantes conocer:

1. Las prestaciones a que haya lugar por las contingencias que padezcan los trabajadores en misión, son carga exclusiva de su empleador, es decir, las EST, dado que no hay norma especial que le imponga una responsabilidad si quiera solidaria a las EU.
2. Cuando se contrata de forma ilícita y fraudulenta a una EST, ora porque no se cuenta con la autorización del Ministerio del Trabajo, o porque el objeto contractual excedió los límites temporales y específicos de actividad, conforme al numeral 2 del Artículo 35 del CST, la EST pasa a comportarse como un intermediario con aspecto de contratista independiente, y empieza a responder de forma solidaria, y la EU como actuó bajo la calidad de empleador aparente, responde como obligado principal, esto es, como verdadero patrono.

A este propósito, frente a la materia de interés, es decir, la responsabilidad de la EU, en la providencia en comentario se pronunció la Corte, así:

Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la Ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo Artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la Ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la Ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobre costo sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento.

Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, art 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del Artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado Artículo del C.S.T.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad del la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el Artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones (C.S.T, arts. 14 y 43) (CSJ Sentencia 9435, 1997).

Este criterio fue reiterado de forma exacta, en las sentencias 10400(CSJ Sentencia 10400, 1998) y 12382(CSJ Sentencia 12382, 2000). Más adelante, en proveído del 21 de febrero de 2006, radicación 25717, esta Corporación judicial volvió a abordar este asunto, pero esta sentencia se caracteriza porque al resolver el problema jurídico en particular, se encontró que en realidad en el caso de estudio hubo una contratación irregular de la EST.

En efecto, la demandante inicialmente en las instancias pretendió el reconocimiento y pago de sus acreencias laborales del contrato de trabajo que afirmaba tuvo con la EU y asimismo buscaba, la responsabilidad solidaria con la EST, por haber actuado como intermediario.

Pese que las pretensiones no salieron avante en ninguna de las instancias, la Corte casó el fallo del tribunal, al concluir que cuando se incumple la Ley en la contratación con la EST, de acuerdo a lo señalado en apartados anteriores, porque se excede en la contratación del término máximo que se puede vincular al trabajador en misión en la EU, o porque la EST celebró un contrato con la EU para vincular a los trabajadores en misión, en situaciones distintas a las que prevé el legislador, en estos casos en particular, la EST responde de forma solidaria, pues es un simple intermediario que oculta su condición de tal, en los términos del Artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, y por consiguiente debe tenerse a la EU como verdadero empleador.

Veamos con exactitud el criterio doctrinal de la Corte:

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

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

Bajo los derroteros trazados, en la decisión jurisprudencial aludida, claramente se colige que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el Artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deban ser considerados como servidores suyos.

En reciente sentencia, la Corte estudió nuevamente este tema, pero en ella señaló que cuando hay contratos sucesivos, en los que se interrumpió la continuidad entre uno y otro vínculo, no siempre hay transgresión de los derechos mínimos laborales del trabajador en misión, siempre y cuando no se violente la temporalidad del Artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Así lo dice expresamente la Corte:

Ahora bien, sin desconocer que entre el tercero y quinto contrato no hubo solución de continuidad y que el cargo que aparece en los mismos es igual «OPERARIO», la verdad es que resulta evidente que no se dio la prestación personal del servicio por parte del demandante, pues la suscripción de tales contratos, obedeció única y exclusivamente al

hecho de que la empresa de servicios temporales buscó proteger al máximo a su trabajador en virtud de la garantía de estabilidad laboral reforzada por enfermedad, poderosamente protegida por la Constitución y la Ley, tanto así que mantuvo vigente la relación laboral, aunque con la suscripción de varios contratos, actuar éste que en momento alguno puede, tabula rasa, considerarse violatorio del Artículo 77 de la Ley 50 de 1990 como lo quiere hacer ver la censura.

A pesar de lo dicho en precedencia, la Corte encuentra propicia la oportunidad para reiterar que cuando las empresas de servicios temporales utilicen su fachada para mimetizar vinculaciones laborales y defraudar a los trabajadores respecto de quiénes son sus reales o verdaderos empleadores, en realidad no ostentan aquella calidad, pues se convierten en simples intermediarias mientras que las empresas usuarias se convierten en la verdadera y directa empleadora con las condignas consecuencias económicas. Baste para ello recordar la sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, ratificada, entre otras, en la de 21 de febrero de 2006, rad. 25717, precisando ello sí, que tales consideraciones no se activan de manera automática bajo la simple argumentación de una secuencia contractual, que en verdad es lo pretendido por la censura (CSJ SL6107, 2014).

Esta postura ha sido criticada por Miguel Pérez García (2012) porque, a su juicio, el numeral 3 del Artículo 77 de la Ley 50 (1990), señala que el límite temporal es una restricción que aplica para la relación comercial entre la EST y la EU y "...no el contrato de trabajo del trabajador en misión, quien puede rotar y participar en diferentes misiones y rotar y desempeñar la misma actividad, puesto que lo temporal es el servicio y no su causa:

El límite de los seis meses prorrogables por otros seis afecta la relación comercial a la cual se refiere el numeral 3, del Artículo 77, de la Ley 50 de 1990 y que corrobora el Artículo 2 del Decreto 503 de 1998, vigente para la fecha del caso analizado. El límite temporal no aplica entonces para el contrato laboral del trabajador en misión, al estar vinculado por la empresa de servicios temporales por cualquiera de las modalidades previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, al tratarse de la empleadora (pág. 166).

Agrega los siguientes comentarios de flexibilización de la norma laboral:

De esta manera, la norma que estamos comentando –se refiere al Artículo 77 de la Ley 50 de 1990–, toma un concepto más amplio de respuesta a las exigencias de un mercado variado, fluctuante y dinámico, al referirse a los incrementos que puede tener el usuario en la producción, el transporte o las ventas y los períodos estacionales de cosechas o cualquier tipo de servicio, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3, del Artículo 77, de la Ley 50 de 1990; pero no se refiere a oficios o cargos. Como podemos notar, el concepto que utiliza la Ley es mucho más amplio del restrictivo que manifiesta la Corte I, porque de lo que se trata es de dar respuesta por medio de un servicio a unas necesidades de un tercero, en un entorno económico que requiere flexibilidad oportuna y dinámica para enfrentar las exigencias de un mercado muy competitivo y globalizado. Este servicio se caracteriza por la colaboración temporal que necesita el usuario en los eventos previstos por la Ley en el Artículo 77 en comento, que no se refieren a labores y oficios concretos, sino a los servicios que allí se reseñan, en los cuales están inmersos la variedad de oficios y labores que la misma especialidad del usuario implica (págs. 170-171).

Los argumentos del autor también pueden ser objeto de crítica, por lo siguiente:

Con el pretexto del principio de libertad de empresa como base de la flexibilización de la norma del trabajo, no se pueden desconocer los principios mínimos del trabajo, y permitir que un trabajador en misión pueda rotar en las misiones que le sean encomendadas para el desempeño de una actividad durante un tiempo superior al permitido por la Ley. Por ese motivo, no se puede pasar por alto el propósito de la institución jurídica de las EST, de proteger al trabajador, de modo que el criterio disidente de Pérez García contra la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia es una fundamentación doctrinaria cuya finalidad es sustentar la flexibilidad de esta norma laboral, y desconoce que:

El fijar en el caso de este numeral un término mínimo de seis meses, prorrogable "hasta por seis (6) meses más", es, precisamente, la protección del trabajador permanente. Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino. En el proyecto de Ley, el término inicial y el de prórroga eran de un año, que el Congreso de la República redujo a la mitad; pero la finalidad, inequívoca, era la misma. En la exposición de motivos, al respecto, se lee: "El control de las agencias temporales de empleo es un tema clave para que la reforma laboral cumpla el objetivo de mejorar la estabilidad de los trabajadores colombianos. "El pliego de modificaciones incluye algunos puntos que seguramente ayudarán a desmontar los abusos que bastantes perjuicios están causando a los trabajadores. Son los siguientes: "Se disminuyen a un año, con otro de prórroga, los períodos máximos de contratación de trabajadores temporales. La medida debe evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales". Si se compara esta norma con el Artículo 25 de la Constitución, se ve que se ajusta al principio de que el trabajo "goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado (CSJ Sentencia C-330, 1995).

Admitir lo contrario es aceptar que la contratación de un trabajador en misión no tiene límite en el tiempo ni en la causa del

servicio. Precisamente ese fue el objeto de la Ley, el de soslayar bajo cualquier causa que, a través de la figura de las EST, se afecte a los trabajadores permanentes de la empresa usuaria, y se les garanticen sus derechos a la igualdad y estabilidad en el empleo, y en ese orden de ideas, no se convierta al trabajador temporal en trabajador permanente de la EU.

Aunque Pérez García dice que esta interpretación de la norma afecta la libertad de empresa, esto no es del todo cierto, porque:

Pero, también es cierto que tal libertad, según la norma, está contenida “dentro de los límites de bien común”. Nada más lejano a la realidad, y a la sensatez, que sostener que es una libertad sin límites. Y dentro del interés común está la paz laboral, que se consigue, en parte, por la protección a los trabajadores. Tampoco puede leerse parcialmente el inciso cuarto del mismo Artículo 333. De su lectura integral, se deduce que él está encaminado a evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Caso ajeno, en principio, al que se estudia en esta sentencia. Tampoco es aceptable el argumento consistente en que la restricción temporal establecida en la disposición acusada, quebranta el Artículo 334, en cuanto éste prevé que “El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos...”. Precisamente, la norma acusada, al trazar límites a la contratación de los servicios temporales, defiende la estabilidad en el trabajo. E impide que lo que es excepcional, la contratación de servicios temporales, se convierta en lo ordinario, en la regla general (CSJ Sentencia C-330, 1995).

El autor olvida que el servicio temporal no implica garantía de permanencia y estabilidad del trabajador en misión, sino flexibilidad para la contratación laboral de otros trabajadores de una tercera empresa, por un tiempo determinado y eventos específicos. Se equivoca Pérez García al sostener que la temporalidad es del servicio y no de la causa de contratar trabajadores en misión, porque, según el párrafo del Artículo 6 del Decreto 4369 (2006):

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

En esa línea, no se entiende la crítica de la interpretación jurisprudencial de la Corte que hace Pérez García, porque la imposibilidad de contratar con una EST en un término superior a 12 meses, se encuentra supeditada a la causa del servicio específico y, según el numeral 3 del Artículo 77 de la Ley 50 (1990), esa causa del servicio es contratar con una EST para que esta envíe a sus trabajadores en la atención de incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en prestación de servicios. Luego, esta restricción de contratación del vínculo jurídico celebrado entre la EST y la EU se extiende al vínculo laboral del trabajador en misión, pues el impedimento cuando se cumplen los 6 meses y la correspondiente prórroga, para extender el contrato suscrito con la EST o de celebrar uno nuevo con esta o con otra diferente, para la prestación de dicho servicio, conduce a la misma imposibilidad con el trabajador en misión, de tal suerte que cuando se cumplen los 6 meses y la correspondiente prórroga del contrato acordado entre la EST y EU, es legalmente inadmisibles que el contrato de trabajo del trabajador en misión se prorrogue o se celebre con otro trabajador en misión de la misma EST o con uno de otra EST, para la prestación de dicho servicio en esa EU.

Esto no significa que un trabajador en misión no pueda laborar y rotar por un tiempo superior a 12 meses en varias misiones de la EST que es su empleador, pues esto es lícito. Lo que no es permisible es que un trabajador en misión labore ilimitadamente para una EU en la misma misión, cuando se trata de incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, pues en estos casos el contrato se encuentra limitado a 12 meses, sin que sea posible prorrogarlo ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente EST para ese servicio, lo cual comporta impedimento de prórroga del contrato de trabajo con el trabajador en misión de esa EST o de otra diferente para la misión específica.

En conclusión, la restricción del párrafo del Artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 frente al contrato celebrado entre la EST y la EU, afecta de igual manera y en las mismas condiciones al contrato de trabajo que celebre un trabajador en misión con cualquier EST, en la medida que una vez vencido el término de contratación de una EST con una EU en la causa originaria de un servicio específico, ningún trabajador en misión de cualquier EST puede laborar en la causa originaria de ese servicio específico. Y para mayor claridad del asunto, no se puede pasar inadvertido el Artículo 20 del Decreto 4369 (2006), en virtud del cual se entiende la decisión de la Sala Laboral del Corte Suprema de Justicia:

Multas. El Ministerio de la Protección Social impondrá mediante acto administrativo contra el cual proceden los recursos de reposición y apelación, multas diarias sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada infracción mientras esta subsista, en los siguientes casos:

1. Cuando cualquier persona natural o jurídica realice actividades propias de las Empresas de Servicios Temporales, sin la correspondiente autorización de funcionamiento.
2. Cuando se contraten servicios para el suministro de trabajadores en misión con Empresas no autorizadas para desarrollar esta actividad, caso en el cual, la multa se impondrá por cada uno de los contratos suscritos irregularmente.

3. Cuando la empresa usuaria contrate Servicios Temporales, contraviniendo lo establecido en los Artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 7° del presente decreto.
4. Cuando la Empresa de Servicios Temporales preste sus servicios con violación a las normas que regulan la actividad, siempre y cuando no originen una sanción superior, como la suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento.

Parágrafo 1°. Las sanciones de que trata el presente Artículo se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad solidaria existente entre la Empresa de Servicios Temporales y la empresa usuaria, y entre esta y quien suministra trabajadores de forma ilegal.

A partir de la disposición legal, la contratación fraudulenta de las EST puede conducir a una responsabilidad solidaria entre EST y EU, cuya fuente legal se deriva del numeral 2 del Artículo 35 del CST (Ley 50, 1990), como lo explicó el Consejo de Estado (CE 1096-07, 2014) cuando examinó la acción de nulidad elevada contra esta norma:

...respecto del parágrafo 1 del Artículo 20 del Decreto 4369 de 2006, frente al cual considera el actor que es nulo porque establece una responsabilidad solidaria que no tiene una fuente legal, estima la Sala que el parágrafo demandado solamente advierte que las sanciones desarrolladas por el Artículo 20 no excluyen que se configure la “responsabilidad solidaria existente entre la Empresa de Servicios Temporales y la empresa usuaria, y entre esta y quien suministra trabajadores de forma ilegal.”, de modo, que al utilizar la expresión existente no está creando la referida responsabilidad, sino que es un tipo normativo que hace una remisión a la normatividad relacionada con la responsabilidad solidaria. De manera que la fuente de esta figura no es el precepto demandado, sino el Artículo 35 del CST, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia y se expuso en el acápite sobre la responsabilidad solidaria (CE 1096-07, 2014).

Con todo, aunque respetable la interpretación que hace Pérez García (2012) sobre este problema, hay argumentos que pueden refutarla, argumentos que contrario a su criterio, se acompasan más con la finalidad protectora y tuitiva de las normas del derecho al trabajo.

Finalmente, para el caso de los trabajadores en misión en entidades públicas, en actividades propias de los empleados públicos, el Consejo de Estado mantiene una teoría similar ala de la Corte Suprema de Justicia, pero con ciertos matices, porque se trata de una presunta relación de trabajo originada en una vinculación reglamentaria con el Estado.

El Consejo de Estado (CE sentencia 4096-03, 2006) examinó un caso similar al de la Corte Suprema de Justicia (CSJ sentencia 25717, 2006), pues se trató de una municipalidad que contrató sin interrupciones a una EST, contrario a los criterios de transitoriedad y temporalidad del Artículo 77 de la Ley 50 (1990), por lo cual el Consejo de Estado sentenció que el verdadero empleador fue la EU, es decir, el Municipio y no la EST, que actuó como intermediaria. Sin embargo, lo curioso es que esta corporación declaró que la relación de trabajo se hizo con la EU y resaltó la calidad de intermediario de la EST, con fundamento en una norma que no resultaba aplicable al caso, que es el Artículo 35 del CST (Ley 50, 1990), preceptiva de las relaciones de trabajo individual de los trabajadores particulares y no de los empleados públicos y, a diferencia de la posición de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, no obstante que su postura la argumentó en línea de la norma anteriormente mencionada, no condenó en solidaridad a la EST. Cabe hacer, entonces, una reproducción de la jurisprudencia al respecto, para su mejor comprensión:

Sucede que las labores contratadas no revisten las características de temporalidad y transitoriedad y tampoco puede afirmarse que fueran ocasionales, razón por la cual concluye la Sala que estas corresponden a las de un empleado público y por ese motivo, se observa que a través de la modalidad de contratación con amparo legal consistente en la intermediación laboral mediante empresas de servicios temporales se disfrazó un vínculo propio de una relación legal y reglamentaria.

En efecto, el examen de las funciones que desarrolló el demandante y que se especifican en los contratos de prestación de servicios profesionales que suscribió con Servitempo & Cia Ltda no son ocasionales o transitorias, toda vez que las prestación de servicios que autoriza la Ley por el lapso de seis (6) meses prorrogables única y exclusivamente por seis (6) más, tiene por finalidad controlar esta modalidad de contratación a efectos de evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales.

Sin embargo, se observa que se suscribieron contra legem, sucesivamente contratos de prestación de servicios entre el actor y Servitempo y a su turno entre la Empresa De Servicios Temporales y el Fondo de Semaforización y Apoyo de Tránsito Municipal de Santa Rosa de Cabal FODERIS para llevar a cabo funciones de carácter permanente lo cual se evidencia con nitidez al observar que el Fondo de Semaforización y Apoyo de Tránsito Municipal de Santa Rosa de Cabal FODERIS es un órgano creado para cumplir no una finalidad esporádica o eventual sino todo lo contrario, tenía por misión una función pública de carácter permanente⁷ que venía cumpliendo el actor, en quien recaían responsabilidades directas en el logro de los objetivos y finalidades para los cuales fue creado el referido Fondo y conforme a ello, como el demandante cumplió funciones que no podían ser materia de contratación a través de la modalidad de Empresas de Servicios Temporales y de contera de prestación de servicios, se deduce

que ocurrió una triangulación que tuvo como propósito relevar al municipio de Santa Rosa de Cabal de asumir el carácter de empleador.

En las circunstancias anteriores, la Sala aprecia que el verdadero empleador del demandante no fue Servitempo&CiaLtda8 sino el municipio de Santa Rosa de Cabal y que se pretendió con la modalidad de contratación efectuada, ocultar al verdadero empleador, que como se indicó, no lo era la Empresa de Servicios Temporales Servitempo & Cia Ltda sino el municipio de Santa Rosa de Cabal.

En consecuencia, se aprecia que las cláusulas contractuales mediante las cuales se pretendía que el empleador del actor fuera la empresa de servicios temporales, se desnaturalizaron y por ende, son inoponibles por contrariar el sentido y alcance de la prestación de servicios temporales que reviste las características de temporalidad y transitoriedad lo cual no acontece en el sub-lite, porque se vislumbra que la función desplegada por el actor fue de carácter permanente (CE sentencia 4096-03, 2006).

El Consejo de Estado ha repetido esta postura recientemente, pero con la observación de que, además de las consideraciones hechas para los casos tradicionales de contratación ilícita con EST, le sumó que para el sector público se encuentra prohibido celebrar contratos con EST para la ejecución de actividades permanentes y propias de la entidad, so pena de que la entidad estatal responda como un verdadero empleador, pues:

Bajo estos supuestos, es claro que la Ley 50 de 1990 en su Artículo 71 permite la contratación con empresas de servicios temporales, pero bajo los precisos límites del Artículo 77 ibídem, motivo por el cual, al igual que lo ha expresado la Sala en los casos en que ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia del contrato realidad, no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del objeto de la entidad, pues de ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública.

Debe insistir la Sala en el deber de la Administración Pública de observar las modalidades de vinculación del personal al servicio público previstas en la Constitución y la Ley, siendo la regla general, el vínculo laboral legal y reglamentario cuando se trata del desarrollo de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades estatales, de manera que se respeten los derechos laborales de los servidores públicos y se garantice el interés general mediante vinculaciones con personal idóneo y permanente para el desarrollo de la función pública(CE Sentencia 3222-2013, 2014).

En conclusión, la contratación ilícita y fraudulenta de las EST, tanto en el sector privado como público, ya sea porque se excedió el límite temporal de vinculación a un trabajador en misión o porque la EST se contrató para casos que no autoriza la Ley, la consecuencia jurídica no es otra que entender que la EST actuó como simple intermediario y la EU como empleador directo, debiendo responder la EST, de forma solidaria; con la particularidad que para el sector público de ninguna manera se puede contratar a una EST para actividades propias de la entidad pública, so pena de que se responda de manera directa y solidaria en los mismos términos como cuando se contrata indebidamente a una EST.

Responsabilidad solidaria de la EU por omisión de la información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral de trabajadores en misión

El Artículo 2.2.6.5.13 del Decreto 1072 (2015) ⁴, considera otra situación jurídica en la que las EU, pueden ser responsables, de forma solidaria, junto con las EST, por el pago de los aportes en mora y de las prestaciones económicas y asistenciales del sistema de seguridad social integral, a que haya lugar, cuando las EST no informan a las EU el estado de afiliación y pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral de sus trabajadores en misión, y estas últimas no comunican dicho incumplimiento patronal de las EST al Ministerio de Salud y Protección Social o a la Superintendencia Nacional de Salud:

Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, las Empresas de Servicios Temporales deberán informar a la correspondiente usuaria del servicio, sobre la afiliación y el pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, del personal en misión que le ha prestado sus servicios durante el mes inmediatamente anterior.

En el evento que la Empresa de Servicios Temporales no entregue la información o está presente inconsistencias, la usuaria del servicio deberá informar de tal hecho al Ministerio de la Protección Social y/o a la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo estipulado en el inciso anterior.

La omisión de este deber hará solidariamente responsable a la usuaria en el pago de los correspondientes aportes, así como en las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión (Decreto 1072, 2015).

⁴ Esta norma reemplazó el Artículo 13 del decreto 4369 (2006), que consideraba este tipo de responsabilidad solidaria en los mismos términos

Si la potestad reglamentaria del ejecutivo tiene como propósito ejecutar una norma de rango superior, aquí se excedió en su atribución reglamentaria porque ni la Carta Política ni los Artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, relacionados con las EST, u otra disposición legal, tienen previsto este tipo de responsabilidad solidaria. Según Pérez García:

En efecto, al no ser Ley la que impone la solidaridad del usuario en el eventual caso de que la empresa de servicios temporales no cubra los pagos a la seguridad social de los trabajadores en misión, está creando unas obligaciones que la Ley no ha regulado. Se extralimita la norma en una función que no le corresponde, porque como tuvimos oportunidad de manifestarlo, si la solidaridad no es establecida por la Ley, debe ser declarada y no se presume, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3, del Artículo 1568 del Código Civil (Pérez García, 2012).

Según esto, al regularse el procedimiento de información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social de los trabajadores en misión, el gobierno impuso una obligación solidaria por fuera del contenido de la Ley, de modo que el ejecutivo se extralimitó por intromisión en la competencia del legislador. Sin embargo, a pesar de los reproches jurídicos que puedan hacerse del Artículo 2.2.6.5.13 del Decreto 1072 (2015), este goza de presunción de legalidad y, por tanto, la disposición tiene que ser observada hasta que haya una decisión sobre su legalidad, de ahí que la falta de control de legalidad sobre esta norma ante el contencioso administrativo hace que este tipo de responsabilidad solidaria de la EU junto con la EST continúe produciendo plenos efectos jurídicos.

Responsabilidad directa de las EU por imposición de órdenes y directrices a los trabajadores en misión, en actividades distintas a las contenidas en el contrato celebrado con la EST

Pese que en este caso no se trata de una especie de responsabilidad solidaria, para efectos académicos no se puede pasar por alto que para la jurisprudencia laboral, en materia de riesgos del trabajo se tiene establecido que siempre responde la EST, con posibilidad de adelantar acción de repetición con la EU, pero también se ha determinado que si la EU le da órdenes al trabajador en misión, para el ejercicio de una actividad diferente a la contenida en el contrato que celebró con la EST, de los riesgos que pueda tener ese trabajador, con ocasión de dicha actividad responde directamente como patrono la EU. Ese es el caso de la sentencia 8978 (CSJ Sentencia 8978, 1997), en donde la Corte, dijo:

Estima la Sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposo que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el Artículo 216 del código del trabajo.

Y si aparece diáfano –como en el presente caso– que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del objeto del contrato de prestación de servicios con la usuaria y del contrato de trabajo en misión, ella no se puede reputar subordinante en estos eventos, y por tanto no será ésta quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario pertinentes culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral (CSJ Sentencia 8978, 1997).

Para fundamentar su decisión, la Corte encontró que en este caso se dieron dos contratos, pues el trabajador tuvo un contrato de trabajo con su empleador original, la EST y otro con la EU, cuando esta última le encomendó al trabajador en misión la prestación de servicios distintos a los solicitados. Tal es el sentido de dicha doctrina jurisprudencial:

Examinados cada uno de los yerros fácticos que la censura atribuyó a la sentencia acusada, estima la Sala oportuno recordar que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo la doctrina y la jurisprudencia laboral han entendido que es permitido que entre las mismas partes pueda existir pluralidad de contratos con objetos diferentes, posibilidad jurídica hoy prevista en el Artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, del cual emerge la necesidad de que dichos nexos se desarrollan con causas diferentes y haya un deslinde claro en cuanto a tiempo, energía y actividad del trabajador.

Pero si ello es así tratándose de un mismo empleador, con mayor razón cuando existe duplicidad de vínculos jurídicos, como en el sub-júdice donde se ve con nitidez, del examen de las pruebas objeto de censura, que en realidad coexistieron la vinculación laboral de Frank Arturo Pabón Osorio con la empresa de servicios temporales Servicios Uno A Ltda, como verdadero patrono según lo preceptuado por el Artículo 71 de la Ley 50 de 1990, para la ejecución de labores como trabajador en misión, en el cargo de “moldeador de prensa” para la usuaria Fundiciones y Repuestos S.A. “FURESA” y la relación laboral entre Frank Arturo Pabón Osorio con Fundiciones y Repuestos S.A. “FURESA” para la prestación del servicio de arreglo de tejados el día 17 de julio de 1994.

Sin embargo, una parte de los argumentos de la Corte para fundamentar la providencia incurren en una contradicción insalvable,

que no tiene que ver con la responsabilidad laboral de la EU por el excesivo ejercicio de la subordinación que ejerce sobre los trabajadores en misión, cuando les encomienda actividades totalmente extrañas al contrato celebrado con la EST, ya que legalmente⁵, la responsabilidad de las EST es delimitada a la causa originaria del servicio por el que se le contrata, sin que a la EU le sea permitido escaparse de ese resorte contractual, so pena de que responda directamente.

Acá, el equívoco obedece a que la Corte, en virtud de la coexistencia de contratos, concluyó que el trabajador tuvo dos contratos de trabajo concurrentes, uno con la EST y otro con la EU, sin tener en cuenta que ha sido un criterio de esa corporación judicial, que la coexistencia solo puede presentarse si:

...su deslinde debe ser de tal naturaleza claro, que no ofrezca la menor duda en cuanto a que el tiempo, la energía y la dedicación que se vinculan a la primera sea distinta de las que se brindan a la segunda. De no ser así, es muy probable que quien observa la última pueda juzgarla razonablemente como una derivación o consecuencia de la dinámica propia de las gestiones o establecimientos que han servido y sirven para llevar a cabo la primera' (sentencia de 13 de diciembre de 1954), que fue precisamente lo que sucedió en el sub examine⁶.

Un trabajador en misión en estas circunstancias fácticas, no puede tener un contrato de trabajo con la EST y la EU, al mismo tiempo, pues este trabajador, por disposición legal, está encargado de laborar como colaborador temporal en el desarrollo de la actividad de la EU; luego, su servicio personal lo va prestar en el mismo espacio de tiempo en el que presuntamente trabaje como trabajador en misión de la EST y trabajador directo de la EU.

Es un impedimento que se presenta con los trabajadores poder contar simultáneamente con dos contratos de trabajo con la EST y la EU, puesto que, en virtud al contrato que se celebra con la EST, para la ejecución de la causa originaria de los servicios, la actividad laboral la desarrolla este trabajador en el tiempo y espacio que imponga la EU.

La posibilidad de pluralidad de contratos simultáneos que la Corte estimó se había originado en este evento, estaba condicionada a que no hubiese interferencia en el tiempo y en el espacio de la actividad laboral del trabajador en misión con cada uno de ellos. Sin embargo, esto es jurídicamente imposible porque, al tratarse de un trabajador en misión, su trabajo para la EST y la EU necesariamente lo deben ejecutar simultáneamente en la misma jornada de trabajo y en el mismo lugar de labores.

Aunque es respetable este criterio jurisprudencial, el razonamiento de la Corte condujo a un desconocimiento de la línea jurisprudencial que ella misma ha manejado a propósito de la coexistencia de contratos. Por consiguiente, lo correcto habría sido cimentar la postura en otra óptica, verbigratia, la existencia del contrato de trabajo con la EST el día antes de los hechos generatriz de la responsabilidad laboral de la EU, y la existencia del contrato de trabajo con la EU el día que puede iniciar su responsabilidad laboral, por los riesgos laborales que puedan tener los trabajadores en misión de actividades impuestas por la EU, pero ajenas a las contenidas en el contrato que se celebra con la EST.

Aceptar la interpretación de la Corte puede dar lugar a que en algún momento en el que se repita esta situación fáctica, la EU asuma como argumento de defensa la imposibilidad de la coexistencia de contratos y consecuentemente la inexistencia del vínculo laboral, por aquello que es verdad reconocida: que el trabajador en misión, por la naturaleza de su labor, su servicio obligatoriamente lo presta de forma simultánea para ambas empresas y "... si ello ocurre, desaparecería el elemento subordinación" (CSJ sentencia 4812, 1992).

En suma, para los efectos jurídicos de la responsabilidad directa de las EU por imposición de órdenes y directrices a los trabajadores en misión, en actividades distintas a las contenidas en el contrato celebrado con la EST, se acompasa más con las normas del derecho laboral individual y la doctrina jurisprudencial de la Corte en lo que respecta a la coexistencia de los contratos, sostener que el contrato de trabajo con la EST y con la EU sí coexiste, siempre y cuando se entienda que el vínculo laboral con la EST termina el día anterior en el que empieza con la EU.

Conclusiones

Las Empresas de Servicios Temporales fueron creadas en el ordenamiento jurídico colombiano en aplicación del principio de flexibilidad laboral para permitir que entidades públicas o privadas se beneficien de la contratación indirecta de trabajadores, cuando se cumplan los casos previstos por el legislador para acceder a esta modalidad de vinculación y, siempre y cuando, se cumpla con los presupuestos normativos que garantizan los derechos del empleado que presta sus servicios para la Empresa Usaria-EU.

Tal y como lo consagra la normatividad aplicable al modo de contratación por parte de Empresas de Servicios Temporales, se requiere la existencia de un contrato escrito que contemple los elementos que componen el contrato de trabajo, así como la discriminación detallada del servicio temporal que presta el trabajador, el cual no puede hacerse extensivo, por ninguna causa, a actividades distintas de las previstas en la norma, so pena de responder la Empresa Usaria directamente y como verdadero empleador del trabajador en misión, entendiéndose que la EST funge como simple intermediaria.

⁵ Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos - Artículo 74 de la Ley 50 de 1990.

⁶ Sentencia radicada 31701(2008). En ese mismo sentido puede leerse las sentencias 40079(2012) y la sentencia 39874(2013), entre otras.

La contratación de un trabajador en misión cuenta con un límite de tiempo y de causa frente a la labor que desempeña, es decir, no se puede utilizar como pretexto el principio de flexibilidad laboral para permitir que estos trabajadores cumplan en vía de rotación con funciones diferentes para las que fueron contratados, pues ello implicaría de manera evidente, la vulneración de los derechos y garantías laborales del empleado y la desnaturalización de esta modalidad de contratación, conforme los parámetros legales que les resultan aplicables.

Cuando existe una contratación ilícita en las EST que se hace visible por la extensión en los límites de tiempo previstos en la norma o la desviación de causas taxativas consagradas en la Ley, la consecuencia jurídica que subyace de esta situación, es la de entender que la EST actuó como simple intermediario y que la EU (como entidad pública o privada) es quien debe responder como verdadero empleador, convirtiendo a aquella como solidaria de los derechos que se deban reconocer al trabajador por causa de la función real desempeñada.

Cuando se evidencie un excesivo ejercicio de subordinación en cabeza de la Empresa Usuaria, la jurisprudencia colombiana ha señalado que ésta deberá responder como verdadero empleador, entendiéndose para todos los efectos legales la existencia de dos contratos diferentes en el mismo trabajador, esto es, el que se deriva del servicio temporal que se ejerce en virtud de las EST y el que se constituye directamente con la EU por extensión de las actividades de naturaleza distinta a las asignadas por concepto del contrato inicialmente celebrado. Sin embargo, esta afirmación resulta contraria a la naturaleza misma de la figura de coexistencia de contratos, pues al tratarse de un trabajador en misión, su trabajo para la EST y la EU necesariamente lo debe ejecutar simultáneamente en la misma jornada de trabajo y en el mismo lugar de labores, siendo éstos elementos excluyentes por mandato de Ley para la aplicación del pluralismo contractual.

Para efectos de determinar la responsabilidad aplicable a las EU por extralimitación del elemento de subordinación y a fin de garantizar la aplicación de las normas que regulan la materia y los derechos del trabajador en misión, es necesario considerar que la coexistencia de contratos con la EST y la EU solo puede darse si se entiende que, el vínculo laboral que se tiene con aquella culmina un día antes de dar inicio a la nueva relación contractual con la Empresa Usuaria, en los términos y consideraciones previstos en el desarrollo de este Artículo.

Conflicto de interés

Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses

Referencias Bibliográficas

1. Congreso de Colombia. (28 de diciembre de 1990). Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. [Ley 50]. Disponible en <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=281>
2. Congreso de Colombia. (30 de junio de 2011). Por la cual se modifican los Artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. [Ley 1468]. Diario Oficial 48116 de junio 30.
3. Consejo de Estado. (10 de agosto 2006). Sentencia 4096-03 [MP: Alejandro Ordoñez Maldonado]
4. Consejo de Estado de Colombia - Sección Segunda. (19 de febrero de 2014). Sentencia 1096-07 [M.P. Gerardo Arenas Monsalve]
5. Consejo de Estado - sección segunda. (27 de noviembre de 2014). Sentencia 3222-2013 [MP: Gerardo Arenas Monsalve].
6. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (12 de marzo de 1992). Sentencia 4812 [M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve].
7. Corte Constitucional de Colombia. (27 de julio de 1995). Sentencia C-330. Protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales. [M.P. Jorge Arango Mejía].
8. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-004. (13 de enero de 2014). Acción de tutela para pago de incapacidad laboral [MP: Mauricio González Cuervo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia].
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral. Sentencia 8978. (12 de marzo de 1997). Sentencia No. 8978 [M.P. Jose Roberto Herrera Vergara].
10. Corte Suprema de Justicia - Sala de casación laboral. (24 de abril de 1997). Sentencia 9435. Derechos de los trabajadores en misión [M.P. Francisco Escobar Henríquez].
11. Corte Suprema de Justicia. (22 de abril de 1998). Trabajadores en misión laboral. Sentencia 10400 [MP: Francisco Escobar Henríquez].
12. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (31 de mayo de 2000). Responsabilidad en accidentes de trabajo. Sentencia 12382 [MP: Luis Gonzalo Toro Correa].

13. Corte Suprema de Justicia. (21 de febrero de 2006). Sentencia 25717 [MP: Carlos Isaac Náder].
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral. (2 de septiembre de 2008). Sentencia 31701 [Mp: Isaura Vargas Díaz].
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (5 de mayo de 2010). Sentencia 32198 [M.P. Yesid Ramírez Bastidas].
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral. (29 de mayo de 2012). Sentencia 40079 [M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve].
17. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (13 de marzo de 2013). Sentencia 39874 [M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve]
18. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (7 de mayo de 2014). SL6107. Obligación de la empresa con un trabajador subcontratado [M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].
19. Presidencia de la república de Colombia. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector trabajo. [Decreto 1072]. Diario Oficial: N°:49523 de mayo 26.
20. Presidencia de la república de Colombia. (4 de julio de 1991). Por el cual se reglamentan los Artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990 (Derogado por el decreto 24 de 1998). [Decreto 1707]. Diario Oficial No. 39.888, del 4 de julio.
21. Presidencia de la república de Colombia. (6 de enero de 1998). Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales (derogado por el decreto 4369 de 2006). [Decreto 24]. Diario Oficial N°:43213 de enero 13.
22. Presidencia de la república de Colombia. (4 de diciembre de 2006). Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones. [Decreto 4369]. Diario Oficial 46472 del 4 de diciembre.
23. Iriarte, E., & Otros. (2009). Outsourcing y Tercerización. Respuestas desde los trabajadores. México, D.F.: Centro de Investigación Laboral y Asesoría Sindical.- CILAS.
24. Pérez García, M. (2012). Contratación Laboral, Intermediación y Servicios. Bogotá, Colombia: Legis.