

**CONSECUENCIAS JURÍDICO LABORALES DE LA EMPRESA USUARIA, EN LA
DECLARATORIA DE EXISTENCIA DEL CONTRATO REALIDAD
LEGAL CONSEQUENCES OF THE COMPANY USUARIA WORK IN THE
DECLARATION OF EXISTENCE OF CONTRACT REALITY**

MUSKUS OTERO, Carlos Antonio ^{*}

RESUMEN

La constitución de Colombia establece en su artículo 53 ciertas prerrogativas a favor de los trabajadores, las cuales garantizan sus derechos en materia laboral, sin embargo, tales estipulaciones son desconocidas en muchas relaciones de trabajo, en especial cuando la misma se materializa a través de la tercerización o intermediación laboral. Entre esas formas de contratación encontramos la figura de la empresa de servicios temporales, visible a partir del artículo 71 de la ley 50 de 1990, la cual permite el suministro de trabajadores en misión para la prestación del servicio a una empresa usuaria. Esa normatividad indica que es la empresa de servicio temporal quien debe asumir el pago de salarios y prestaciones y por ende será siempre su empleador.

No obstante a ello, esa responsabilidad en cuanto a las acreencias laborales muchas veces se desplaza a la empresa usuaria, cuando se configura cualquiera de la hipótesis que plantea el artículo 77 de la ley 50 de 1990. Acaecida tal situación, producto de la realidad sobre la formalidad, la empresa usuaria se convierte en el verdadero empleador y le corresponde asumir el pago de las obligaciones laborales al trabajador.

Esta obra ofrece un compendio sobre la responsabilidad de la empresa usuaria dentro de la contratación bajo la figura de la empresa de servicios temporales, su marco legal y las responsabilidades que le asiste en caso de incumplimiento a lo que ilustra la ley 50 de 1990 al declararse la existencia de un contrato realidad.

PALABRAS CLAVES: Flexibilidad laboral, contrato laboral, contrato realidad, empresa de servicio temporal, usuario, primacía.

Fecha de recibo: 17 de Septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 28 de Noviembre de 2015

* Carlos Antonio Muskus Otero, Abogado Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia. carlosmuskus@gmail.com

ABSTRACT

The Constitution of Colombia provides in its article 53, certain prerogatives in favor of workers, which guarantees their rights regarding labor matters. However, such provisions are unknown in certain labor relations, especially when it materializes through outsourcing or job intermediation. Between that way of hiring we find the figure of the temporary services company, included in law 50 of 1990 from article 71, which allows the supply of workers for the provision of the service to a user company. This legislation indicates that it is the company's temporary service that must assume the payment of wages and benefits and thus will be always its employer.

However, that responsibility for the labor debts often moves to the user company, when you configure any of the hypothesis that article 77 of law 50 of 1990. On such a situation, result of the reality on the formality, the user company becomes the real employer and it is up to assume the payment of labor obligations to workers.

This work offers a compendium on the responsibility of the user company within the hiring under the figure of the temporary services company, its legal framework and responsibilities which assists it in the event of failure to comply with law 50 of 1990 which illustrated to declare the existence of a contract reality.

KEY WORDS: Job flexibility, employment contract, reality contract, temporary service company, user, primacy.

INTRODUCCIÓN

Cuando el usuario o beneficiario del servicio requiera de personal capacitado para el desarrollo de sus actividades, es viable acudir a la intermediación laboral. Una de esa formas de intermediación es el suministro de trabajadores en misión por medio de empresas de servicios temporales, figura plasmada en el artículo 71 de la ley 50 de 1990.

Por regla general se tiene a la empresa de servicio temporal como el empleador del trabajador en misión, pero esa afirmación no es del todo válida, pues la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en determinadas ocasiones la empresa usuaria pasa a ser el verdadero patrono, al configurarse entre ella y el trabajador en misión, un contrato de trabajo. No sobra decir que esa declaración no opera de ipso facto, sino por sentencia

judicial amparada en la primacía de la realidad sobre las formalidades escritas. Ello como consecuencia de la violación de las reglas que señala el inciso 3° del artículo 77 de la ley 50 de 1990.

Desde este punto de vista, es mi interés mostrar los eventos en los cuales la empresa de servicios temporales deja de ser el empleador del trabajador en misión para trasladar esa carga a la empresa usuaria. Igualmente se analizará la responsabilidad de la usuaria y las obligaciones que le asiste en favor de los trabajadores al ser catalogado como verdadero empleador y se ofrecerá un marco jurisprudencial sobre el tema.

1. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El concepto de trabajo es definido por el artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. Esa relación de trabajo nace entre dos sujetos; uno conocido como el empleador y otro bautizado como trabajador, los cuales no se encuentran en un mismo nivel en lo que a igualdad se refiere.

“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”¹.

El artículo 1o. de la Ley 50 de 1.990, que subrogó el artículo 23 del Código Sustantivo Trabajo, expone claramente los elementos esenciales del contrato de trabajo: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo. b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador, respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o calidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. c) Un salario como retribución del servicio. Reunidos esos tres elementos de que habla el artículo en comento, se entiende que existe contrato de trabajo.

La génesis específica de contrato de trabajo atendiendo a su duración la encontramos en la Ley 6

de 1945, según la cual hay contrato de trabajo entre quien preste un servicio personal bajo la continua dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. En el Código Civil sólo subsiste el arrendamiento de servicios sobre obras inmateriales, esto es, donde predomina la inteligencia sobre la mano de obra, sin carácter permanente ni subordinación².

Sin embargo, fue hasta el año 1950 cuando se avanzó hacia la expedición de un Código Sustantivo del Trabajo. Con la expedición de los Decretos 2663 y 3743 se regularon inicialmente el derecho individual como el colectivo. La Ley 141 de 1961 convirtió esos decretos en legislación permanente, normatividad que ha sufrido modificaciones al promulgarse las Leyes 65 de 1966 y 11 de 1984, pero que solo con la ley 50 de 1990 se hace una modificación sustancial al contrato de trabajo y se regulan ciertas situaciones como la flexibilización de la contratación y la protección individual del trabajador. Esa misma ley 50 de 1990 formalizó el servicio temporal en Colombia, tema del cual nos referiremos en lo atinente a la responsabilidad de la empresa usuaria.

2. FLEXIBILIDAD LABORAL

La apertura de nuevos mercados comerciales, sumado a la implementación de tecnología ha dado paso a lo que se conoce como “flexibilidad laboral”, que no es otra cosa que la pérdida de estabilidad laboral o déficit en la calidad del empleo. Esa nueva forma de relación contractual afecta la situación

¹ Constitución Política de Colombia, artículo 25.

² BONIVENTO FERNÁNDEZ José Alejandro, Los Principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2004. Pag 399.

laboral del trabajador y por ende sus ingresos al privarlo de ciertos beneficios que la legislación laboral les otorga y desdibujan la concepción del trabajo. El fin de esa estrategia es sacar provecho de ciertas disposiciones en materia laboral para que la labor del trabajador se adapte al sistema productivo del empresario para a su vez lograr mejor competitividad; la excusa era el alto índice de desempleo e inflación.

“Como parte de sus medidas para recortar los gastos y de sus esfuerzos para mejorar su competitividad, las empresas trabajan cada vez más con un pequeño núcleo de trabajadores asalariados en condiciones regulares de empleo y una periferia cada vez mayor de trabajadores «no normalizados» o «atípicos» en diferentes tipos de lugares de trabajo dispersados en distintas ubicaciones, y algunas veces en distintos países. Estas medidas suelen incluir acuerdos de contratación externa o subcontratación y relaciones laborales más flexibles e informales³

Con la apertura económica en la década de los noventa, más la implementación posterior de los tratados de libre comercio, las empresas optaron por reducir costos promoviendo el recorte de personal y la subcontratación con terceros para evitar el pago de algunas prestaciones de ley. En Colombia esa flexibilidad laboral es materializada con las empresas temporales, las cooperativas de trabajo asociado y los contratos por prestación de servicios.

Luego con la aparición de la ley 50 de 1990 se creó una contratación temporal a manera de flexibilización, la cual es visible a partir del artículo

71 de esa norma. La última flexibilidad laboral en Colombia se configuró con la ley 789 de 2002. La función primordial de la contratación temporal, es la de cubrir las necesidades de personal que requieran las diferentes compañías para remplazar a personal en vacaciones, o para realizar trabajos ocasionales y transitorios, incluyendo a personal que sale por licencia de maternidad. Con todo puede sostenerse que el derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en nuestra Carta magna, no es un derecho absoluto que garantice a ultranza la permanencia indefinida del trabajador en su puesto de trabajo, porque existen circunstancias de diversa índole en la realidad de un mercado que generan dinamismo y por ende movilidad laboral continua⁴,

Otra de las formas de flexibilidad laboral es el vínculo bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y la realizada por medio de las cooperativas de trabajo asociado. Estas últimas se crearon con el objetivo de asociar a un grupo de trabajadores mediante el ofrecimiento de su fuerza laboral a cambio de un lucro a favor de un tercero ajeno a la relación de trabajo. Sin embargo, se mirará en este trabajo la flexibilidad laboral desde la óptica de la empresa de servicio temporal hasta descender a la responsabilidad de la empresa usuaria.

3. INTERMEDIACIÓN LABORAL.

La característica principal de la intermediación es la contratación de trabajadores a fin de prestar un servicio a un tercero. Por ello, tal figura podría definirse como aquella se encuentra en cabeza de las

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo 90º Reunión., 2002. p.

⁴ PEREZ GARCIA, Miguel, El servicio temporal y otras formas de contratación, Editorial carrera 7, Bogotá 2009, Pág. 55.

empresas de servicios temporales, las agencias de empleo y el simple intermediario para brindar una labor a una persona natural o jurídica, que en teoría no es el empleador del trabajador, pues el empleador es el agente intermediario. El que recibe el servicio se le conoce como empresa usuaria o “usuario”, el cual contrata personal que requiere para el cumplimiento de sus propósitos.

Dentro del tal contexto, las obligaciones en el campo jurídico laboral entre el trabajador en misión, la empresa de servicios temporales y el usuario si bien aparentemente son claras a la luz de la ley 50 de 1990, hay que remitirnos a lo plasmado por el artículo 77 del CST el cual establece que ese agente intermediador, como empleador, es el único obligado a responder por el contrato de trabajo de los trabajadores en misión. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se aparte en muchas ocasiones de tal consideración, pues varias sentencias de esa corporación disponen que para casos especiales, la empresa de servicio temporal deja de ser el empleador para trasladar tal titulación a la empresa usuaria. Esa jurisprudencia se encuentra al final de este artículo a manera de resumen.

Hay que señalar que la intermediación en Colombia no se encuentra prohibida, pero si regulada por el Estado, como sucede frente a las empresas de servicios temporales. El ejercicio de dicha actividad sin la debida autorización del gobierno acarrea sanciones de carácter pecuniaria y legal. Para la usuaria la función de la empresa de servicios temporales resulta útil, pues no es considerado como empleador de los trabajadores. En cambio para los trabajadores resulta perjudicial cuando ella es utilizada para disfrazar una relación de trabajo obviando el pago de las acreencias laborales a las que tienen derecho. Entonces, cuando eso sucede la

intermediación laboral pierde su norte y si bien no es atacada durante la prestación del servicio, una vez finalizada ella, el trabajador casi siempre acude a la jurisdicción laboral para que el juez declare la existencia de un contrato de trabajo entre el trabajador en misión y la usuaria con las consecuencias laborales del caso, excluyendo a la empresa de servicio temporal de su rol de empleador.

En suma la intermediación laboral no está prohibida, pero debe tener sus límites que deben ser acatados en una relación de trabajo, principalmente por parte del empleador o intermediario.

4. MARCO LEGAL DE LAS EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES

La génesis del trabajo temporal en Colombia se ubica en el Decreto 2351 de 1965 que ilustró de manera tibia el servicio ocasional o transitorio, sin hacer pronunciamiento de fondo en esa materia. El artículo 4° de dicha norma se refirió en su momento al contrato a término fijo en los siguientes términos: "Cuando se trata de labores ocasionales o transitorias, de reemplazar temporalmente el personal en vacaciones o en uso de licencia, de atender el incremento de la producción, el transporte o las ventas o de otras actividades análogas". Pero fue el Decreto 1433 de 1983 el que estableció la naturaleza y características de la prestación del servicio temporal en Colombia.

Posteriormente se expide el Decreto 1707 de julio de 1991 y a renglón seguido el Decreto 503 de marzo de 1998, los cuales definen el alcancen de la temporalidad como aquel servicio contratado por la empresa usuaria y no al contrato laboral de la Empresa de Servicios Temporales con sus trabajadores. Mediante el Decreto 4369 de diciembre

de 2006, se actualizó la normatividad basada en criterios de Protección Socio-Laboral, flexibilización de mercado de trabajo y descentralización de competencias del Ministerio, donde se reglamenta todo lo referente a las actividades de las Empresas de Servicios Temporales.

Las Empresas de servicios temporales se encuentran reguladas en la Ley 50 de 1990. Dicha norma la define en su artículo 71 de la siguiente manera: “Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”⁵.

Posteriormente a través del Decreto 4369 de 2006, el gobierno reglamentó el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales definiendo el campo de aplicación y responsabilidades de dichas empresas.

La ley 50 de 1990 expresa en su artículo 74 que los trabajadores de las Empresas de Servicios Temporales pueden ser de plata o trabajadores en misión. Los primeros son los que prestan el servicio en las dependencias de la propia empresa. Los segundos son los que son enviados a las dependencias de una empresa usuaria para cumplir las tareas o el servicio contratado. Por su parte los artículos 75 y 76 de esa normatividad plantean que a los trabajadores en misión se les aplica lo dispuesto en lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo; así mismo se les

reconoce el derecho a la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado.

Uno de los aspectos más relevantes de esa ley se plasmó en su artículo 77, toda vez que allí el legislador estableció los casos en los cuales los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales pueden contratar trabajadores en misión. Esos casos son: (i) Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo (ii) Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad (iii) Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más. Por su parte, el artículo 94 de esa ley excluyó del ámbito de una Empresa de Servicio Temporal a las empresas dedicadas al suministro de alimentación y las que realizan labores de aseo.

Al respecto hay que acotar que el Artículo 79 de la Ley 50 de 1990, indica que “Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación”. Respecto de la salud ocupacional, la Ley 50 en el artículo 78 indica que las Empresas de Servicios Temporales son “responsables de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los

⁵ Colombia, Ley 50 de 1990. Artículo 71.

términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes”.

5. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA USUARIA ANTE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN

Por norma general se tiene a la Empresa de Servicios Temporales como Empleador de los trabajadores en misión, tal como lo ilustra el artículo 74 de la ley 50 de 1990. Pese a ello, hay situaciones donde esa responsabilidad en el pago de las obligaciones laborales se direcciona en cabeza de la empresa usuaria.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 24 de abril de 1997, con ponencia del Magistrado Francisco Escobar Henríquez, ha reiterado el carácter de empleador de la EST, señalando que “la empresa usuaria ejerce la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, pero no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la EST”.

En dicha providencia, la Corte elabora un extracto jurisprudencial sobre las Empresas de Servicios Temporales, señalando a groso modo 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 pueden contraer obligaciones con la empresa de servicio temporal. Muy a pesar de ello, para la Corte, esa ausencia de responsabilidad laboral de la empresa usuaria frente al trabajador temporal desaparece cuando la EST se sale del marco legal

establecido. Dicha sentencia ⁶ determinó, que la violación al tope máximo de contratación con una empresa de servicio temporal para la prestación del servicio de un trabajador en misión se torna irregular, catalogando a la EST como un Empleador aparente o un simple intermediario, de forma que el usuario ficticio se convierte en un verdadero patrono.

Dentro del tal contexto, la irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión puede generar sanciones administrativas en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, esto es, sobrepasando los términos fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. La responsabilidad de la empresa usuaria salta a la vista cuando permanecen con los trabajadores en misión más allá del término estipulado en la norma. Desde finales del siglo pasado se hizo un estudio juicioso al respecto, a través de sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

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.

⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, casación del 24 de abril de 1997, con ponencia del Magistrado Francisco Escobar Henríquez

Algo similar comentó el tratadista GERMÁN PLAZAS⁷ al exponer “que la relación laboral que surge entre usuaria y trabajador en misión, como consecuencia de extralimitación del término legal en la prestación del servicio conlleva una vinculación laboral bajo contrato a término indefinido”.

Bajo esos argumentos podemos colegir, que vencido el término pactado en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 más la prórroga de los seis (6) meses, debe igualmente finalizar la labor del trabajador en misión. Si esto no sucede y la empresa usuaria continúa el con los servicios del trabajador en misión, a partir de ese momento la empresa de servicio temporal dejará de ser el Empleador del trabajador y se constituirá a la usuaria como el verdadero empleador. Igualmente, no podrá alegarse una terminación laboral por justa causa, sino que cualquier finalización de la labor será mirada desde la óptica de la terminación del contrato sin justa causa con las consecuencias que conlleva la indemnización del artículo 64 del CST.

La contratación ilegal con empresas de servicios temporales, esto es, cuando se aparta de los casos de los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998 o cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, conlleva a clasificar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente e intermediario que oculta su calidad en los términos del numeral segundo del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo. Contrario sensu, a la empresa usuaria como verdadero empleador.

No sobra recordar que el beneficio contenido en el artículo 127 del CST no se hace extensivo a las prestaciones sociales extralegales ni otros beneficios que tengan establecidos el usuario con excepción de los factores equivalentes a transporte, alimentación y recreación⁸.

En caso de no tenerse en cuenta los requisitos del artículo 77 del CST y pasar por alto dichas limitaciones, la empresa de servicio temporal dejará de ser el verdadero patrono para constituirse en simple intermediario de la relación laboral del trabajador en misión y la empresa usuaria, correspondiéndole a ésta última el pago de los salarios y prestaciones de ley.

6. DEL CONTRATO REALIDAD.

No es del caso referirnos en extenso sobre la figura del contrato realidad, pero si oportuno ubicarnos en el tema para descender a la responsabilidad de la empresa usuaria como consecuencia de la configuración de ese tipo de contrato.

El contrato realidad podría definirse como aquel contrato que no se formalizó entre el trabajador y empleador, pero que reúne los requisitos del artículo 23 del CST y el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. El artículo 23 de nuestra legislación laboral indica que para que exista contrato de trabajo, se requiere que concurren estos tres elementos esenciales.

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.

⁷ PLAZAS GERMAN Alfonso, La nueva práctica laboral, Bogotá, Editorial Linotipia, 2008

⁸ HERRERA, José Roberto, Conceptos laborales aplicados a las EST. Bogotá, ACOSET. 1994, pág. 53

- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual subordinación debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.
- c) Salario como retribución del servicio.

Por su parte el artículo 53 Constitucional nos trae el principio de la “primacía de la realidad sobre formalidades pactadas por los extremos de la relación laboral”, el cual hace alusión a que dentro del desarrollo de una actividad de trabajo tendrá prelación la realidad de los hechos sobre la formalidad escrita o documental suscrita por las partes. Al respecto, la sentencia C-555 de 1994 concluyó:

“La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo por sí sola es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”.

Por lo general el contrato que debe suscribir la empresa de servicios temporales con el trabajador en misión, es un contrato de obra o labor determinada, sin perjuicio de que también se pueda suscribir un contrato de trabajo a término fijo, in que en ningún

caso el plazo del contrato se prolongue más allá de seis (6) meses prorrogables por seis (6) meses adicionales como lo impone el artículo 77 de la ley 50 de 1990. La legislación laboral les ofrece plena libertad para escoger el contrato pero siempre deben respetar el plazo aludido.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto a la solidaridad entre la empresa de servicios temporales y el usuario frente a las obligaciones originadas a favor de los trabajadores en misión. Ha señalado esa Corporación:

*“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las EST como empleadoras de los trabajadores en misión (L. 50/90, arto 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. Sólo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (CST, 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”.*⁹

Otro de los efectos que produce la configuración de un contrato realidad entre el trabajador en misión y la empresa usuaria cuando ésta es una empresa del Estado, es el pago de los beneficios convencionales a que podrían tener derechos los citados trabajadores, pues a pesar de que no tienen vínculo contractual con el usuario, nada impide que su convención colectiva de trabajo le sea aplicada a los trabajadores en misión. Ello ha dado lugar a que el trabajador en misión sea beneficiario de la convención colectiva o del pacto

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia del 24 de abril de 1997, radicación 943:, M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez.

colectivo que rija para los trabajadores de la empresa usuaria. Al respecto dijo la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 21 de febrero de 2006, radicación 25717 señaló:

“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 Política, 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”.

7. EMPRESA USUARIA

El artículo 73 de la ley 50 de 1990 define a la empresa usuaria como aquella persona jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales. Hay que destacar que el usuario también puede ser una persona natural, lo cual rara vez se ve; sin embargo como el tema en estudio es la responsabilidad de la empresa usuaria, analizaremos al usuario desde la óptica de la persona jurídica. En el caso de las EST los medios de labor son de propiedad de la empresa usuaria del servicio. El trabajador en misión no es socio, ni dueño, sino que realiza un trabajo o labor temporal a favor de un tercero que es el empresario usuario.¹⁰

En la intermediación laboral figuran entonces la empresa de servicio temporal que de acuerdo a la ley 50 de 1990 es el empleador del trabajador en misión; éste último es la fuerza productiva de la relación de trabajo y quien recibe del primero el pago por la actividad personal. Y en tercer lugar figura la empresa usuaria o “usuario” a secas, que es la persona natural o jurídica que recibe el servicio prestado por parte del trabajador en misión. El usuario en teoría no tiene la potestad de subordinación frente al trabajador en misión, pero si le corresponde impartir ciertas instrucciones para el cumplimiento de las metas o propósitos buscados, esto es, los citados en el artículo 77 de la ley 50 de 1990.

El legislador quiso plasmar e forma taxativa los eventos en que es viable acudir a la figura de trabajadores temporales como una situación excepcional, pues el espíritu de la norma es evitar que se simule una relación de trabajo para abstenerse el verdadero empleador de pagar las acreencias laborales que todo trabajador tiene derecho.-

La sentencia T-641 de 2008, M.P: NILSON PINILLA PINILLA sobre el comento dispuso:

“Por su parte, de conformidad con el artículo 73 de la misma Ley se denomina “usuarios” a las personas naturales o jurídicas que contratan con las empresas de servicios temporales, a través de un contrato mercantil escrito, regulado por el artículo 81 de la citada Ley 50 de 1990. En virtud de este contrato, las empresas de servicios temporales, a cambio de una remuneración determinada, se comprometen a remitir el personal requerido por el usuario, para lo cual han de enganchar los respectivos trabajadores mediante la modalidad contractual laboral que se acomode a la necesidad del servicio y duración de la misión”.

¹⁰ JIMÉNEZ TRUJILLO Mónica Johana, El ideal solidario y la actual desnaturalización de las cooperativas de trabajo asociado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tesis de grado, 2007, Pag.

La Corte Suprema de Justicia¹¹ aclara que no podrán ser usuarias “quienes tengan con esta nexos económicos que impliquen subordinación o control. Prosigue la sentencia: “Las empresas de servicios temporales no podrán prestar servicios a usuarias con las que tengan vinculación económica en los términos de que trata el capítulo XI del libro segundo del Código de Comercio”.

La apreciación que hace la Corte es evitar un posible fraude a la ley y consentir una relación laboral aparente, pues al hacerse un mal uso de la figura de la empresa de servicios temporales quien gana es el empleador al sustraerse a unas obligaciones que le corresponden cancelar a los trabajadores.

8. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA USUARIA ANTE LA DECLARATORIA DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO REALIDAD

A parte del álbum jurisprudencial citados, es de gran importancia ilustrar el tema con otros pronunciamientos sobre la responsabilidad de la empresa usuaria al configurarse un contrato realidad con el trabajador en misión.

“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 Política, 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 deben ser considerados como servidores suyos”¹²

Esa misma corporación, en sentencia del magistrado CARLOS ISAAC NADER se refiere en forma directa a la responsabilidad de la empresa usuaria en los siguientes términos:

“Mediante sentencia de casación proferida el 21 de febrero del año en curso, en el proceso iniciado por PASCUALITA EPIEYÚ contra el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI CONCESIÓN DE SALINAS Y SERVIVARIOS LTDA., se casó el fallo de segundo grado en cuanto confirmó la decisión del juez del conocimiento que absolvió a las demandadas de las pretensiones de la actora, al concluirse que frente a los eventos de contratación fraudulenta y de los casos en que se presente el desconocimiento del plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, conforme a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad y por consiguiente debe tenerse al usuario como verdadero empleador.

En la sentencia aludida de esta Corporación se acogió igualmente el criterio doctrinal sentado en la sentencia de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, en la que a más de las sanciones administrativas que procedan por el desconocimiento de los preceptos mencionados el usuario se hace responsable de las obligaciones laborales, con solidaridad de la empresa de servicios temporales”¹³

¹¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Radicación 9435, M.P.; Francisco Escobar Henríquez, abril 24 de 1997

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral, Sentencia de 21 de febrero de 2006, radicación No. 25717.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, ACTA No. 57, RADICACIÓN No. 25717, Bogotá, D. C., Nueve (09) de agosto de dos mil seis (2006) Magistrado Ponente.: CARLOS ISAAC NADER

Por su parte la Corte Constitucional por intermedio de la Sentencia T-503 de agosto 6 de 2015. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa sintetizó:

“(…)La anterior situación desnaturaliza los contratos celebrados entre el trabajador, la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, pues como se dijo, los mismos fueron concebidos a fin de ser desarrollados de manera temporal, conforme a lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en donde se precisó que los usuarios de las empresas de servicios temporales solo podrán contratar con estas en los siguientes casos: (i) cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; (ii) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (iii) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más. De forma tal que se brinde protección a los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes”.

No se pone en duda la facultad que tienen los trabajadores de modificar los máximos o mínimos establecidos legalmente en su beneficio, en el caso concreto se reduce el término máximo permitido por la ley para que una empresa beneficiaria pueda servirse de las EST, so pena de ser declarada la relación laboral directamente con la usuaria.¹⁴

CONCLUSIÓN

La intermediación laboral en Colombia se ha hecho más notoria con la aparición de las crisis

económicas en las décadas de los ochenta y noventa. Hoy día bajo esa figura encontramos las cooperativas de trabajo asociado y los simples intermediarios y las empresas de servicios temporales. Por regla general se tiene a la empresa de servicios temporales como empleador de los trabajadores en misión, pero esa afirmación no es tan sólida pues la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que cuando el plazo fijado en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 se transgrede se tiene a la empresa usuaria como el verdadero y directo empleador de los trabajadores en misión, con las consecuencias económicas que ello conlleva, es decir, el pago de salarios, prestaciones y eventuales indemnizaciones en favor de los trabajadores.

Dentro de tal contexto no sólo se debe respetar lo pactado dentro de la contratación laboral entre usuaria y empresa de servicios temporales, sino el término fijado en dicho contrato, pues cuando el mismo excede de un (1) año la realidad prevalece sobre la formalidad trayendo como consecuencia que la empresa usuaria sea declarada judicialmente como el verdadero empleador del trabajador en misión y a la empresa de servicio temporal como un simple intermediario.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPOS RIVERA, Derecho Laboral Colombiano, Temis Sexta Edición, Bogotá 1997.

CRISTANCHO PARRA J Leopoldo, Colombia y los modelos de seguridad social en el mundo. Ediciones tercer mundo. Bogotá 1987.

QUINTERO SEPÚLVEDA Álvaro. Pensiones del sector público: la transición continua. Librería Jurídica Sánchez R Ltda, Bogotá, 2013.

¹⁴ ALBARRACIB ORJUELA, Laura, Universidad Externado de Colombia, Tesis de Grado, Bogotá, 2012, Pag. 111.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social, Bogotá, Legis 2009.

VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Derecho Individual del Trabajo. Ediciones del Profesional Ltda. Primera edición. 2011

ORJUELA ALBARRACIN, Laura, Fraude al Contrato de Trabajo, Universidad Externado de Colombia. 2012.

PEREZ GARCÍA, Miguel, El servicio temporal y otras formas de contratación. Editorial Carrera 7, Bogotá. 2009,

Régimen Laboral colombiano, Editorial Legis 2014.

Constitución Política de Colombia, Editorial Temis.

Sentencia T-641 de 2008 de la Corte Constitucional.

Sentencia T-503 de 2015 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-555 de 1994 de la Corte Constitucional.

Sentencia 26598 de septiembre 26 de 2006 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia SL3246- de marzo 18 de 2015 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 25717 de agosto 9 de 2006 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ssentencia 26598 de septiembre 26 de 2006 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia