

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE SALVADOR CORRALES VELÁSQUEZ CONTRA
MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.

*Con el acostumbrado respeto para con la mayoría de la sala, procedo a señalar las razones por la cuales me aparto de la decisión proferida al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia: En primer lugar, la decisión mayoritaria incurre en un error, al indicar que los trabajos ocasionales o transitorios que pueden ser contratados a través de las EST, que envían trabajadores en misión a una empresa usuaria, tienen que ser distintos al giro normal de los negocios o actividad empresarial de aquella, porque, como bien lo ha explicado la Sala Laboral de la CSJ, las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, **que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios**. Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:*

[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan 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 (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria¹».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

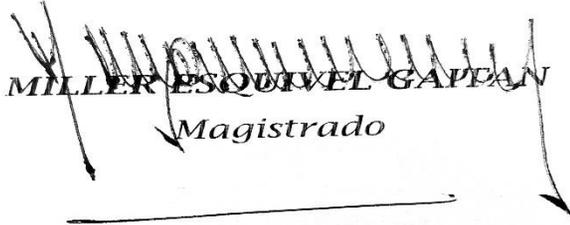
La cuestión está en que el demandante fue contratado para la ejecución de labores permanentes de la usuaria, dado que, realizó tareas propias de su actividad económica de hidrocarburos, tratando de acomodarse en el tiempo, para hacerle un desvío a la figura contractual, pero en el fondo, se desvirtúa la transitoriedad y excepcionalidad del servicio. Y como la consecuencia de esa ilegalidad o actuación fraudulenta conduce a “(...) considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contrato laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados” (CSJ SL3520-2018), es evidente que, si aquél tenía implementadas prerrogativas convencionales en favor de sus propios trabajadores, es claro que el demandante por cuenta de esta declaración, también se hacía acreedor a esos mismos derechos.

En segundo lugar, es cierto que, la convención colectiva de trabajo que beneficiaba a los trabajadores directos de la empresa usuaria establece que tales prerrogativas sólo se extienden a quienes ejercen labores de forma permanente, pero téngase en cuenta que, en este escenario, el demandante fue contratado para realizar unas labores propias de dicha empresa, con algunas interrupciones, con el fin de mantenerse en el límite máximo de contratación con la EST, por lo que en aras de una verdadera justicia con los derechos del trabajador, correspondía declarar los derechos convencionales, pese a que el actor desarrolló dichas actividades en forma discontinúa, pero se reitera, por maniobras fraudulentas del verdadero empleador.

Y, por último, como esa condena implicaba el pago de la sanción moratoria solicitada por el demandante, pues, el verdadero empleador, al dejar de reconocer las prerrogativas salariales y prestacionales de conformidad con el instrumento colectivo, por cuenta de la utilización fraudulenta de un mecanismo de intermediación laboral, incumplió con una obligación legal.

Dejo así a salvo el voto.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

The image shows the text 'MILLER ESQUIVEL GAPPAN' and 'Magistrado' with several handwritten annotations. A large, dense scribble of vertical lines is drawn over the top of the text. Three arrows point downwards from the scribbled area: one from the left side, one from the middle, and one from the right side. A horizontal line is drawn below the text, extending from the left side of the scribble to the right side.