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

Asunto: Apelación sentencia

Proceso: Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-002-2017-00409-01

Demandante: Héctor Alcides Gallego Álvarez

Demandado: Servicios Postales Nacionales S.A.

Juzgado de Origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / INTERMEDIACIÓN LABORAL / EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES / CASOS EN QUE PUEDEN INTERVENIR / DESNATURALIZACIÓN DE SUS FUNCIONES E.S.T. / REINTEGRO LABORAL / EVENTOS EN QUE PUEDE ORDENARSE.**

El artículo 77 de la Ley 50/1990 definió a las empresas de servicios temporales como aquellas que contratan con empresas usuarias la prestación de un servicio temporal para desarrollar las actividades del giro ordinario de los negocios de la usuaria o no, a través de personal propio de la E.S.T. por lo que estas últimas tienen como objeto principal el suministro de mano de obra a terceros contratantes.

En ese sentido, se presenta una relación triangular de trabajo en la que la E.S.T. es la empleadora de la persona natural, que a su vez es enviada en una misión temporal a la empresa usuaria para prestar un servicio. Usuaria que determina las tareas a realizar y supervisa su ejecución – subordinación material –, en virtud a la delegación que realiza la E.S.T.

Ahora bien, la prestación de ese servicio se encuentra delimitado legalmente a tres eventos específicos:

i) la ejecución de labores ocasionales, transitorias o accidentales contempladas en el art. 6º del C.S.T…

ii) Reemplazos de personal de la usuaria que se encuentren en vacaciones, licencias, incapacidades por enfermedad o maternidad durante todo el término que permanezca la situación excepcional.

iii) Para atender incrementos de: producción, transporte, ventas, cosechas y prestación de servicios. Incrementos que podrán ser contratados por un término de 6 meses, prorrogable hasta por 6 meses más.

El artículo 6º del Decreto 4369/2006, mediante la cual se reglamentó la Ley 50/1990 aclaró frente al numeral iii) ya descrito, que cuando la causa originaria del servicio (incremento) sea superior al término de 6 meses, prorrogado por otros 6, entonces la empresa usuaria no podrá prorrogar ese contrato, ni celebrar uno nuevo con la misma E.S.T. o alguna otra diferente para prestar tal incremento. (…)

… para la prosperidad de una acción tendiente a evidenciar que la empresa usuaria era el verdadero empleador implica que se acredite dentro del expediente: i) que el demandante haya sido contratado por una E.S.T.; ii) que no fue contratado para las labores permitidas por la Ley 50/90 y iii) que dichas labores superaron los topes legales. (…)

El artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, fue la primera disposición que consagró la acción de reintegro para los trabajadores que luego de cumplir 10 años de trabajo continuo eran despedidos sin justa causa, evento en el cual, podía ser reintegrado en las mismas condiciones de empleo y el pago de los salarios dejados de percibir.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 50 de 1990, dicha figura solo procedía respecto de aquellos trabajadores que al 1º de Enero de 1991 tenían más 10 años continuos de prestación de servicios al mismo empleado, en los demás casos, solo procedía la indemnización conforme a los parámetros allí señalados.

Existen otras fuentes generadoras de reintegro, como lo son los trabajadores que gozan de fuero sindical cuando son despedidos sin justa causa previamente calificada por el juez –artículo 405 del C.S.T.-; los que se encuentran con limitaciones físicas o psíquicas y por lo tanto, se encuentren incapacitados y son despedidos en razón de ello –artículo 26 de la Ley 361 de 1997- y, las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia –o sus cónyuges- también gozan de una protección reforzada en el ámbito de trabajo. Criterio que reitera ahora la decisión proferida por esta Sala desde el 05/09/2017, exp. 2015-00286-01.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y treinta minutos de la mañana (09:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver los recursos de apelación contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Héctor Alcides Gallego Álvarez** contra **Servicios Postales Nacionales S.A.,** radicado 66001-31-05-002-2017-00409-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Héctor Alcides Gallego Álvarez pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Servicios Postales Nacionales S.A. desde el 09/02/2011 hasta el 02/03/2017, que finalizó sin justa causa; en consecuencia, de manera principal se ordene el reintegro al cargo de Profesional Nivel iii, o a uno de igual o superior categoría, y el pago de los salarios y diferencias, prestaciones sociales, primas convencionales, vacaciones, aportes a la seguridad social hasta su reintegro. Sumas que pretendió de manera indexada y las costas procesales.

Subsidiariamente, el pago de las diferencias salariales, reajuste de cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones entre el 01/01/2016 hasta el 02/03/2017 como Profesional Nivel iii, la indemnización del artículo 64 y 65 del C.S.T., art. 99 de la Ley 50/90; por otro lado, solicitó la liquidación de las vacaciones desde el año 2011 al 2015 y el pago de todo tipo de bonificación, sobresueldo o beneficio convencional que perciba un Profesional Nivel iii, además del reajuste de las cotizaciones al sistema pensional.

Fundamentó sus aspiraciones en que: *i)* prestó sus servicios personales desde el 09/02/2011 hasta el 02/03/2017 de manera continua e ininterrumpida; *ii)* entre los años 2011 y 2013 se desempeñó como auxiliar de servicios logísticos y ejecutivo comercial; luego para el 2014 fue promovido a ejecutivo comercial ii o profesional nivel ii, y a partir del año 2016 comenzó a cumplir las funciones de un profesional nivel iii.

*iii)* las últimas actividades desempeñadas consistían en coordinar la admisión y distribución de envíos masivos en el Eje Cafetero, que eran análogas a un Profesional de Admisión nivel iii, y Profesional de Transporte y Distribución nivel iii sin que en momento alguno fuera remunerado en igualdad de condiciones, pues apenas recibía una asignación básica de $1’850.000, auxilio de rodamiento $395.000 y comisiones por ventas promedio de $387.600.

*iv)* el vínculo laboral con la sociedad estuvo intermediado por Empresas de Servicios Temporales a través de contratos de obra o labor y durante el mismo nunca le pagaron las vacaciones causadas por los años 2011 al 2015.

**Servicios Postales Nacionales S.A.** omitió subsanar la contestación a la demanda (fls. 106 a 116 c. 1), por lo que se tuvo por no contestado el libelo genitor con la consecuencia procesal pertinente – indicio grave - (fl. 117 c. 1)

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira declaró “*la ineficacia e ilegalidad de los contratos de prestación de servicios celebrados entre la sociedad Servicios Postales Nacionales y la Organización Servicios y Asesorías SAS, que tuvieron como objeto enviar en misión al señor Héctor Alcides Gallego Álvarez, a partir del* ***1 de diciembre de 2014****”.*

En consecuencia, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y Servicios Postales Nacionales S.A. desde el 09/02/2011 hasta el 02/03/2017, que finalizó de manera unilateral y sin justa causa.

En cuanto a las condenas, ordenó el pago de las vacaciones, la indemnización por despido injusto y la moratoria, esta última a partir del 03/06/2017, y absolvió de las restantes pretensiones.

Como fundamento de su decisión adujo que al no asistir la sociedad demandada a la audiencia de conciliación preceptuada en el art. 77 del C.P.L. y de la S.S., dio por ciertos los hechos tendientes a demostrar la existencia de la relación laboral, extremos, funciones y retribución, sin que aquella desvirtuara la presunción que pesaba en su contra, pues las actividades desempeñadas por el demandante eran permanentes en el tiempo, y consistían en servicios de carga propios de la demandada, como se desprendía de la prueba documental y testimonial practicada, y con ello se desnaturalizó la temporalidad de las empresas que remiten trabajadores en misión.

También se dijo que Servicios Postales Nacionales S.A. se rige por las disposiciones de las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo que sus trabajadores por regla general serán oficiales.

Frente a la pretensión principal, la *a quo* desechó el reintegro dado que el actor no se encontraba en ninguna de las situaciones legales dispuestas para su procedencia.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias descartó la nivelación salarial para los años 2016 y 2017, porque el cargo profesional nivel *iii* es inexistente dentro de la estructura de la sociedad demandada, según la certificación allegada por la demandada, por lo que se desconocía el salario que devengaban los trabajadores del nivel aducido. Y en ese mismo sentido rehusó el pago del reajuste de salarios y prestaciones sociales, además porque tampoco obraba prueba en el expediente de cuánto había sido pagado por esos conceptos como para re liquidarlos con inclusión del pago denominado rodamiento, que sí era constitutivo del salario.

Por otro lado, ordenó el pago de las vacaciones de 2011 a 2015, pues ninguna prueba se había allegado de su cancelación, la indemnización por despido sin justa causa por el plazo presuntivo restante – 157 días -, al resultar ineficaz la contratación a través de Empresas de Servicios Temporales.

Por último, condenó a la sociedad demandada a la sanción moratoria, por existir mala fe en razón a la vinculación del demandante a través de una intermediación laboral.

**3. Recursos de apelación**

Ambas partes en contienda presentaron recurso de alzada contra la decisión anterior. Así, el demandante reprochó parcialmente la sentencia, para que se acogieran íntegramente las súplicas de la demanda y por ello, se ordenara el reintegro, la nivelación salarial y la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales.

Frente al reintegro laboral adujo que debía ser analizado en virtud a la equidad, pues prefería una estabilidad laboral como trabajador oficial.

En relación con la nivelación salarial, mencionó que sí se acreditó que el demandante había desempeñado funciones como profesional, con personal a cargo y con la misma jerarquía que las testigos Olga Patricia Betancur y Olga Liliana Giraldo frente a las que se certificó el salario devengado, sin que pueda desprenderse buena fe alguna de las certificaciones expedidas por la demandada, máxime que las mismas tampoco constituían una tarifa legal, y la juzgadora pudo haber realizado una condena en abstracto.

Por su parte, **Servicios Postales Nacionales S.A.** mostró su inconformidad frente a todas las condenas impuestas en su contra, así expuso que nunca fue empleador del demandante y que los vínculos con las temporales fueron para la ejecución de diversos objetos contractuales, realizándose el pago íntegro en cada uno de ellos, y esta a su vez, pagó todos los emolumentos pretendidos – salario y prestaciones-.

Para finalizar, reprochó que la a quo en el numeral primero de la decisión únicamente declaró ineficaz la contratación a través de una E.S.T. a partir de del 1º de diciembre de 2014, pero dejó vigentes las relaciones con las temporales anteriores a Servicios y Asesorías S.A. que fue la última con la que laboró el demandante.

**CONSIDERACIONES**

**Cuestión previa**

Rememórese que ninguna de las partes en contienda reprochó la naturaleza jurídica pública de Servicios Postales Nacionales S.A. y por ende, tampoco se recriminó el régimen laboral público aplicado a sus trabajadores, máxime que incluso su apoderado judicial reconoció tal condición al iniciar los argumentos de la alzada; por lo que, la Sala queda relevada de su estudio.

Por otro lado, en tanto la apelación de la sociedad pública demandada se contrajo a evidenciar el uso adecuado de una Empresa de Servicios Temporales para la contratación de personal en misión, entonces tampoco se analizarán los extremos temporales declarados en primera instancia, y mucho menos cualquier connotación de buena fe para efectos de las sanciones impuestas en primera instancia.

Lo anterior en virtud al principio de consonancia contenido en el artículo 66A del C.P.L. y de la S.S. mediante el cual el legislador restringió la competencia de los jueces de segundo grado al análisis de las materias objeto del recurso de apelación, y con ello vedó a las colegiaturas todo pronunciamiento sobre aspectos ajenos al discernimiento sobre el que gravita el recurso de alzada, de lo contrario implicaría una trasgresión no solo a la buena fe, sino también al debido proceso de la contra parte, así como la exigencia de lealtad en el actuar procesal de las mismas; en ese sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado el imperioso respeto por “(…) *los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa (…)”[[1]](#footnote-1).*

**1. Problemas jurídicos**

De acuerdo con lo anterior, la Sala se plantea los siguientes cuestionamientos:

i) ¿Existió un contrato de trabajo entre Héctor Alcides Gallego Álvarez y Servicios Postales Nacionales S.A., o por el contrario, una relación triangular de trabajo amparada por la Ley 50/90 para contratar al demandante como trabajador en misión, a través de una empresa de servicios temporales?

i) Si la respuesta al anterior implica un contrato de trabajo, entonces ¿había lugar a la nivelación salarial y reliquidación de los salarios y prestaciones sociales?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1. Empresas de Servicios Temporales -EST-**

**2.1.1. Fundamento Jurídico**

El artículo 77 de la Ley 50/1990 definió a las empresas de servicios temporales como aquellas que contratan con empresas usuarias la prestación de un servicio temporal para desarrollar las actividades del giro ordinario de los negocios de la usuaria o no, a través de personal propio de la E.S.T. por lo que estas últimas tienen como objeto principal el suministro de mano de obra a terceros contratantes.

En ese sentido, se presenta una relación triangular de trabajo en la que la E.S.T. es la empleadora de la persona natural, que a su vez es enviada en una misión temporal a la empresa usuaria para prestar un servicio. Usuaria que determina las tareas a realizar y supervisa su ejecución – subordinación material -, en virtud a la delegación que realiza la E.S.T.

Ahora bien, la prestación de ese servicio se encuentra delimitado legalmente a tres eventos específicos: *i)* la ejecución de labores ocasionales, transitorias o accidentales contempladas en el art. 6º del C.S.T., es decir, actividades que no superan un mes de trabajo y que eran distintas a las actividades normales de la usuaria.

*ii)* Reemplazos de personal de la usuaria que se encuentren en vacaciones, licencias, incapacidades por enfermedad o maternidad durante todo el término que permanezca la situación excepcional.

*iii)* Para atender incrementos de: producción, transporte, ventas, cosechas y prestación de servicios. Incrementos que podrán ser contratados por un término de 6 meses, prorrogable hasta por 6 meses más.

El artículo 6º del Decreto 4369/2006, mediante la cual se reglamentó la Ley 50/1990 aclaró frente al numeral *iii)* ya descrito, que cuando la causa originaria del servicio (incremento) sea superior al término de 6 meses, prorrogado por otros 6, entonces la empresa usuaria no podrá prorrogar ese contrato, ni celebrar uno nuevo con la misma E.S.T. o alguna otra diferente para prestar tal incremento.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en punto a las actividades legalmente permitidas para contratar a través de E.S.T. ha enseñado que “*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 acudirse 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 (…)” [[2]](#footnote-2).*

Explica la Corte que la razón de lo anterior estriba en que las E.S.T. como mecanismos de flexibilidad empresarial no pueden sustituir al personal permanente de la usuaria - descentralizar sus actividades permanentes en terceros -, pues tal acto implicaría el encubrimiento de una necesidad indefinida y permanente de la usuaria.

Puestas de ese modo las cosas, las E.S.T. se encuentran habilitadas para prestar un servicio transitorio a una empresa cliente. Servicio que puede ser propio o ajeno al giro habitual de la usuaria, pero por un tiempo limitado; por consiguiente, la utilización de este tipo de empresas por fuera de los lindes definidos, tendrá como consecuencia que el trabajador en misión sea empleado directo de la usuaria, “*vinculado mediante contratos laborales a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador tiene previstos en favor de sus asalariados”[[3]](#footnote-3)* y que la E.S.T. se convierta en una simple intermediaria de la contratación laboral, pues fungió como empleador aparente, y en consecuencia, la E.S.T. será solidariamente responsable de las acreencias que adeude el verdadero empleador – par. 1º, art. 20, D.4369/2006.

Entonces para la prosperidad de una acción tendiente a evidenciar que la empresa usuaria era el verdadero empleador implica que se acredite dentro del expediente: *i)* que el demandante haya sido contratado por una E.S.T.[[4]](#footnote-4); *ii)* que no fue contratado para las labores permitidas por la Ley 50/90 y *iii)* que dichas labores superaron los topes legales[[5]](#footnote-5).

**2.1.2. Fundamento fáctico**

De manera liminar debe precisarse que para el caso de marras no resultaba imprescindible la presencia de la E.S.T. como sujeto pasivo de la contienda, pues no es litisconsorte necesario de Servicios Postales Nacionales S.A., en tanto que el demandante no pretendió su solidaridad, y solo buscó declarar a la sociedad demandada como verdadera empleadora.

Descendiendo al caso en concreto, obra en el expediente la declaración de Claudia Lorena Osorio Puentes, que afirmó haber laborado para la demandada, a través de la E.S.T. Coltémpora, desde octubre de 2012 hasta marzo de 2014, como cajera operativa y luego como auxiliar de franquicia. En razón a ello, narró que fue compañera de trabajo del demandante, quien se desempeñaba como **supervisor de calidad**, es decir, supervisaba las operaciones de los carteros en la entrega de correspondencia.

Por su parte, Daniela Montoya Hernández adujo haber laborado para la demandada, a través de una E.S.T. desde el año 2015 hasta finalizar el 2016, primero en el punto de venta de la Virginia y luego como Profesional de Paquetería en el centro logístico de Dosquebradas. Concretamente, relató que conoció al demandante durante dichos años como **ejecutivo de cuenta,** por lo que debía hacer el seguimiento a los clientes y cuando había algún inconveniente, lo trasladaba al centro de operaciones. Asimismo, contó que luego tanto la testigo como el demandante ascendieron a **profesionales,** ella en paquetería y él de **masivos** – envío de facturas de servicios públicos, entre otras, que implican “*demasiadas imposiciones”* -. Que su salario era pagado a través de la E.S.T. denominada Servicios y Asesorías.

Por otro lado, narró que había otros profesionales, como Olga Patricia que era de Documentación y Franquicia, y Olga Liliana de transporte, que a su juicio todos cumplían las mismas funciones, pero que entre la testigo y el demandante había una diferencia frente al volumen de envíos pues manejaban dos productos diferentes – paquetería y masivos -.

Por último, obra la declaración de Wilmar Alexander Castrillón Lozano que adujó haber laborado para la demandada, igualmente a través de una temporal, desde febrero de 2015 al 1º de agosto del mismo año, lugar en el que conoció al demandante, en la sección de **masivos.**

Declaraciones que ofrecen credibilidad a la Sala, pues su conocimiento aparece directo y coherente con el hecho principal escrutado, esto es, que el demandante prestó sus servicios para la demandada Servicios Postales Nacionales S.A., en la ejecución de por lo menos 3 funciones diferentes, supervisor de calidad entre los años 2012 a 2014, ejecutivo de cuenta y profesional de masivos entre los año 2015 a 2016, y en esa medida, acreditado se encuentra la existencia del contrato de trabajo con dicha S.A. – art. 24 C.S.T.-, por lo que corresponde a la demandada desvirtuar al presunción, para lo cual debe en este caso evidenciar que la prestación del servicio se dio con ocasión a una relación triangular de trabajo, es decir, a través de una E.S.T. para el desarrollo de las actividades permitidas por la Ley y durante el término pertinente.

En ese sentido, obra en el expediente la siguiente prueba documental: un desprendible de pago expedido por Coltémpora S.A. a favor de Héctor Alcides Gallego Álvarez (Técnico Proceso), y como empresa cliente Servicios Postales Nacionales S.A., en el que se anota fecha de ingreso: 21/12/2011 y se paga la primera quincena de febrero de 2012 (fl. 33 c. 1).

Luego, a folios 42, 48 y 149 a 152 constancias emitidas por S&A Servicios y Asesorías S.A.S. en la que se certificó que el demandante había fungido como colaborador en misión en dicha Empresa de Servicios Temporales, y por ello fue enviado a Servicios Postales Nacionales para los siguientes desempeños:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Ingreso** | **Retiro** | **Cargo** |
| 01/12/2014 | 30/12/2015 | Ejecutivo Comercial |
| 22/01/2016 | 20/01/2017 | Profesional Procesos 2 |
| 01/03/2017 | 02/03/2017 | Profesional Procesos 2 |

Por otro lado, obran los contratos de trabajo suscritos entre el demandante y S&A Servicios y Asesorías iniciado el primero el 22/01/2016 y el segundo el 01/03/2017 para colaborar en misión en Servicios Postales Nacionales “*por el tiempo requerido para la realización de la obra o labor estipulada conforme a las necesidades de la empresa usuaria”* (fls. 46 vto. y 49 c. 1), sin especificar funciones específicas, necesidad del servicios, ni tiempo de realización.

El anterior derrotero probatorio muestra que el demandante prestó sus servicios a favor de Servicios Postales Nacionales S.A. a través de Empresas de Servicios Temporales, así:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Ingreso** | **Egreso** | **E.S.T.** | **Cargo** | **Tiempo** |
| 21/12/2011 | 15/02/2012 | Coltempora | Técnico Proceso | 1 mes y 25 días |
| 00/10/2012 | 00/03/2014 | Coltempora | Supervisor de Calidad | 1 año y 5 meses |
| 01/12/2014 | 30/12/2015 | Servicios y Asesorías | Ejecutivo Comercial | 1 año y 1 mes |
| 22/01/2016 | 20/01/2017 | Servicios y Asesorías | Profesional Procesos 2 | 11 meses y 28 días |
| 01/03/2017 | 02/03/2017 | Servicios y Asesorías | Profesional Procesos 2 | 1 día |

Así, Héctor Alcides Gallego por lo menos laboró a través de Coltémpora a favor de la demandada desde el 21/12/2011 hasta marzo de 2014, esto es, por 2 años y 3 meses con una interrupción de 7 meses. Luego, se advierte que desde el 01/12/2014 hasta el 02/03/2017 el demandante laboró igualmente a favor de la demandada a través de Servicios y Asesorías, es decir, por más de 2 años y tres meses, con una interrupción de casi 10 meses. Sin que exista prueba dentro del plenario que acredite cuál fue la causa originaria para su contratación – labor ocasional, vacaciones, licencias, incapacidades o incrementos de producción -, vínculos que en todo caso, superaron el término de contratación de 6 meses prorrogable por otros 6, sin contar las interrupciones que superan el mes.

Si bien en el plenario obra el contrato comercial suscrito entre la demandada y S&A Servicios y Asesorías S.A.S – E.S.T. – (fls. 153 a 186 c. 1), el mismo fue suscrito a partir del 30/10/2017, esto es, con posterioridad al linde final reclamado en la demanda – 02/03/2017 – (fl. 4 c. 1).

Puestas de ese modo las cosas, si bien en principio cumpliría la demandada con desvirtuar su vínculo como verdadera empleadora del demandante; tal hecho cae al vacio, pues desde el año 2011 hasta el 2017 hizo uso de los servicios del demandante, a través de empresas de servicios temporales, sin que acreditara la causa originaria autorizada por la Ley durante los límites permitidos; y por el contrario, se infiere de la prueba antes mencionada que éste ejecutó labores permanentes del objeto social de la demandada que de ninguna manera corresponden a vacaciones, licencias o incapacidades, ni a un incremento en la prestación de un servicio, aunque uno de los cargos del demandante se denominara Profesional de Masivos, pues como se explicó anteriormente consistía en la remisión de facturas de servicios públicos que acaece cada mensualidad, todo ello durante un periodo cercano a los 6 años, y con ello se desdice el carácter temporal que habilitaba la contratación de personal en misión a través de una E.S.T., y por ello, el verdadero empleador de Héctor Alcides Gallego Álvarez fue Servicios Postales Nacionales S.A., de conformidad con el Decreto 4369/2006.

Al punto es preciso resaltar que contrario a las conclusiones esgrimidas en primera instancia, en el marco de una adecuada contratación con E.S.T., de ninguna manera el ejercicio de actos subordinantes por parte de la empresa usuaria al trabajador en misión, implicaba la transformación de aquella en su verdadero empleador, pues tal subordinación material, se encuentra autorizada por delegación de la E.S.T. para el cumplimiento del deber encomendado. Igualmente, el trabajador en misión podía desarrollar una actividad del giro ordinario de los negocios de la usuaria, solo que aquella se encuentra limitada en el tiempo, pues debe ser temporal y por las razones aducidas en la misma ley.

Además, resulta necesario llamar la atención a la *a quo* que indebidamente trasladó a Servicios Postales Nacionales S.A. – sociedad pública – los efectos negativos de la falta de comparecencia de su representante legal a la audiencia de conciliación, porque de conformidad con el art. 195 del C.G.P. los representantes de entidades públicas, cualquiera que sea el orden o régimen jurídico al que se encuentren sometidas, no podrán confesar y por ello, no podía darse por cierto ningún hecho de la demanda susceptible de confesión, ni si quiera el hecho 1º contentivo del extremo inicial de la relación – 09/02/2011 -; sin embargo, en tanto la demandada no mostró su inconformidad frente a los lindes de la relación laboral declarada, solo su origen, entonces ninguna modificación se realizará en ese punto, como se indicó en la cuestión previa.

Por otro lado, pese a que dentro del expediente no obran los certificados de existencia y representación legal de las aludidas E.S.T., así como la autorización del Ministerio del Trabajo para su funcionamiento, lo cierto es que aquella aparece ahora irrelevante, en la medida que de no contar con dicho aval, entonces la consecuencia jurídica sería igual a la ya expuesta, esto es, se convertirían en intermediarias con responsabilidad solidaria por las acreencias laborales contraídas por el verdadero empleador, todo ello en virtud del num. 3º del art. 35 del C.S.T. en este orden de ideas se despacha de manera desfavorable la apelación presentada por la parte actora.

**2.2. Del reintegro en el ordenamiento jurídico colombiano**

**2.2.1. Fundamento Jurídico**

El artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, fue la primera disposición que consagró la acción de reintegro para los trabajadores que luego de cumplir 10 años de trabajo continuo eran despedidos sin justa causa, evento en el cual, podía ser reintegrado en las mismas condiciones de empleo y el pago de los salarios dejados de percibir.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 50 de 1990, dicha figura solo procedía respecto de aquellos trabajadores que al 1º de Enero de 1991 tenían más 10 años continuos de prestación de servicios al mismo empleado, en los demás casos, solo procedía la indemnización conforme a los parámetros allí señalados.

Existen otras fuentes generadoras de reintegro, como lo son los trabajadores que gozan de fuero sindical cuando son despedidos sin justa causa previamente calificada por el juez –artículo 405 del C.S.T.-; los que se encuentran con limitaciones físicas o psíquicas y por lo tanto, se encuentren incapacitados y son despedidos en razón de ello –artículo 26 de la Ley 361 de 1997- y, las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia –o sus cónyuges- también gozan de una protección reforzada en el ámbito de trabajo. Criterio que reitera ahora la decisión proferida por esta Sala desde el 05/09/2017, exp. 2015-00286-01.

Por último, dentro de los poderes de ordenación e instrucción del juez se encuentra la posibilidad de resolver las controversias en equidad, pero únicamente cuando versen sobre derechos disponibles, ambas partes lo soliciten y sean capaces o cuando la Ley lo autorice – num. 1º, art. 43 del C.G.P. -.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Dígase que el demandante en el recurso de alzada imploró el reintegro, pretensión principal del libelo genitor; sin embargo, a las claras y con independencia de la causa desencadenante de la terminación del contrato y el procedimiento utilizado, advierte la Sala que conforme a la legislación precitada de ninguna manera Héctor Alcides Gallego Álvarez puede ser reintegrado, porque no se encuentra en ninguna de la situaciones jurídicas que así lo permitan (fuero sindical, maternidad o estabilidad laboral reforzada) ni contaba con más de 10 años de servicios continuos al 01/01/1991, pues su vinculación surgió a partir del año 2011.

Tampoco podría acceder a la petición bajo los criterios de la equidad, pues no fue una solicitud común de las partes en contienda. De esta manera, se descartan las posibilidades legales de reintegro.

**2.3. Nivelación Salarial**

**2.3.1. Fundamento Jurídico**

Una de las consecuencias derivadas de la desnaturalización de la intermediación laboral a través de las Empresas de Servicios Temporales es que el trabajador en misión se convierta en empleado directo de la usuaria, y por ello, tendrá derecho a “*todos los beneficios que su verdadero empleador tiene previstos en favor de sus asalariados”[[6]](#footnote-6),* en conjunción con el artículo 79 de la Ley 50/90*.* Por su parte, el art. 143 del C.S.T. dispone que debe ser remunerado en igualdad los trabajos desempeñados en igualdad de puesto, jornada y condiciones de eficiencia.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Con prescindencia de la certificación emitida por la demandada para efectos de determinar que dentro de la planta de cargos de la sociedad no existe la denominación de profesional nivel iii, como fue solicitado en la alzada, no se acreditó que las actividades desarrolladas por Héctor Alcides Gallego Álvarez entre el 01/01/2016 al 02/03/2017 (fl. 6 c. 1) correspondieran a alguno de los trabajadores adscritos a Servicios Postales Nacionales S.A.

En efecto, auscultadas en detalle las pruebas que aprovisionaron el expediente se advierte que obra la declaración de Daniela Montoya Hernández que adujo que para el año 2016 el demandante se desempeñaba como profesional de masivos, cargo en el cual dirigía la correspondencia de grandes volúmenes como facturas de servicios públicos. Actividad que según la testigo era igual a la realizada por ella como Profesional de Paquetería y que las trabajadoras oficiales de la demandada Olga Patricia – Profesional de Documentación y Franquicia – y Olga Liliana – Profesional de Transporte - pues ejecutaban los mismos procesos solo que en productos diferentes.

Luego, obra oficio mediante el cual la demandada informó que Olga Liliana Giraldo Serna había ejercido un cargo de planta como Profesional de Transporte y Movilización desde el 2014 hasta el 2018 (fl. 189 c. 1), con una asignación de $4’153.634 (fl. 193 c. 1).

Por último, obran certificaciones emitidas por la demandada en las que se expone que un Profesional Junior de Logística devenga $2’845.803; un Profesional de Distribución y Entrega $3’952.454 y un Profesional de Transporte y Movilización $4’153.634, sin especificar funciones y requisitos del cargo (fls. 192 y 193 c. 1).

Documental insuficiente para acreditar que las actividades realizadas por Héctor Alcides Gallego Álvarez correspondieran indefectiblemente a aquellas realizadas por los trabajadores de la entidad, especialmente aquellos que tuvieran una remuneración profesional, porque incluso entre ellos, los salarios aparecen disímiles. Y sino fuera suficiente lo anterior, nótese que de la prueba allegada también es insuficiente para dar cuenta que las funciones que ejecutó el demandante constituyeran igual carga laboral que las que ejecutan trabajadores de planta, al margen de cuál de todos los salarios asignados a los profesionales correspondiera a las actividades desempeñadas por Héctor Alcides Gallego Álvarez. En consecuencia fracasa en este punto la apelación del demandante y exonera a la Sala de estudiar la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales devengadas.

En cuanto al reproche de la demandada tendiente a evidenciar que el demandante recibió el pago de todos los emolumentos pretendidos, y como la juez únicamente condenó al pago de las vacaciones, resta por analizar su pago; sin embargo, iterase que el artículo 1757 del C.C. exige a aquel que alegue la extinción de una obligación probar su pago, sin que ninguna prueba en ese sentido se hubiese allegado, más aun cuando se dio por no contestada la demanda por parte de Servicios Postales Nacionales S.A. y con ello, existe el indicio grave de la ausencia de pago de tal emolumento.

**2.5. Coda final**

Se excluirá de la sentencia el numeral 1º que declaraba la ineficacia de los contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandada y Servicios y Asesorías S.A.S., a través de los cuales se envió en misión al demandante a partir del 1º de diciembre de 2014, por cuanto para tal declaración resultaba imprescindible la presencia de la sociedad anónima, que de ninguna manera fue vinculada a este proceso, tal como lo reclamó la demandada en el recurso de alzada.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado, salvo el numeral primero que se excluirá. Costas en esta instancia a cargo de Héctor Alcides Gallego Álvarez y a favor de Servicios Postales Nacionales S.A. ante la prosperidad parcial del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 15 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Héctor Alcides Gallego Álvarez** contra **Servicios Postales Nacionales S.A.,** salvo el numeral 1º que se excluirá de la decisión.

**SEGUNDO:** Costas a cargo del demandante y a favor de la demandada.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

1. Sent. Cas. Lab. de 10/07/2019, SL2600-2019, que reiteró los pronunciamientos SL13256-2015 y CSJ SL870-2018. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sent. Cas. Lab. de 15/08/2018, Exp. No. 69399, SL3520-2018, reiterada el 06/02/2019, Exp. No. 52018, SL271-2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Empresas de servicios temporales que al constituirse como tales deben tener como único objeto el previsto en el artículo 71 ib. y estar debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo (art. 82 Ley 50 de 1990). [↑](#footnote-ref-4)
5. Sent. Cas. Lab. de 10/05/2017, Exp. No. 48105, SL7684-2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sent. Cas. Lab. de 06/02/2019, Exp. No. 52018, SL271-2019. [↑](#footnote-ref-6)