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.

Providencia: Sentencia del 18 de enero de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00346-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: José Orlando García Ortiz

Demandado: CMS Colombia Ltda.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES / LÍMITE MÁXIMO DEL TRABAJO EN MISIÓN: UN AÑO / CONSECUENCIAS DE SU VIOLACIÓN / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EST, QUE PASA A SER UN SIMPLE INTERMEDIARIO.**

De acuerdo a lo previsto en los artículos 71 al 94 de la Ley 50 de 1990, algunas empresas, denominadas de Servicios Temporales (EST), están autorizadas para ayudar de forma temporal en el desarrollo de actividades a otras empresas, y en estos casos el servicio se ejecuta mediante el envío de trabajadores en misión.

También es importante destacar que en el artículo 77 de la mencionada ley, el legislador enumeró los servicios temporales de colaboración por los cuales una empresa usuaria podrá acudir a la contratación de una EST, los cuales se ejecutan a través de trabajadores en misión, así: (…) 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 meses prorrogable hasta por seis meses más.

El servicio temporal de un trabajador en misión no puede extenderse más de un año, pues un término superior a este, por imperio de la ley, desdice de las características de temporalidad y transitoriedad que definen tal figura legal. Es por esta razón que independientemente de la naturaleza misional o no de las actividades desplegadas por el trabajador en misión, cuando sus servicios para una misma empresa supera el término máximo de un año, dicha empresa, que hasta antes de eso recibía el nombre de usuaria, pasa a ocupar el lugar de empleadora directa del trabajador, lo que convierte a la Empresa Temporal de Servicios en simple intermediario.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 08:45 a.m. de hoy, viernes 18 de enero de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **JOSÉ ORLANDO GARCÍA ORTIZ** en contra de **CMS COLOMBIA LTDA. CORPORACIÓN MÉDICA SALUD PARA LOS COLOMBIANOS**. Se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia:

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**S E N T E N C I A**

Escuchados los alegatos de conclusión, procede la Sala a desatar el recurso de apelación impetrado por la empresa demandada en contra de la sentencia emitida en su contra por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA el pasado 7 de marzo de 2018.

**PROBLEMA JURIDICO**

De acuerdo al esquema del recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar si entre el demandante y la empresa demandada existió contrato de trabajo y si en efecto el mismo, como fue establecido en sede de primer grado, finalizó por el empleador de manera unilateral e injusta.

**I – ANTECEDENTES**

El señor **JOSÉ ORLANDO GARCÍA ORTIZ** asegura haber prestado servicios personales y remunerados bajo la continua subordinación de la sociedad “**CMS COLOMBIA LTDA. CORPORACIÓN MÉDICA SALUD PARA LOS COLOMBIANOS**” entre el 11 de marzo de 2015 y el 30 de junio de 2016, devengando la suma de $767.155 pesos mensuales. Indica igualmente que fue contratado para el cargo de auxiliar de mantenimiento, que nunca fue afiliado por su empleador a Seguridad Social, que jamás le pagaron primas de servicios, vacaciones, ni cesantías, y que laboró horas extras durante los meses de junio, julio y agosto de 2015, trabajando todos los días desde las 06:30 A.M. y hasta pasada la media noche, sin que dicho periodo fuere debidamente remunerado como lo establece la ley.

En consecuencia, previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada entre el 11 de marzo de 2015 y el 30 de junio de 2016, reclama el pago cesantías, prima de servicios y vacaciones por todo el tiempo laborado, lo mismo que el pago de las indemnizaciones por despido injusto y la moratoria, prevista en el artículo 65 del C.S.T. ante la falta de pago de salarios y prestaciones.

En respuesta a la demanda, la empresa demandada afirma que el demandante fue enviado en misión por una Empresa de Servicios Temporales (EST) para ocuparse del mantenimiento físico del edificio “Clínica Pinares Médica”, en ejecución de un contrato de obra o labor, celebrado con la EST “SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. SOLASERVIS S.A.S.” el día 15 de marzo de 2013. Agrega que dicho contrato se encuentra regulado en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, en virtud del cual, en este caso, la Empresas de Servicios Temporales tiene el carácter de empleadora de los trabajadores enviados en misión, como es el caso del demandante, habiendo terminado su contrato por finalización de la obra el 30 mayo de 2016.

Finalmente se opone a la prosperidad de las pretensiones, primero porque no ha fungido como empleadora del demandante y, segundo, porque la mencionada EST (SOLASERVIS S.A.S) canceló el salario y la totalidad de las prestaciones sociales reclamadas al demandante, conforme al contrato de prestación de servicios suscrito con CMS COLOMBIA LTDA.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Interesa a la resolución del recurso de apelación, señalar que en la sentencia atacada se dio por sentado que el demandante trabajó en instalaciones de la clínica “PINARES MÉDICA”, propiedad de la sociedad demandada, entre el 1º de abril de 2015 y el 30 de junio de 2016, devengando, inicialmente, un salario mensual de $690.400, el cual fue incrementado, desde 2016, a la suma de $714.800. Se indica igualmente que aunque el trabajador fue vinculado a través de un Empresa de Servicio Temporales, tal como se pudo establecer documentalmente con el contrato escrito, al haberse desbordado el término máximo para emplear esta figura de subcontratación, que es de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, la empresa usuaria se convirtió, en virtud de la ley, en directa empleadora del trabajador en misión.

Bajo dicha premisa advirtió comprobado el pago de la totalidad de emolumentos reclamados por el trabajador, salvo la indemnización por despido injusto, pues el contrato fue a término indefinido y no se comprobó ninguna justa causa para el despido, consecuencia de lo cual condenó a la demandada al pago de la suma de $695.060, absolviéndola del resto de las pretensiones.

**III – RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión presenta recurso de apelación el apoderado judicial de la sociedad demandada, solicitando que se revoque en segunda instancia la condena al pago de la indemnización por despido injusto, pues el demandante prestó sus servicios a través de una Empresa Temporal de Servicios en actividades no misionales de la empresa usuaria, pues sus funciones estaban encaminadas a la habilitación física de las instalaciones de la clínica y no al servicio asistencial como tal, pero además porque se le avisó con 5 días de antelación la finalización de la obra para la cual había sido contratado, pese a que no había necesidad del preaviso en estos casos.

**III- CONSIDERACIONES**

**3.1. BENEFICIARIO Y/O DUEÑO DE LA OBRA Y TERCERIZACIÓN LABORAL O SUBCONTRATACIÓN**

De acuerdo a lo previsto en los artículos 71 al 94 de la Ley 50 de 1990, algunas empresas, denominadas de Servicios Temporales (EST), están autorizadas para ayudar de forma temporal en el desarrollo de actividades a otras empresas, y en estos casos el servicio se ejecuta mediante el envío de trabajadores en misión.

También es importante destacar que en el artículo 77 de la mencionada ley, el legislador enumeró los servicios temporales de colaboración por los cuales una empresa usuaria podrá acudir a la contratación de una EST, los cuales se ejecutan a través de trabajadores en misión, así:  ***1)*** *cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo* [*6º del Código Sustantivo del Trabajo*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html)*,* ***2)*** *cuando se requiere 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 meses prorrogable hasta por seis meses más.*

Es importante tener en cuenta que en estos casos el usuario que acude a los servicios de una empresa temporal no tiene vínculo laboral alguno con el trabajador enviado misión, ya que es la Empresa de Servicios Temporales (EST) quien ostenta la calidad de verdadero empleador en estos casos, y, por ende, también es la responsable de todas las acreencias laborales que se generen con ocasión del contrato de trabajo, en los términos del artículo 71 de la Ley 50 de 1990. De modo que en tales eventos, la empresa usuaria le paga a la EST el valor que corresponde por la prestación efectiva del servicio temporal de colaboración contratado y esta a su vez asume la obligación de proveer a la obra del personal requerido para su desarrollo, en actividades por completo ajenas a su objeto social, cual es exclusivamente el de colaborar temporalmente en actividades de terceros beneficiarios, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por ellos.

No obstante, y vale precisarlo, las EST no constituyen una bolsa de empleo. La contratación con la EST es temporal y sólo es para atender las eventualidades que surjan en el giro ordinario de la empresa usuaria. Como vemos, en cualquier otro caso por fuera de los previstos en el citado artículo 77 de la Ley 50 de 1990, debe operar sin excepciones lo previsto en los artículos 34 y/o 35 del C.S.T., según sea el caso, que en lo que interesa al proceso, establecen:

Numeral 2do., artículo 35 del C.S.T., *“se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.*

 Y el artículo 34 de la misma legislación, que al definir la categoría de “contratista independientes”, señala: “*son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”.*

Hasta este punto puede concluirse que el ejercicio de la libertad de empresa no es absoluto para el ordenamiento jurídico colombiano, pues no puede usarse para afectar el derecho que tienen los trabajadores a un vínculo laboral directo con la empresa que se beneficia de su trabajo, entre otras razones, porque con ello se garantiza de mejor manera los derechos laborales y sindicales de los trabajadores, lo cual obviamente resulta mucho más difícil en entornos laborales atomizados o dispersos donde la identidad del verdadero empleador no surge de la realidad de una relación de beneficios de doble vía, sino del diseño de entramados o artificios jurídicos con los que se pretende disimular la identidad de los verdaderos obligados.

**3.2. CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA VINCULACIÓN LABORAL IRREGULAR DE UN TRABAJADOR EN MISIÓN POR MÁS DE UN AÑO**

De lo que viene de decirse es claro que el servicio temporal de un trabajador en misión no puede extenderse más de un año, pues un término superior a este, por imperio de la ley, desdice de las características de temporalidad y transitoriedad que definen tal figura legal. Es por esta razón que independientemente de la naturaleza misional o no de las actividades desplegadas por el trabajador en misión, cuando sus servicios para una misma empresa supera el término máximo de un año, dicha empresa, que hasta antes de eso recibía el nombre de usuaria, pasa a ocupar el lugar de empleadora directa del trabajador, lo que convierte a la Empresa Temporal de Servicios en simple intermediario. Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia en los casos en que se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos (Sentencia CSJ25717 de 2006), al señalar que en estos casos se considera la contratación como fraudulenta y se cataloga a la empresa de temporal de servicios como un empleador aparente que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T. lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadera empleador y la supuesta EST sería un verdadero intermediario que pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales que soporte la presunta Empresa Usuaria (sentencia 9435 de 1997).

 Con sustento en lo anterior, habiendo quedado claro que el trabajador prestó sus servicios por más de un año (específicamente durante 15 meses) como auxiliar de mantenimiento en la Clínica Pinares Médica y dado que la empresa no pudo demostrar que estos servicios se prestaban a través de un contratista independiente, pues la EST no tiene por objeto la construcción de obras civiles, no queda opción distinta a confirmar la existencia de un relación laboral entre el señor JOSÉ ORLANDO GARCÍA ORTIZ y la empresa demandada.

 Asimismo se confirmará la condena al pago de la indemnización por despido injusto, pues aunque la empresa demandada afirma que el contrato finalizó por la terminación de la obra o labor contrata, lo cierto es que ni siquiera alegó que el trabajador estuviera a cargo del desarrollo de una obra en específico, por el contrario reconoció que sus funciones estaban enmarcadas en el mantenimiento de la infraestructura física de la clínica.

 Por lo anterior se confirmará la decisión de primera instancia y se impondrá el pago de las costas procesales de segunda instancia a la demandada.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia de la referencia

**SEGUNDO.**: **CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada.

Notificación surtida en estrados. Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado