

LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES EN COLOMBIA

Óscar Andrés BLANCO RIVERA*

Con motivo de la expedición del Decreto 4369 del 4 de diciembre de 2006, nuevamente se reabre la discusión en Colombia sobre los alcances y límites de una de las formas de intermediación o tercerización laboral. Las empresas de servicios temporales (EST) surgieron hacia mediados de la década de los años sesenta en ejercicio de la libertad de empresa, como una modalidad de trabajo por medio de la cual un empresario suministra en forma independiente trabajadores a una empresa usuaria, para que, sin perder la condición de verdadero empleador de dichos trabajadores, presten servicios subordinados al usuario. La primera reglamentación establecida en el Decreto 1433 de 1983 señaló la condición de verdadero empleador o patrono de los trabajadores a la empresa suministradora de mano de obra, la cual se obligaba a constituirse como persona jurídica y garante de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores enviados al usuario para la prestación de un servicio. De igual manera, se obligaban a no prestar dicho servicio a empresas en huelga de trabajadores, ni llevar a cabo actividades de intermediación de oferta y demanda de mano de obra.

Este triángulo laboral, donde un trabajador presta sus servicios personales a una empresa que formalmente no es su empleador o patrono, pero a quien debe acatar y cumplir las órdenes e instrucciones impartidas por la empresa beneficiaria del servicio, se incrementó de manera notable en el país; quizá como resultado de la rigidez de las normas laborales y la inflexibilidad del contrato de trabajo en sus diversas modalidades, formas y duración.

* Abogado consultor en derecho laboral y seguridad social en Colombia (oblanco@netcolombia.com).

La Ley 50 de 1990 vino a ocuparse del tema y llenó aquellos vacíos que habían sido detectados a lo largo de dos décadas de creciente utilización de esta singular modalidad de trabajo. En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado al Congreso de la República por el ministro de Trabajo de la época se precisó que:

...el proyecto tiende a regular las llamadas empresas de servicios temporales con el objeto de que esta actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores. Se define lo que es el servicio temporal y se precisan los casos en que los usuarios de dichas empresas pueden contratar con éstas, insistiendo en que la temporalidad es de la esencia de tales contratos...

Recientemente, ante la fuerza de los hechos y los reclamos presentados por trabajadores y organizaciones sobre los posibles abusos en la utilización de esta figura jurídica, se dictó el Decreto reglamentario 4369 del 4 de diciembre de 2006 que enfatiza sobre la naturaleza, requisitos, límites, funciones y demás características fundamentales para evitar las relaciones laborales disfrazadas, simuladas o aparentes entre usuarias y prestadoras de servicios temporales.

Las normas vigentes definen a la EST como:

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 (trabajadores en misión) contratados directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene, con respecto de éstas, el carácter de empleador (artículos 71 de la Ley 50 de 1990, y 2o. del Decreto 4369 de 2006).

Las EST deben estar constituidas como personas jurídicas de derecho privado; inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio; obtener autorización de funcionamiento del Ministerio de Protección Social; tener un capital social no inferior a 300 veces el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de constitución de la sociedad; su reglamento interno de trabajo debe incluir cláusulas especiales para los trabajadores en misión; deben constituir una póliza de garantía no inferior a 500 veces el salario mínimo legal mensual vigente para asegurar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión, en caso de iliquidez de la empresa, y de-

positarla ante el Ministerio de Protección Social; presentar informes periódicos estadísticos y la constitución de sucursales o agencias en otros lugares distintos a la sede principal ante el Ministerio. Son responsables de la salud ocupacional de los trabajadores en misión; les está prohibido prestar servicios a usuarias con las que tengan vinculación económica, y están obligadas a afiliarse a sus trabajadores en misión y pagar las cotizaciones para el sistema general de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales de sus trabajadores, así como asumir la responsabilidad por el pago de aportes para-fiscales, subsidio familiar, bienestar familiar y servicio de aprendizaje.

Tanto en los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 como 60. del reciente Decreto 4369 de 2006, se limitan los casos en los cuales las empresas usuarias sólo pueden contratar con las EST la labor de trabajadores en misión, a saber:

- 1) Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
- 2) Cuando se requiera, reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
- 3) Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses, prorrogable hasta por seis meses más.

Al respecto, el último de los artículos citados incorpora en un párrafo la advertencia de que si cumplido el plazo de 6 meses más la prórroga a que se refiere dicho artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio. Surgen al respecto dos criterios que tienen que ver con la duración del vínculo contractual del trabajador en misión, de una parte, y con la duración del servicio temporal prestado por la EST, por la otra.

En cuanto a la duración del vínculo contractual del trabajador en misión, la Corte Constitucional, en la sentencia C-330 del 27 de julio de 1995, señaló que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 trazó un marco general de temporalidad a la vinculación de los trabajadores en misión, preservando la garantía de estabilidad de los trabajadores permanentes, en razón a que se circunscribe a incrementos temporales o reemplazos temporales de personal permanente o

a términos de seis meses prorrogables únicamente por otros seis meses la vinculación de trabajadores en misión en la prestación de servicios. Sobre el mismo tema, en sentencia más reciente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (radicación 25.717, del 21 de febrero de 2006) advierte que la superación del término de contratación de trabajadores en misión (de seis meses prorrogables hasta por seis meses más) genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo del trabajador y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, como lo señaló en sentencia del 24 de abril de 1997. Agrega el sentenciador que este planteamiento resulta acorde con el criterio doctrinal relativo a la contratación fraudulenta por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión; o también cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, donde sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35, inciso 2, del Código Sustantivo del Trabajo, que determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

De otra parte, en cuanto a la prestación del servicio temporal, es claro que la EST como tal presta servicios específicos frente a una situación concreta que debe serlo igualmente temporal, pues lo contrario desfiguraría su naturaleza. En sentencia del 26 de octubre de 1994, la Sección Segunda del Consejo de Estado, al declarar ajustado a la ley el artículo 2o. del Decreto 1707 de 1991, señaló que esa norma se refiere a las circunstancias especiales que dieron origen a la contratación; pero si posteriormente vuelve a presentarse un incremento en la producción o en las ventas, o viene otra cosecha, se podrán celebrar otros contratos con empresas de servicios temporales que no sobrepasen los límites de ley; precisando así que el servicio específico no debe exceder el límite de seis meses prorrogables por seis meses más, al igual que el límite contractual del trabajador en misión tampoco debe exceder dichos límites. De lo contrario, si las necesidades del servicio son permanentes, no se podrá acudir a esta figura sino a vincular trabajadores permanentes directamente por la usuaria.

Establece el artículo 79 de la Ley 50 de 1990, refrendado recientemente por el artículo 5o. del Decreto 4369 de 2006, que los trabajadores en misión tienen 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. Esta disposición constituyó un acierto, pues eliminó los abusos que se presentaban en esta materia antes de la expedición de dicha ley, pues las usuarias aprovechaban la libertad de contratación para vincular trabajadores temporales a menor costo de los permanentes.

La jurisprudencia en Colombia se ha ocupado de asuntos relacionados con la responsabilidad de las empresas de servicios temporales y las usuarias frente a los trabajadores en misión, en los siguientes aspectos:

1) En cuanto a la coexistencia de contratos de trabajo, que surge cuando la usuaria le encomienda al trabajador en misión la prestación de servicios distintos a los solicitados, en sentencia del 12 de marzo de 1997, radicación 8978, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) dijo que:

...examinados cada uno de los yerros fácticos que la censura atribuyó a la sentencia acusada, estima la Sala que es oportuno recordar que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo la doctrina y la jurisprudencia laboral han entendido que es permitido que entre las mismas partes puede existir pluralidad de contratos con objetos diferentes, posibilidad jurídica hoy prevista en el artículo 26 CST, del cual emerge la necesidad de que dichos nexos se desarrollen con diferentes causas y haya deslinde claro en cuanto a tiempo, energía y actividad del trabajador... Y si ello es así tratándose de un mismo empleador, con mayor razón cuando existe duplicidad de vínculos jurídicos, como en el *subjudice* donde se ve con nitidez, del examen de las pruebas objeto de censura, que en realidad coexistieron la vinculación laboral de NN con la empresa de servicios temporales XX, como verdadero patrono según lo preceptuado por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, para la ejecución de labores como trabajador en misión, en el cargo de moldeador de prensa para la usuaria YY y la relación laboral entre NN con YY para la prestación del servicio de arreglo de tejados el día. Estima la Sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que surge del contrato de

prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposos que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el artículo 216 del Código del Trabajo... Y si aparece diáfano —como en el presente caso— que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del objeto del contrato de prestación de servicios con la usuaria y del contrato de trabajo en misión, ella no se puede reputar subordinante en estos eventos, y por tanto no será quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral...

2) En cuanto a la responsabilidad solidaria en el pago de salarios, prestaciones, indemnizaciones, salud ocupacional y riesgos profesionales entre la empresa de servicios temporales y la usuaria frente a un trabajador en misión, en sentencia del 24 de abril de 1997, radicación 9435, la Sala Laboral de la CSJ dijo lo siguiente:

...Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad la ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la EST, pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono EST, con el alcance previsto por el artículo 1o., inciso 1, del Decreto 2351 de 1965 (artículo 32 CST), esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan sólo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación... Sin embargo... 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 (Ley 50 de 1990, artículo 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, artículos 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... Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores

en misión, supone que la EST funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, artículo 82), pues de lo contrario la EST irregular sólo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del CST, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta EST pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del CST... Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la EST, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia de las respectivas estipulaciones (CST, artículos 14 y 43).

Como puede observarse, llaman la atención las citadas sentencias frente a situaciones fácticas que no deben ser modificadas o alteradas unilateralmente por la usuaria, tales como exceder el límite de contratación laboral del trabajador en misión; variar unilateralmente el oficio o clase de trabajo que deba desempeñar; o bien, contratar con una empresa de servicios temporales irregularmente constituida o sin la debida autorización ministerial, que expone a la usuaria a asumir la plena responsabilidad frente al trabajador en misión. Estas tendencias jurisprudenciales enfatizan los alcances y límites en la utilización de esta modalidad de vinculación temporal de trabajadores en Colombia. 