



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

legis

ERNESTO FORERO VARGAS

Magistrado ponente

SL168-2020

Radicación n.º 63275

Acta 02

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GIL** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 25 de enero de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró contra **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS -INDEGA S.A., AYUDA INTEGRAL S. A., SOS EMPLEADOS S. A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, esta última en calidad de llamada en garantía.

I. ANTECEDENTES

José Luis Rodríguez Gil llamó a juicio a Industria Nacional de Gaseosas -Indega S.A., Ayuda Integral S.A. y SOS Empleados S.A., con el fin de obtener condena en su favor por las siguientes pretensiones principales: *i)* la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con Indega S.A., ejecutado del 17 de diciembre de 2002 al 21 de septiembre de 2008, conforme a lo previsto en la ley y las convenciones colectivas 2006-2008 y 2008-2010; y se condene «*solidariamente*» a SOS Empleados S.A. y Ayuda Integral S.A. al pago de la «*indexación de las sumas adeudadas ultra y extra petita*»; las costas del proceso.

Se advierte que las anteriores pretensiones principales corresponden a las identificadas con los numerales 1, 8 y 9 del escrito inaugural, por cuanto el demandante, en audiencia del 16 de enero de 2013 (f.º 786) desistió de las reseñadas en los numerales 2, 3, 4, 5, 6 y 7, petición que le fue aceptada por el juez encargado del trámite de la primera instancia.

Como pretensiones subsidiarias pidió que se condene a Indega S.A. y, *solidariamente*, a SOS Empleados S.A. y Ayuda Integral S.A. a pagarle la «*indemnización*» prevista en la convención colectiva 2008-2010, suscrita entre Indega S.A. y las organizaciones sindicales Sinaltrainal, Asontragaseosas y Usitrag. Asimismo, iteró las relacionadas con la nivelación salarial por haber desempeñado el cargo de montacarguista, la reliquidación de vacaciones y prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y primas de

servicio), la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST y la indexación de todas las sumas.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que desde el 17 de diciembre de 2002 prestó servicios a Indega S.A., a través de diferentes empresas de servicios temporales a saber: *i)* Cooperativa Prestoser, SOS, durante el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2002 y el 30 de marzo de 2004, mediante la suscripción de un contrato de obra o labor, desempeñando el cargo de operario de producción; *ii)* SOS Empleados S.A., entre el 31 de marzo y el 24 de abril de 2004 y desde el 28 de mayo de ese mismo año hasta el 14 de septiembre de 2005, a través de la firma de sendos contratos de obra o labor, realizando las labores de montacarguista; y *iii)* Ayuda Integral S.A. por el lapso transcurrido entre el 3 de octubre de 2005 y el 21 de septiembre de 2008, realizando las mismas actividades, previa suscripción de un vínculo laboral de obra o labor.

Adujo que las anteriores empresas lo enviaron en misión para desempeñar diferentes actividades propias del giro ordinario de la empresa usuaria, hasta el 21 de septiembre de 2008, cuando fue despedido sin justa causa.

Precisó que la relación siempre giró por fuera de los parámetros previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bajo la subordinación ejercida por Indega S.A.; que las funciones propias de su cargo *«atendían una actividad esencial, permanente, fija y habitual que desarrollaba el*

objeto de la compañía Indega S.A.», pero que percibió una remuneración inferior a la de los trabajadores de planta y no se benefició de la convención colectiva, ni del pacto colectivo, vigentes al interior de esta empresa.

Expuso que su vinculación a través de las diferentes empresas de servicios temporales se realizó bajo unos contratos mal llamados de obra o labor, cuando en realidad se trató de un verdadero contrato laboral a término indefinido, ejecutando labores de carácter habitual y permanente de Indega S.A., como son las de montacarguista; que debía reportarse todos los días, tal como aparecía en la programación de turnos de la usuaria; que realizaba sus funciones bajo subordinación de Indega S.A.; que no percibía el mismo salario de un trabajador de planta, pese a ejecutar las mismas funciones.

Argumentó que la entidad suscribió una convención colectiva con Sinaltrainal, Sintigal y Usitrag, vigente entre el 1º de abril de 2006 y el 1º de marzo de 2008, en la que según el artículo 14, se comprometió a no contratar trabajadores a término fijo para ejecutar labores habituales o permanentes y, por tanto, todos los contratos serían indefinidos; que no se le liquidaron sus prestaciones bajo los parámetros de la convención colectiva, por lo que hay lugar a su reliquidación y las indemnizaciones pedidas.

Al dar respuesta a la demanda (f.º 533), Indega S.A. se opuso a las súplicas de la demanda y, en cuanto a los hechos, dio por ciertos los que refieren a la existencia de convenciones colectivas suscritas con diversas

organizaciones sindicales, respecto de la cuales dijo que ninguna se aplicaba por extensión dado que los sindicatos agrupaban menos de la tercera parte de los trabajadores de la empresa. Frente a los demás supuestos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban.

Fundamentó su defensa, básicamente, en que el accionante nunca fue trabajador de Indega S.A.; que la empresa celebró un contrato de suministro de trabajadores en misión con SOS Empleados S.A. para atender requerimientos puntuales discontinuos y, por tanto, su empleador lo fue la empresa de servicios temporales. Agregó que Ayuda Integral S.A. no es una empresa de servicios temporales, sino una empresa que se especializaba en prestar servicios relacionados con distribución, mantenimiento de canal frío, ventas y mercadeo, los cuales prestaba bajo su cuenta y riesgo, con sus propios medios y con total autonomía técnica y directiva.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y prescripción.

Igualmente, en caso de ser condenada, llamó en garantía a la compañía aseguradora Seguros del Estado S.A.

Al dar respuesta a la demanda (f.º 491), la empresa Ayuda Integral Sociedad Anónima, se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos dijo que el actor le prestó servicios entre el 3 de octubre de 2005 y el 20 de

septiembre de 2008. Aclaró que no era una empresa de servicios temporales, sino que, de acuerdo a su objeto social, prestaba personas naturales o jurídicas a cualquier actividad de la industria, construcción, banca, producción, comercio, administración, mantenimiento y demás actividades inherentes o conexas, los servicios especializados o de tercerización y la prestación de apoyo logístico. Con relación a los otros hechos de la demanda inicial dijo que no estaba llamada a contestarlos o no eran ciertos.

Fundamentó su defensa, básicamente, en que no puede predicarse solidaridad entre sí misma e Indega S.A., toda vez que esta no sostuvo vínculo laboral alguno con el actor. Agregó que el contrato de trabajo finalizó por mutuo acuerdo mediante contrato de transacción suscrito el 20 de septiembre de 2008, con la liquidación respectiva de las prestaciones sociales y salarios.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las siguientes: pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

Al dar respuesta a la demanda (f.º 633), SOS Empleados S.A. se opuso a las aspiraciones del actor y, en cuanto a los hechos reconoció que el demandante le prestó servicios entre el 31 de marzo y el 24 de abril de 2004, y del 28 de mayo de 2004 al 14 de septiembre de 2005, bajo la modalidad de obra o labor, para desempeñarse como trabajador en misión al servicio de la Industria Nacional de Gaseosas, Indega S.A.

Aclaró que, si bien es cierto en su certificado de existencia y representación consta que es una empresa de servicios temporales, también lo es que prestó los mismos conforme a los parámetros fijados por la Ley 50 de 1990; señaló que el contrato finiquitó por la terminación de la labor para la cual fue contratado el 14 de septiembre de 2005, y que se liquidaron oportunamente las prestaciones sociales y los salarios cuando terminó la relación.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

A través de auto del 29 de marzo de 2012 (f.º 652), el juzgado de conocimiento negó el llamamiento en garantía propuesto por Indega S.A. a Seguros del Estado S.A., decisión que fue apelada y revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 20 de junio de 2012, para, en su lugar, conceder el llamamiento (f.º 631 del cuaderno del Tribunal).

Al dar respuesta a la demanda (f.º 679), la llamada en garantía, Seguros del Estado S.A., se opuso a las aspiraciones del actor y, en cuanto a los hechos, manifestó que no estaba facultada para contestarlos. Seguidamente, aceptó la existencia de una póliza de seguro de cumplimiento con Indega S.A. como entidad beneficiaria, a fin de cubrir riesgos como los que se erigen a título de pretensiones en la demanda inicial; no obstante, aseguró que a la entidad asegurada no le asistía la obligación de reconocer las

suplicas del actor, toda vez que este nunca fue su empleado y no había lugar a declarar la responsabilidad solidaria frente a las sociedades accionadas en el *sub examine*.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo las que denominó así: prescripción, no acaecimiento del siniestro durante la vigencia de las pólizas de cumplimiento, inexistencia de la solidaridad, importancia de la buena fe en todas las etapas del contrato de seguro y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 25 de enero de 2013 (f.º 788), absolvió a las sociedades llamadas a juicio de las súplicas de la demanda, condenó en costas a la parte actora, y dispuso que, en caso de que la sentencia no fuera apelada, se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia del 26 de febrero de 2013, al resolver el recurso de apelación interpuesto por José Luis Rodríguez Gil, confirmó en su integridad el fallo del *a quo* y se abstuvo de condenar en costas en instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal señaló que conforme a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, debía determinar «*si existe un contrato de trabajo*

entre el demandante y la empresa Indega S.A. desde el 3 de octubre de 2005 al 21 de septiembre de 2008, en el que la empresa Ayuda Integral funge como intermediaria, y en consecuencia deba ser condenada de forma solidaria».

Como fundamentos normativos y jurisprudenciales señaló los artículos 22, 23, 24 y 35 del CST; 61 del CPTSS; 7 del Decreto 4369 de 2006; y la sentencia CSJ SL, 1 mar. 2010, rad. 35864.

Inicialmente, el Tribunal refirió al contenido de los artículos 22, 23 y 24 del CST, enfatizando que si el trabajador demostraba la prestación personal del servicio y el empleador no desvirtuaba el elemento de subordinación, se declararía la existencia del pretendido contrato de trabajo. Agregó que el principio de primacía de la realidad sobre las formas, opera de pleno derecho cuando se opta por un contrato de prestación de servicios para esconder una verdadera relación laboral.

Acto seguido señaló que conforme las previsiones del numeral 1º del artículo 7 del Decreto 4369 de 2006, por medio del cual se reglamenta el servicio de las empresas de servicios temporales, en la escritura pública de constitución y en el certificado de existencia y representación debe constar que su único objeto social es contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la empresa usuaria.

Precisado lo anterior, el sentenciador de segundo grado incurrió en el estudio del certificado de existencia y representación de la empresa Ayuda Integral S.A. (f.º 608) y, con fundamento en la citada disposición discurrió que, según dicho documento, *«no se establece que la misma funja como una empresa de servicios temporales, no es posible aplicar al caso de autos las disposiciones contenidas en el mencionado decreto, pues el mismo únicamente regula funcionamiento de esa clase de empresas»*.

Adujo que para establecer quién era el verdadero empleador del demandante, debía tener en cuenta que Indega S.A. manifestó que suscribió diversos contratos mercantiles con Ayuda Integral S.A., cuyo objeto fue la prestación de servicios relacionados con la distribución, mantenimiento de canal frío, ventas y mercadeo de sus productos, servicios que según indica, desarrolló la sociedad Ayuda Integral bajo su cuenta y riesgo, con sus propios medios y con total autonomía.

Al analizar las órdenes de compra de servicios n.ºs OFOPS-0000115, OFOPS-000481 y 0000565 (f.ºs 568 a 572 y 581 a 589), celebradas entre Indega S.A. y Ayuda Integral S.A., así como las ofertas para la prestación de servicios del 1º de febrero de 2007 (f.º 573 a 580 del cuad. del Tribunal), dedujo lo siguiente:

Conforme con esas ofertas mercantiles, así como las aceptaciones, tenemos que el objeto de esos contratos era que el oferente Ayuda Integral S.A., prestara a la destinataria los servicios con actividades de distribución, venta y mercadeo, actividades de logística interna, y actividades complementarias a

la fabricación, a fin de desarrollar el objeto de los contratos, Ayuda Integral S.A. suscribió contrato de trabajo por obra o labor contratada con el demandante, cómo se verifica a folio 505 del cuaderno número 2 del Tribunal, con fecha de ingreso 3 de octubre de 2005, cuya vigencia es la requerida para la realización de la obra o labor contratada por el usuario, y es su objeto ejecutar la obra ya indicada.

Así las cosas, y teniendo en claro que Ayuda Integral S.A. no es una empresa de servicios temporales, como quedó demostrado con el certificado de existencia y representación, es evidente que la calidad con la que pretendió actuar esa empresa fue la de un contratista independiente, por lo que habrá de entrar a analizar si en realidad esa es su función, convirtiéndose en verdadero empleador, o simplemente actuó como intermediario, debiendo responder por la obligación del beneficiario, en este caso Indega S.A. (subraya la Sala).

Respecto a la solidaridad de la empresa beneficiaria con relación a las obligaciones del contratista independiente, luego de referir al contenido del artículo 34 del CST, dijo que esta Corte ya se había pronunciado sobre ese puntual aspecto en sentencia CSJ SL, 1 mar. 2010, rad. 35864, de la cual citó los siguientes fragmentos:

[...] la labor específicamente desarrollada por el trabajador, es un elemento que puede tenerse en cuenta al momento de establecer la solidaridad laboral del artículo 34 del estatuto sustantivo laboral, en la medida en que es dable considerar que si esa actividad no es ajena a la del beneficiario o dueño de la obra, y se ha adelantado por razón de un contrato de trabajo celebrado con un contratista independiente, militan razones jurídicas para que ese beneficiario dueño de la obra se haga responsable de las obligaciones laborales que surgen respecto ese trabajador, en cuanto se ha beneficiado de un trabajo subordinado, que en realidad no es ajeno a su actividad económica principal.

Expuso que tal como se indicó en la demanda, corroborado con lo expresado por el representante legal de Ayuda Integral S.A., el cargo que ostentaba el demandante era el de «montacarguista», conforme se apreciaba en el cd como en los desprendibles de nómina (f.º 17-67). Acto

seguido, el Tribunal dijo que para determinar si la labor desarrollada por el actor era ajena o no a la actividad económica principal de Indega S.A., resultaba de vital importancia el siguiente aparte manifestado por el representante legal de esta al absolver el interrogatorio de parte:

[...] la empresa tiene procesos y subprocesos productivos al interior del desarrollo de la compañía, existen unos procesos que son los de la línea de producción, en los cuales tenemos la actividad del montacarguismo, desempeñado por funcionarios nuestros, y tenemos los procesos en operaciones, donde la actividad se encuentra tercerizada por no ser una actividad acorde al negocio.

Señaló entonces, que debía verificar si el demandante desempeñaba sus funciones como montacarguista en la línea de producción o en la operativa. Para dilucidar ese aspecto estudió los interrogatorios de parte absueltos por los representantes legales de Indega S.A. y Ayuda Integral S.A., así como a las declaraciones de José Vicente Zamora Muñoz y Freddy Leonardo Aguilera, de los cuales concluyó lo que sigue:

[...] para la Sala es evidente que al interior de Industria Nacional de Gaseosas S.A., existe el cargo de montacarguista en dos áreas distintas, a saber: la primera de ellas en la línea de producción, en donde se desarrolla directamente el objeto de la empresa, esto es la producción, distribución, y venta de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas, y productos alimenticios de cualquier índole, entendiéndose esa distribución como la entrega final del producto al usuario; y la línea de operación, en la cual, conforme con las declaraciones, se desempeñó el actor, la que consiste en el traslado al interior de la misma empresa de canastas, ya sean vacías o con contenido, canecas, material reciclable, sin que lograra probar el demandante que la labor desempeñada era similar o conexas al objeto social de la empresa, o qué realmente sus funciones las ejercía en la línea de producción.

Aunado a lo anterior, no logró demostrar el actor que estaba subordinado por personal directo de Indega, y que desarrollara sus funciones bajo directrices de esa empresa, para probar que la ejecución de la obra o la prestación del servicio no fuera realizado con libertad y autonomía técnica y directiva por parte de Ayuda Integral S.A., por consiguiente, al quedar demostrado que el verdadero empleador del demandante fue la empresa Ayuda Integral S.A., se hace innecesario el estudio respecto a la causa justa o no, en el despido del actor por parte de Indega S.A., toda vez que la misma estaba condicionada a que se declarara la existencia del contrato de trabajo, entre Indega S.A. y el demandante, y que esa empresa no se podía ver afectada por la transacción suscrita entre el actor y Ayuda Integral S.A., en la que se da por terminada la relación laboral por mutuo acuerdo entre las partes.

[...]

Al encontrar el juzgador de primera instancia que la única relación que supuestamente era continua fue la desarrollada con Ayuda Integral S.A., entre el 3 de octubre de 2005, y el 21 de septiembre de 2008, la apelación se centró exclusivamente en demostrar que en ese período de tiempo el demandante fue empleado directo de Indega S.A., sin que se puedan variar en esta instancia la solicitud de declaración de una relación laboral única, y declarar conforme con los interregnos en que no existe prueba de que se haya suscrito contrato para la prestación del servicio, que se configuraron varios contratos de trabajo, suficientes es con lo dicho para confirmar la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en este proveído; no hay lugar a costas en segunda instancia ante su no causación. (subraya la Sala).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la del *a quo* y, en su

lugar, acceda a las pretensiones en la forma solicitada en la «*demanda introductoria*».

Con tal fin formuló tres cargos por la causal primera de casación, frente a los que se presenta réplica. Por razones de método, se resolverán de manera conjunta los cargos primero y tercero y, luego, de ser necesario, se asumirá el estudio del restante.

VI. CARGO PRIMERO

La imputación está orientada en los siguientes términos: «*por interpretación errónea del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, el artículo 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo*».

Afirma que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, por interpretación errónea, ya que se demostró que la empresa usuaria demandada, Indega S.A., hizo uso indebido de la tercerización y vulneró el régimen jurídico de la intermediación laboral. Agrega que las empresas SOS Empleados y Ayuda Integral S.A. no pueden ejercer actividad diferente a la prestación de servicios temporales, pues de no ser así, estarían por fuera de la ley; que para proteger los derechos de los trabajadores se han establecido unas delimitantes en el tiempo, que de desbordarse se perdería el fin para el cual fueron concebidas y, automáticamente, la usuaria es el verdadero empleador, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte; y que en el *sub lite*, Indega S.A. tuvo una actitud desmedida y desproporcionada para

desconocerle los derechos laborales.

Después de citar algunos apartes de las sentencias CSJ SL, 21 feb. 2006, rad. 25717 y CSJ SL, 24 abr. de 1997, rad. 9435, dice que, según la citada jurisprudencia, al trabajador le corresponde la carga de la prueba de demostrar la prestación personal del servicio para que opere en su favor la presunción de la existencia del contrato de trabajo prevista en el artículo 24 del CST. Agrega que la prestación del servicio no puede ser otra que la personal que se realiza o desarrolla, no por iniciativa propia de quien la ejecuta, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que dispone o prevé el contratante.

Expone que el sentenciador de segundo grado incurrió en la vulneración de la ley enrostrada como resultado de la comisión de algunos errores de hecho que enlista.

Concluye que el Tribunal incurrió «*en errores iuris in iudicando*», independientemente de cuestiones fácticas, debidamente demostrados, pues, «*violó la ley sustancial por vía directa*».

VII. RÉPLICA

La entidad opositora, Ayuda Integral S.A., señala que los tres cargos se deben desestimar porque tienen deficiencias técnicas insuperables. Frente este dice que no es posible atacarlo por vía directa, toda vez que plantea inconformidades probatorias y fácticas; y que en la

proposición jurídica se acusa por interpretación errónea una disposición que no le es aplicable, esto es, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, el cual regula exclusivamente a empresas de servicios temporales, naturaleza jurídica que no ostenta.

Por su parte, Indega S.A. expone que el recurso extraordinario adolece de inconformidades de orden técnico que comprometen su prosperidad, habida cuenta que en los tres se acusa de manera simultánea, tanto la sentencia de primer grado como la del ad quem; que pese a que todos están encauzados por vía directa, se plantean inconformidades fácticas, las cuales debieron orientarse por la senda indirecta; y que en la proposición jurídica no se incluyó el artículo 34 del CST, disposición que regula la figura del contratista independiente.

Con relación al fondo del asunto, manifiesta que la Ayuda Integral S.A. no es una empresa de servicios temporales sino una sociedad experta en la prestación de servicios especiales en materia de distribución, venta y mercadeo; que el Tribunal no se equivocó al valorar el material probatorio, por cuanto entre ella y el actor no hubo ninguna relación de orden laboral, pues este prestó sus servicios a las entidades codemandadas.

VIII. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia de la siguiente manera:

[...] por ser violatoria de la ley sustancial, a través de la vía directa, a causa de aplicación indebida de los artículos 1, 5, 9,

14, 21, 22, 23, 24, 27, 37, 45, 54, 55 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 51, 60, 151 y 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social; artículos 176, 177, 187, 197, 213, 262 y 268 del Código de Procedimiento Civil. (subrayado fuera de texto).

Se imputa al Tribunal la comisión de los siguientes errores de hecho:

1. *Uno de los yerros más protuberantes y gravísimos en que incurre la sentencia impugnada, consiste en no dar por demostrado, estándolo, que el demandante prestó sus servicios personales bajo continua subordinación de los coordinadores de la empresa demandada INDEGA SA.*
2. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante fue capacitado por la empresa INDEGA SA.*
3. *No dar por demostrado, estándolo, que las funciones de OPERADOR DE MONTACARGAS son permanentes en la empresa INDEGA SA.*
4. *No dar por demostrado, estándolo, que las funciones de OPERADOR DE MONTACARGAS desarrollan el objeto social de la empresa INDEGA SA.*
5. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante ejecutó actividades permanentes en la empresa INDEGA SA.*
6. *No dar por demostrado, estándolo, que las empresas demandadas AYUDA INTEGRAL SA. Y SOS EMPLEADOS SA. tienen sus instalaciones en el mismo lugar, esto es, la Carrera 49 D N° 91 - 48 de la ciudad d Bogotá D.C, es decir, se creó una empresa de suministro de personal dentro de otra empresa de suministro de personal, para intermediar mano de obra, inclusive, a la fecha de presentación de la demanda, que ocurrió el 18 de agosto de 2011 (folio 299) contaban con el mismo gerente y representante legal, señor RAUL JOSÉ BARAKE ZABLEH, (folios 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15).*
7. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante prestó sus servicios de manera continua para la empresa INDEGA SA., desde el 31 de marzo de 2004 hasta el 21 de septiembre de 2.008.*
8. *No dar por demostrado, estándolo, que la demandada INDEGA SA., hizo uso indebido de la tercerización y la intermediación laboral con el único propósito de disfrazar falazmente la relación laboral con el demandante y en consecuencia de ello vulnerar los derechos del demandante y desconocer abiertamente su derecho a la estabilidad laboral.*

9. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante tiene derecho a la reliquidación y pago de prestaciones sociales extralegales.*

Se atribuye al Tribunal la falta de apreciación de los siguientes medios de convicción:

1. *Certificado de existencia y representación legal de la demandada AYUDA INTEGRAL S.A., obrante a folios 9,10 y 11.*
2. *Certificado de existencia y representación legal de la demandada SOS EMPLEADOS S. A., obrante a folios 12,13,14 y 15.*
3. *Certificación de aportes para el cubrimiento de riesgos ATEP (Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional) a la Administradora de Riesgos Profesionales Colpatria, efectuados por la empresa SOS EMPLEADOS SA., y por el empleado demandante. (Folio 782)*
4. *Certificación de aportes para el cubrimiento de riesgos ATEP (Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional) a la Administradora de Riesgos Profesionales Colpatria, efectuados por la empresa AYUDA INTEGRAL SA., y por el empleado demandante. (Folio 783)*
5. *Certificación en "MEJOR OPERACIÓN DE BODEGA" de fecha tercer semestre de 2004. (Folio 73 del cuaderno No. 1)*
6. *Certificación en "Buenos Hábitos de Distribuidora" de fecha 21, 22 y 23 de septiembre de 2004. (Folio 74 del cuaderno No. 1)*
7. *Los desprendibles de nómina del demandante, aportados con la demanda.*
8. *CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO, autentica, suscrita entre el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE AUMENTOS "SINALTRAINAL"; ASOCIACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS PRODUCTORAS Y DISTRIBUIDORA DE GASEOSAS "ASONTRAGASEOSAS" y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LAS GASEOSAS REFRESCOS Y ALIMENTOS RELACIONADOS CON LA INDUSTRIA "SINTIGAL", con la demandada **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.**, con vigencia de dos años contados a partir del día 1 de Abril de 2006 hasta 31 de Marzo de 2008.*
9. *CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO, autentica, suscrita entre el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE ALIMENTOS "SINALTRAINAL"; ASOCIACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS PRODUCTORAS Y DISTRIBUIDORA DE GASEOSAS "ASONTRAGASEOSAS" y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LAS GASEOSAS REFRESCOS Y AUMENTOS RELACIONADOS CON LA INDUSTRIA "SINTIGAL", que agrupan a más de la tercera parte del total de los*

trabajadores de la empresa, con quien la demandada
INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., con vigencia
del 1 de abril de 2008 al 31 de Marzo de 2010.

Como pruebas valoradas indebidamente enlista las siguientes:

1. *Los testimonios de la parte demandante recaudados durante el proceso.*
2. *El interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada INDEGA SA.*
3. *El interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada AYUDA INTEGRAL SA.*
4. *El interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada SOS EMPLEADOS SA.*
5. *El Contrato de trabajo del demandante (folios 69 y 472)*
6. *Orden de compra de servicios No. OFOPS-0000298*
7. *Orden de compra de servicios No. OFOPS-000020*
8. *Orden de compra de servicios No. OFOPS-0000115*
9. *Orden de compra de servicios No. OFOPS-0000565*

Arguye el recurrente que el *ad quem* se alejó de la realidad probatoria, incurriendo en los errores enlistados, pues no tuvo en cuenta la confesión del representante legal de Indega S.A., en la que manifestó que en la empresa existen montacarguistas vinculados por contrato de trabajo; que prestó servicios a la demandada por un periodo superior a cinco años, a través de las empresas Ayuda Integral S. A. y SOS Empleados S. A., aspecto que demuestra que la obra o labor en Indega S.A. nunca existió, pues este tipo de contrato implica que la relación laboral termina una vez finaliza la obra, pero él siempre desempeñó el mismo cargo y ejecutó las mismas funciones en la empresa usuaria y que las condiciones en las que prestó el servicio nunca variaron.

Expone que las actividades ejecutadas se relacionan con el objeto social de la usuaria y fueron permanentes, fijas

y habituales; que esa empresa le suministró la maquinaria innecesaria para desempeñar sus funciones, pues se la entregó en comodato a las empresas Ayuda Integral S. A. y SOS Empleados S. A., situación que es ilógica, pues resulta inadmisibles que se contrate con una persona jurídica la prestación de un servicio cuando la contratante es la que suministra los elementos para desarrollar la actividad, lo que evidencia que la intención de las entidades era disfrazar la relación laboral.

Señala que, según el ordenamiento sustantivo del trabajo, la actividad de dichas empresas no puede ser otra que la prestación de servicios temporales, ocasionales, eventuales y transitorias, o en su defecto, distintas al objeto social de la usuaria; que para proteger los derechos del empleado se han señalado unas delimitantes en el tiempo, que de desbordarse se pierde el fin para el cual fueron concebidas y automáticamente, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, la empresa usuaria se convierte en un verdadero empleador. Añade que eso fue lo que aconteció en el presente caso, razón por la cual no se le pueden desechar los derechos laborales que le asisten, pues, itera, la actitud desmedida y desproporcionada de Indega S.A. fue para desconocerlos.

Manifiesta que la cláusula 2ª del contrato de trabajo estableció una vigencia de carácter temporal hasta la realización de la obra o labor contratada o necesidad del servicio; que el sentenciador no valoró adecuadamente las órdenes de compra n.ºs OFOPS-0000298 y OFOPS-000020,

por lo que se equivocó en no dar por demostrado, estándolo, que él no fue enviado a prestar servicios para Indega S.A. en labores ocasionales, accidentales o transitorias a que refiere el artículo 6º del CST, así como a reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y 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.

Arguye que en el objeto de las ofertas mencionadas señala expresamente que *«en virtud de la presente orden EL OFERENTE prestará a LA DESTINATARIA los servicios de **suministro de personal temporal en misión de conformidad con los requerimientos de LA DESTINATARIA y según lo establecido en los artículos 71 al 94 de la ley 50 de 1990, normas complementarias**»*; que los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990 permiten la figura de la tercerización, en tres eventos a saber: *i)* cuando se trata de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del CST; *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.

Con fundamento en lo anterior, exterioriza que está demostrado que él no fue contratado para prestar un servicio ocasional o transitorio, menos aún para reemplazar personal en uso de licencias o vacaciones o para atender incrementos en la producción, transporte o las ventas en Indega S.A, como quiera que le prestó los mismos servicios a esta empresa por más de cinco años, desempeñando actividades que corresponden a su objeto social.

Asevera, que el Tribunal no valoró adecuadamente las órdenes de compra mencionadas, junto con las n.ºs OFOPS-0000115 y OFOPS-0000565, al dar por demostrada, no estando, la existencia de un contrato por duración de obra o labor, en las que si bien se dispuso que la vigencia del contrato era hasta el 15 de febrero, el término podía ser prorrogado por acuerdo entre las partes, lo que demuestra claramente que la obra o labor nunca existió, *«ya que su vigencia estaba condicionada a la voluntad de las partes en renovarla»*. Agrega que, en las dos últimas órdenes enunciadas se dispuso que el objeto de los contratos era que el oferente, Ayuda Integral S.A., prestara a Indega S.A. los servicios relacionados con actividades de distribución, mantenimiento de canal frío, ventas y mercadeo, logística interna y **actividades complementarias a la fabricación**, Lo que deja en evidencia que la usuaria tercerizó irregularmente actividades propias y complementarias a su objeto social.

Discurre que, la preterición de las citadas pruebas implicó que el sentenciador de segundo grado no aceptara el aserto unánime de los testigos de la parte actora, de la

existencia de la relación laboral entre Indega S.A. y él, pues no queda la menor duda que en dicha empresa existen las funciones de montacargas, luego lo lógico era que lo hubiesen vinculado directamente bajo la modalidad de contrato de trabajo.

Argumenta que los anteriores yerros llevaron al colegiado a quebrantar las normas enlistadas en la proposición jurídica y el artículo 21 del CST, el cual establece que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas del trabajo prevalece la más favorable al trabajador, para lo cual están dados los presupuestos.

Discute que el *ad quem* realizó un análisis superficial del material probatorio indicado, que de haber hecho su valoración en forma adecuada habría accedido a las pretensiones de la demanda en su integridad.

IX. RÉPLICA

La entidad opositora, Ayuda Integral S.A., señala que los tres cargos se deben desestimar porque tienen deficiencias técnicas insuperables. Frente al tercero dice que contiene inconformidades fácticas por la senda directa; y que el ataque se asemeja más a un alegato de instancia. Como Indega S.A. se refirió de manera conjunta a todos los cargos, la Sala se abstiene de iterarlos.

X. CONSIDERACIONES

Inicialmente, si bien la censura en el tercer cargo alude a la vía directa, es indudable que la verdadera intención del recurrente es la acusación por la senda indirecta, respecto de la cual cumple los presupuestos, de manera que el estudio se realizará desde esa perspectiva. Asimismo, pese a que en el primer cargo el casacionista refiere a la interpretación errónea del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en la sustentación orienta su discurso a la infracción directa de dicha disposición, en tanto reprocha que el Tribunal no derivó consecuencias de la violación y uso indebido del «régimen jurídico de la intermediación laboral», razón por la cual desde esta óptica se efectuara el análisis.

Superado el anterior escollo, es del caso delimitar la controversia en sede de casación, para lo cual es necesario precisar los temas que fueron objeto de pronunciamiento por parte del sentenciador de segundo grado, quien centró su decisión en los siguientes aspectos: *i)* que, conforme al disenso esbozado en la alzada, debía establecer «*si existe un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa Indega S.A. desde el 3 de octubre de 2005 al 21 de septiembre de 2008, en el que la empresa Ayuda Integral funge como intermediaria, y en consecuencia deba ser condenada de forma solidaria*»; *ii)* que estando demostrada la prestación personal del servicio y el empleador no desvirtuaba el elemento de la subordinación, operaba la declaración judicial del contrato de trabajo; *iii)* que la normatividad que regula las empresas de servicios temporales no le es aplicable a la

empresa Ayuda Integral S.A. porque, según su certificado de existencia y representación, no ostenta esa naturaleza jurídica; *iv*) que, conforme al acervo probatorio, era claro que la calidad en la que pretendió actuar Ayuda Integral S.A. fue la de un contratista independiente; *v*) que Ayuda Integral S.A. operó como un contratista independiente que prestó servicios especializados a Indega S.A.; y *vi*) que al estar acreditado que el verdadero empleador no fue Indega S.A., era innecesario el estudio de la justa causa del despido por parte de dicha entidad, por cuanto esa pretensión estaba condicionada a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo con esa empresa.

Por su parte, la censura centra su disenso en que el Tribunal se equivocó en lo siguiente: *i*) que los medios de convicción arrimados evidencian que Ayuda Integral S.A. actuó como un simple intermediario, pues su verdadero empleador fue Indega S.A., por ser el propietario de las herramientas de trabajo y quien ejerció los actos de subordinación y, además, hizo uso indebido de la tercerización e igualmente vulneró el régimen jurídico de la intermediación laboral; *ii*) que dadas las irregularidades cometidas por Ayuda Integral S.A. para su vinculación, desde la perspectiva de las normas que regulan la vinculación de trabajadores en misión, conlleva que esta empresa no pueda ser considerada verdadera empleadora, sino una simple intermediaria, pues la verdad es que siempre ejecutó actividades permanentes que corresponden al objeto social de Indega S.A.

Así las cosas, le corresponde a la Sala elucidar si el Tribunal incurrió en error de hecho al considerar que no era viable la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre el actor e Indega S.A., por el periodo transcurrido entre el 3 de octubre de 2005 y el 21 de septiembre de 2008, por haber fungido como verdadero empleador; y si Ayuda Integral S.A. actuó como simple intermediaria, desde la óptica que regula la vinculación de los trabajadores en misión.

La Sala advierte que el estudio se realizará únicamente para verificar la existencia de la relación laboral durante el lapso transcurrido del 3 de octubre de 2005 y el 21 de septiembre de 2008, atendiendo la delimitación que hizo el Tribunal sobre los temas objeto de pronunciamiento en segunda instancia, conforme a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, aspecto que no es objeto de disenso en sede de casación.

Así mismo, se precisa que en sede de casación no se discute el hecho de que el señor José Luis Rodríguez Gil prestó servicios como montacarguista en las dependencias de Indega S.A., pues lo que se debate es si está demandada logró desvirtuar la subordinación laboral por haber operado la presunción legal del contrato de trabajo.

Al efecto se memora que la presunción legal del contrato de trabajo supone la subordinación jurídica de quien presta el servicio personal y, por tanto, la actividad del administrador de justicia debe encaminarse al análisis del

acervo probatorio con el propósito de establecer si los medios de convicción pueden desvirtuar la presunción, no la de establecer los elementos estructurales de la relación laboral.

Hechas las anteriores y necesarias precisiones, entra la Sala al análisis de las piezas procesales, para lo cual se memora que el error de hecho en materia laboral «*se presenta, según el caso, cuando el sentenciador hace decir al medio probatorio algo que ostensiblemente no indica o le niega la evidencia que tiene, o cuando deja de apreciarlo, y por cualquiera de esos medios da por demostrado un hecho sin estarlo, o no lo da por demostrado estándolo, con incidencia de ese yerro en la ley sustancial que de ese modo resulta infringida*» (sentencia CSJ, 11 feb. 1994, rad. 6043). Así mismo, para que se configure un dislate fáctico, es preciso que venga acompañado de las razones que lo demuestran, que, desde luego, emanan de las pruebas calificadas valoradas o de las dejadas de apreciar por el sentenciador de alzada.

Entonces, como el censor centra su disenso en enrostrar la equivocada valoración de las ofertas de servicios y las órdenes de compra suscritas por Ayuda Integral S.A. y dirigidas a Indega S.A., así como el contrato laboral firmado por el actor y el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de esta última, la Sala incursiona en su estudio, así:

1.- Ofertas de servicios (573-580 y 582-589). Esta

documental, por sí sola, no resulta suficiente para entender desvirtuada la presunción del contrato de trabajo, pues su contenido no pasa de representar la descripción formal de los servicios contratados, menos que fueran autónomos e independientes.

Es más, es imperativo destacar que las ofertas hacen referencia a un anexo que contendría el alcance de los servicios a suministrar a Indega S.A.; sin embargo, tal anexo no fue aportado, a pesar de que hacía «*parte integral*» de las ofertas, circunstancia que solo puede obrar en perjuicio de quien debía demostrar la autonomía e independencia de los servicios prestados.

En consecuencia, queda claro que el Tribunal no erró al valorar esta prueba.

No se estudian las ofertas de servicio obrantes a folios 546-553 y 558-568 y las órdenes de compra n.ºs OFOPS-0000298 (f.º 542) y OFOPS-000020 (f.º 554), por cuanto la entidad oferente es SOS Empleados S.A., demandada respecto de la cual no se interpuso recurso de apelación.

2.- Orden de compra OFOPS 0000115 (f.º 568), OFOPS 000481 (f.º 572) y OFOPS 0000565 (F.º 581). Esta documental simplemente contiene la aceptación de las ofertas presentadas por Ayuda Integral S.A. en la que Indega S.A. manifiesta que admite los términos, en cuyo objeto consta que el oferente prestará los servicios a la destinataria relacionados con las actividades de distribución, ventas,

mercadeo, actividades de logística interna, y actividades complementarias a la fabricación «*en los términos contenidos en la Oferta Mercantil presentada por **EL OFERENTE**, Anexo 1 de la presente Orden*».

Entonces, tal como acontece con las ofertas de servicios, el contenido de las órdenes de compra no consagra ningún elemento que permita inferir que la prestación del servicio del demandante a Indega S.A. fue de manera autónoma e independiente, dado que ellas solo contienen la aceptación de las ofertas presentadas a Ayuda Integral S.A., y una de ellas devela una descripción muy general de la forma como el oferente debe cumplir su objeto, pero no dice nada, se itera, acerca de la manera como el actor prestó sus servicios.

3.- Contrato de trabajo (f.º 69, 505). Este documento suscrito por el demandante con Ayuda Integral S.A. señala al actor como «*trabajador en misión*», para la «*realización de la obra o labor contratada por el usuario*», expresiones que lejos están de respaldar la defensa de las empresas demandadas y, menos aún, las conclusiones del juez colegiado, pues de lo que dejan plena certidumbre es que, en efecto, Ayuda Integral S.A. se limitó a suministrar personal a Indega S.A. en forma abiertamente irregular, pues a pesar de no ser una empresa de servicios temporales, según lo determinó el Tribunal, vinculó al demandante como trabajador en misión para la realización de la obra o labor contratada por el usuario, esto es, la Industria Nacional de Gaseosas S.A.

4.- Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Indega S.A. (audiencia del 16 de enero de 2019, 11: 41 a. m. del CD f.º 788). Este medio de convicción da cuenta de que el absolvente aceptó que en la empresa existen montacarguistas vinculados directamente por contrato de trabajo para el desarrollo de sus actividades en la línea de producción y que existen otros que hacen lo propio en la línea operativa, pero que las actividades de esta área estaban tercerizadas por no ser una labor acorde al negocio (respuestas a preguntas 2, 3 y 12); que el demandante era un trabajador en misión en virtud de la subordinación delegada, por lo que debía cumplir los turnos asignados por Indega S.A. (respuesta 10); que el demandante, en ejercicio de sus funciones transportaba estibas y canastas con producto y sin producto, entre otras (respuesta 6) y que Indega S.A. celebró un contrato de prestación de servicios con Ayuda Integral S.A., previa presentación de ofertas mercantiles para el desarrollo de actividades logísticas del año 2005 a 2008 (respuesta 18).

Este medio de convicción refleja que la sociedad demandada existe la labor permanente de operador de montacarga, tanto en el área de producción como en la operativa, solo que en decir del absolvente las actividades que se realizan en esta última no corresponden a su objeto social, razón por la cual la empresa las tenía tercerizadas. Igualmente, es inequívoco que el actor cumplía los horarios designados por Indega S.A. y, además, en ejercicio de sus funciones transportaba estibas y canastas con y sin producto

terminado, al estar sometido a turnos y cumplir tales tareas como lo aceptó el absolvente.

Así mismo, es indudable que las labores desempeñadas por el señor Rodríguez Gil en las instalaciones de la Industria Nacional de Gaseosas S.A. fueron ejercidas en virtud del contrato celebrado entre ésta y Ayuda Integral S.A., previa presentación de la oferta mercantil para el desempeño de actividades logísticas.

De los anteriores medios de convicción luce, de manera evidente, el yerro cometido por el *ad quem*, habida cuenta que, analizados en conjunto, no dejan duda alguna acerca de que el señor José Luis Rodríguez Gil se desempeñó como montacarguista en el área operativa de Indega S.A., atendiendo los turnos de trabajo asignados por ésta.

En consecuencia, del análisis de las anteriores pruebas se infiere, sin hesitación alguna, que antes de desvirtuar la presunción del contrato de trabajo, los mismos tienen la entidad suficiente para acreditar que los servicios prestados por José Luis Rodríguez Gil como operador de montacarga fueron subordinados a favor de Indega S.A..

Ahora bien, partiendo del supuesto evidenciado en precedencia, según el cual, Ayuda Integral S.A. fungió como empresa de servicios temporales al vincular al demandante como trabajador en misión para la realización de obra o labor en Indega S.A., memora la Sala que la vinculación de

trabajadores en misión tiene como objetivo la prestación de servicios transitorios a la empresa usuaria *por razones excepcionales*, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pero cuando ello no ocurre, el usuario pasa a ser el verdadero empleador y la empresa de servicios temporales una mera intermediaria, quien responde solidariamente.

Esta Corte, en varias decisiones ha discurrido que en determinadas circunstancias es viable considerar que la empresa usuaria o beneficiaria de los servicios prestados por trabajadores vinculados a través de empresas de servicios temporales como verdadera empleadora, tal como en aquellos casos en que la EST no está autorizada para prestar ese servicio, o cuando estándolo infringe las disposiciones que regulan el servicio temporal, como en los eventos en que la vinculación excede el término de un año, o cuando se vincula personal en misión para desempeñar labores que no son ocasionales o accidentales o para remplazar personal de la usuaria o atender incrementos en la producción. Al efecto, se trae a colación la sentencia CSJ SL3520-2018, que dice:

Tal abordaje jurídico resulta desacertado habida cuenta que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, es posible en determinadas circunstancias considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y la EST como simple intermediaria, responsable solidaria de las obligaciones laborales contraídas por la primera. Ello, ocurriría cuando la empresa de servicios temporales no está autorizada para prestar ese servicio o cuando en desarrollo del mismo infringe las normas que regulan el servicio temporal, como sería el caso en que la contratación para la atención de incrementos en la producción o la prestación de servicios exceda el término de 1 año.

En efecto, en la sentencia CSJ SL17025-2016, la Corte consideró:

El artículo 75 de la Ley 50 de 1990 resume el objeto de las empresas de servicios temporales en los siguientes términos:

Artículo 71. 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.

De la disposición transcrita se tiene que uno de los elementos esenciales de este tipo de acuerdos es la temporalidad del servicio de colaboración contratado. Quiere decir esto que el contrato comercial que suscribe la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales lo es para prestar un servicio restringido en el tiempo de apoyo o colaboración en los eventos consagrados en la ley.

Ahora, la colaboración o apoyo temporal objeto del contrato solo es procedente en las específicas hipótesis de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, a saber:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere 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 períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más.*

Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador. (subrayado fuera de texto).

Así mismo, la sentencia CSJ SL271-2019 dice:

La vinculación a través de empresas de servicios temporales tiene por finalidad, prestar servicios transitorios para la usuaria, sean o no del giro ordinario de ésta, pero siempre por razones excepcionales, por lo que no es dable mantener la contratación a través de EST cuando la actividad desarrollada por el trabajador en misión constituya en verdad una necesidad permanente en la empresa cliente, como ocurre cuando no se atienden las causales previstas en el artículo citado o se supera el término temporal máximo allí previsto.

De ser así, el responsable de las obligaciones laborales es el usuario, quien pasa a ser el verdadero empleador, y de manera solidaria responderá la empresa de servicios temporales por haber fungido como intermediaria sin anunciar a la trabajadora tal condición (artículo 35 del CST). Al respecto, en reciente pronunciamiento efectuado en sentencia CSJ SL3520-2018, se precisó:

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 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 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

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

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.

La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contratos laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados. A su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella.

En torno al punto, cabe recordar nuevamente lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, la cual, a pesar del tiempo en que fue proferida, sigue siendo un hito en la materia:

Pero ésta (sic) 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.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, 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. (subrayado fuera de texto).

Igualmente, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante en el sentido de declarar a la empresa beneficiaria como verdadera empleadora en aquellos casos en los que la

vinculación del personal a través de las EST se hace para realizar o cumplir necesidades o funciones permanentes de la entidad usuaria y no para desarrollar aquellas de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. También ha dicho que cuando la vinculación se hace por intermedio de empresas que no ostentan la calidad de empresa de servicio temporal, sino que se hace por intermedio de ficto contratista independiente con el propósito de eludir la contratación directa de los trabajadores, se considera verdadero empleador a la empresa usuaria.

Sobre el particular se citan apartes de la sentencia SL467-2019 en la que se resolvió una controversia similar a la que se estudia en esta oportunidad, así:

Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que 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 ordinaria».

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.

[...]

Pues bien, la Corte advierte que la sociedad Manpower Profesional Ltda. no es una empresa de servicios temporales, como erradamente lo asumió el Tribunal. En efecto, según el certificado de existencia y representación legal de folios 297 a 301, dicha sociedad no fue constituida para la prestación de servicios de colaboración temporal a terceros usuarios, sino «para prestar servicios especializados a las personas naturales o jurídicas, con el fin de atender sus necesidades en cualquier área de la producción, administración, mantenimiento y venta de productos y/o servicios, así como, en todas las actividades inherentes o conexas».

Sin embargo, este desacierto fáctico no varía el sentido del fallo puesto que, en sede de instancia, la Corte advierte que la compañía Manpower Profesional Ltda. actuó como simple intermediaria en la vinculación de la demandante para ponerla bajo la dirección de la Organización Radial Olímpica S.A., entidad que fue su verdadero empleador.

[...]

Desde luego que para la Corte la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.

La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.

Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal.

Esta hipótesis a criterio de la Sala, no la regula el artículo 34 del

Código Sustantivo del Trabajo (verdadero empresario), toda vez que este precepto presupone la existencia de un contratista autónomo con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, sino directamente por el artículo 35 ibidem (simple intermediario), en cuya virtud, el verdadero empleador es la empresa comitente y el aparente contratista es un simple intermediario que, al no manifestar su calidad de tal, debe responder solidariamente con la principal.

Entonces, cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario encubre verdaderas relaciones laborales con la ayuda de aparentes contratistas, carentes de una estructura empresarial propia y entidad suficiente, cuya única razón de ser es el de proporcionar trabajadores a la principal, se estará en una simple intermediación laboral ilegal.

En este punto, vale igualmente la pena recordar que aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitido en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal.

[...]

Entonces, para la Sala la empresa Manpower Profesional Ltda. era un ficto contratista creado con el propósito de eludir la contratación directa de González Hidalgo y, por este motivo, la relación laboral debe entenderse celebrada directamente con la Organización Olímpica Radial, quien para todos los efectos era el verdadero empleador de la demandante. (subrayado de la Sala).

Así las cosas, lo esbozado permite colegir que el Tribunal equivocó abiertamente en el análisis del caso y, por tanto, la razón está del lado de la censura porque, sin duda alguna, el sentenciador pretendió entender que el hecho de que la empresa no tuviera la condición de empresa de servicios temporales impedía de plano la aplicación de las prohibiciones y garantías previstas en la ley para esta modalidad de vinculación, siendo que le correspondía establecer si a pesar de no contar con autorización legal,

Ayuda Integral S.A. había fungido como simple proveedora de personal para Indega S.A., por fuera de los límites previstos por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y demás disposiciones aplicables, como en efecto ocurrió.

En consecuencia, los cargos resultan fundados.

Ante las resultas del estudio de los anteriores cargos la Sala se abstiene de hacer lo propio respecto del segundo.

Sin costas en sede de casación.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

Al escuchar el CD contentivo del recurso de alzada, se advierte que la parte demandante únicamente apeló lo relacionado con la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre él e Indega S.A. por el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2005 y el 21 de septiembre de 2008, lapso en el que Ayuda Integral S.A. fungió como intermediaria y, por tanto, responsable solidaria. Igualmente, sólo mostró interés en que se impetrara condena por los conceptos de indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, al decir lo siguiente:

[...] solicitando a los honorables magistrados revocar de forma total la sentencia proferida por este despacho y, en su lugar, declarar una relación laboral entre el demandante y la empresa Indega S.A. dentro del periodo que se demostró con la prueba documental, si bien es cierto la prueba testimonial hizo referencia a que el demandante prestó servicios de forma continua, la prueba documental allegada al proceso, de la certificación expedida por Ayuda Integral, la certificación de aportes al régimen de riesgos profesionales aportada al expediente, expedida por Colpatria dan cuenta de un vínculo laboral del demandante con la empresa

Ayuda Integral y prestando sus servicios a la empresa Indega S.A. y por un término superior a 2 años en este sentido se solicita es con base en esa demostración que se tenga como extremos de la relación laboral este periodo de tiempo y en su lugar teniendo en cuenta que el contrato se da por terminado sin justa causa se condena a la empresa Industria Nacional de Gaseosas S.A. al pago de la indemnización por despido solicitada con la consecuente indemnización moratoria por falta de pago consistente en un día de salario por cada día demora y hasta que se efectúe el respectivo pago Igualmente solicita condenar en costas a las demandadas y agencias en derecho. (subrayado fuera de texto).

Al respecto, debe recordarse que, conforme a la regulación del recurso de alzada en el proceso laboral, este medio de impugnación restringe la competencia del juzgador de segundo grado en este estadio, al análisis de los puntos motivo de inconformidad que le son trazados por los apelantes, de allí que exista el deber de sustentación del recurso de apelación, en la medida en que obliga al recurrente a exponer expresa y razonadamente los motivos de la inconformidad respecto a las decisiones y fundamentos contenidos en la sentencia.

Sobre tal asunto, es pertinente recordar lo dicho por esta Corporación entre otras, en sentencia CSJ SL, 29 jun. 2006, rad. 26936, reiterada en decisión SL3199-2017, donde se dijo:

La exigencia legal de sustentación del recurso de apelación responde a la esencia de una segunda instancia, que por regla general se acciona por iniciativa de alguna de las partes y en razón a la inconformidad con decisiones del juez A quo. Tiene carácter excepcional la actuación oficiosa del Ad quem de la jurisdicción laboral, la que la ley confina a los restrictivos eventos en que procede el grado de consulta. Ciertamente la segunda instancia es una garantía de debido proceso para las partes y no una tutela oficiosa de control funcional del superior sobre el inferior.

La sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada.

No puede reclamar un apelante que el Ad quem resuelva por añadidura a lo que es objeto de disconformidad manifiesta con relación a uno de los aspectos de la decisión judicial sobre una de las pretensiones, porque no puede sobre entenderse que la protesta también comprende la resolución sobre otras que debieron ser formuladas de manera expresa en la demanda, o que fueron objeto de consideraciones específicas o de tratamiento separado en la sentencia, o de las que pueden seguir o no a una principal, aunque dependan de éstas para su existencia.

El citado artículo 66A del CPTSS, prevé que la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, disposición que fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional mediante sentencia CC C-968 de 2003, en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador.

De modo tal que, el principio de consonancia que allí se consagra, consiste en que, entre la sentencia de segunda instancia y el objeto del recurso de alzada debe existir plena correspondencia, lo que significa que, por regla general, al juzgador le está vedado apartarse de las materias que le propone el recurrente.

Por ello, el apelante está igualmente obligado a indicar de manera clara y precisa los puntos o aspectos respecto de los cuales espera sean modificados, adicionados o revocados por el juez de segunda instancia, porque de no ser así, se

asume que está de acuerdo con lo que se deja libre de ataque; además, sin que ello implique la exigencia o el cumplimiento de fórmulas o solemnidades sacramentales en la sustentación, deberá indicar cuáles son los fundamentos del disenso respecto de esos precisos temas, toda vez que el recurso de apelación *«tiene sentido en la medida en que obliga al recurrente a exponer expresa y razonadamente los motivos de la protesta respecto a las decisiones y fundamentos contenidos en la sentencia; es un ejercicio dialéctico de argumentación que impone al juez Ad quem el deber de responderlos»* (CSJ SL, 1º feb. 2011, rad. 37876).

Así las cosas, en esta instancia la Corte solo estudiará los puntos planteados por el demandante recurrente a los que se hizo referencia.

Al respecto, además de las consideraciones esbozadas en sede de casación, la Sala precisa que en el *sub lite* no hay duda alguna acerca de que José Luis Rodríguez Gil prestó servicios como operador de montacarga en las instalaciones de Indega S.A.

Entonces, estando acreditada la prestación personal del servicio, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 24 del CST, se activa la presunción legal de la existencia del contrato de trabajo, sin perjuicio de que, como presunción legal que es, pueda ser desvirtuada, mediante la aducción de medios de convicción que conduzcan al sentenciador a inferir que la prestación del servicio no se realizó de manera subordinada y dependiente, sino en forma autónoma e

independiente.

Cabe recordar, que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada la aludida prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el citado artículo 24, conforme al cual *«Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*.

En ese orden de ideas, a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es la contraparte quien tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario, cual es la prestación del servicio de forma autónoma e independiente. Así lo precisó esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 24 abr 2012, rad. 39600, que dice:

[...] dado el argumento de la defensa de que la relación que sostuvo con la demandante fue de carácter civil, de ninguna manera de carácter laboral, el cual acogió el a quo, la Sala estima necesario reiterar una vez más lo que tiene asentado la jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del CST establecida para que opere efectivamente el aludido principio.

De nada habría servido darle prelación a la realidad, inclusive en la Constitución, si el legislador no hubiese facilitado al trabajador la prueba de la subordinación, elemento diferenciador de la

relación del contrato de trabajo con otras. Teniendo en cuenta esto, la Corte tiene enseñado:

“...para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 del 12 de noviembre de 1998 que declaró inexecutable su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1º de marzo de 1999) que consagró definitivamente que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario” .

De lo anterior se extrae que, probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume.

Por ende, muy poco le sirve al demandado, para exonerarse de las obligaciones propias del contrato de trabajo, la aceptación de la prestación del servicio de manera continua con la sola negativa de la existencia del contrato de trabajo, o la sola afirmación de que se trató de un contrato de distinta naturaleza.

Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente.

Siguiendo el anterior lineamiento, tal como se evidenció en sede de casación, en el *sub lite* la Industria Nacional de Gaseosas S.A. no logró desvirtuar la subordinación laboral.

De otra parte, del contrato de trabajo suscrito entre el actor y Ayuda Integral S.A. se deduce que aquel fue vinculado como trabajador en misión para realizar la obra o labor contratada con la empresa usuaria, esto es, Industria Nacional de Gaseosas.

Entonces, a pesar de que Ayuda Integral S.A. no es una empresa de servicios temporales, según se aprecia en el certificado de existencia y representación (f.º 9, 608), pues en su objeto social figura como una sociedad encargada de prestar servicios especializados o de tercerización, con el fin de atender necesidades de las empresas en sus diferentes áreas, lo cierto es que esta fungió como si se tratara de una EST, pese a no estar autorizada para prestar esta clase de servicios.

Lo anterior cobra fuerza al estudiar la certificación expedida por la Gerente de Ayuda Integral S.A. (f.º 70), según la cual, el demandante laboró en esa empresa *«con un contrato por obra o labor contratada al servicio de INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A, desempeñando el cargo de MONTACARGUISTA, desde el 3 de octubre de 2003 hasta el 21 de septiembre de 2008»*.

A la par, brota inequívoco que la labor de operador de montacarga desarrollada en el área operativa de la Industria Nacional de Gaseosas S.A. es una función o necesidad permanente, pues así se infiere de la documental anterior y del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Indega S.A., quien aceptó que esa labor en el área

operativa estaba tercerizada desde el año 1998, solo que en su criterio ésta no era una actividad que correspondía a su objeto social. También aflora que la vinculación del actor excedió el término permitido para la vinculación de trabajadores en misión, conforme lo prevé el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues acorde con la certificación, él prestó servicios sin solución de continuidad desde el 3 de octubre de 2003 al 21 de septiembre de 2008, es decir, por un lapso superior a 4 años, tiempo que excede el año máximo para la vinculación de trabajadores en misión.

Al respecto, la Sala memora que las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a la vinculación temporal para suplir requerimientos permanentes. Así mismo, la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador 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. A su vez debe tenerse a la empresa que funge como empresa de servicios temporales como simple intermediaria, quien, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella. En torno a este puntual aspecto cabe recordar la sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, la cual dice:

Pero ésta (sic) 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.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, 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.

Entonces, estando suficientemente demostrado que las empresas Indega S.A. y Ayuda Integral S.A. desconocieron el régimen de vinculación temporal, propio de las empresas de servicios temporales, no queda otro camino que declarar la existencia del contrato de trabajo entre Indega S.A. y el señor José Luis Rodríguez Gil, por el lapso comprendido ente el 3 de octubre de 2003 y el 21 de septiembre de 2008.

Por consiguiente, de cara a las pretensiones subsidiarias, relacionadas con la nivelación salarial por haber desempeñado el cargo de montacarguista, la reliquidación de vacaciones y prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías y primas de servicio), la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST y la indexación de todas las sumas, se considera lo siguiente:

En relación con la nivelación salarial por haber percibido una remuneración salarial inferior a la de un operador de montacarga de Indega S.A., así como a la reliquidación del auxilio de cesantía y sus intereses, vacaciones y las primas de servicio derivado de tal

circunstancia, no hay lugar a su reconocimiento por las siguientes razones:

i) el actor al subsanar la demanda inicial excluyó los hechos 21 y 22 del acápite respectivo de la demanda inicial (f.º 302), según los cuales, la liquidación entregada al actor *«no se encuentra acorde con la ley y con el texto extralegal, pues bien debió reconocerse bajo los parámetros de la CONVENCIÓN COLECTIVA vigente para fecha de fenecimiento de la relación laboral»*; que las *«las acreencias deben reconocerse y liquidarse con el salario que realmente debería devengar el trabajador de acuerdo a la remuneración propia del cargo que desempeña mi poderdante»*.

Siendo ello así, como los anteriores supuestos fácticos eran los que soportaban las referidas pretensiones, no fueron objeto de pronunciamiento en las contestaciones a la demanda por parte de Indega S.A. y Ayuda Integral S.A. y, por ende, no hicieron parte del debate judicial, por lo que no se puede concluir que estén probados.

ii) Pese a que el actor refiere que las organizaciones sindicales Sinaltrainal, Asogaseosas y Usitrag, organizaciones con las que Indega suscribió la convención colectiva 2008-2010, agrupan a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, según lo afirma el actor en el escrito mediante el cual subsanó la demanda inaugural (f.º 303), en la contestación de la demanda (f.º 536) se afirmó que el referido acuerdo extralegal abriga solo a los trabajadores afiliados de cada una de esas organizaciones *«pues esta no se*

aplica por extensión porque los sindicatos agrupan a menos de la tercera parte del total de trabajadores de la empresa».

Así las cosas, al actor le correspondía aportar elementos de juicio que permitieran concluir que la convención colectiva vigente al interior de Indega S.A. le era aplicable, carga que no cumplió porque no demostró que dicho cuerpo normativo hubiera sido celebrado por el sindicato mayoritario de la empresa, bajo las previsiones del artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo, ni que los beneficios allí consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes suscriptoras, sin condición alguna.

Es más, la propia convención colectiva 2008-2010, en su cláusula séptima (f.º 154) reza expresamente que los derechos allí consignados *«beneficiarán a todos los trabajadores de la Empresa Industria Nacional de Gaseosas S.A. afiliados a los sindicatos que suscriben la presente convención y a quienes se afilien a estos».*

iii) si bien el actor acreditó algunos salarios percibidos entre 2005 y 2008, como consta en los desprendibles de pago obrantes a folio 16 a 67, lo cierto es que no demostró cual era el salario que percibía un trabajador de planta de Indega y, además, queda latente lo acordado en el contrato de transacción (f.º 517) y en la liquidación definitiva (f.º 518), documental, según la cual, Ayuda Integral S.A. y José Luis Rodríguez Gil finiquitaron el vínculo laboral que los unió entre el 3 de octubre de 2005 y el 20 de septiembre de 2008

por mutuo acuerdo y que «*la sociedad durante la vigencia del contrato reconoció y honró el pago de la totalidad de los salarios, primas, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones y demás prestaciones de naturaleza laboral y de la seguridad social que se derivaron de la relación*».

Ahora, en relación con la indemnización por despido injusto no se impondrá condena por cuanto el actor desistió de esa pretensión principal, tal como consta en acta de audiencia del 16 de enero de 2013 (f.º 786).

Ante la ausencia de obligaciones por pagar, tampoco proceden las condenas consecuenciales por concepto de indemnización moratoria e indexación de las sumas adeudadas.

Finalmente, respecto a la responsabilidad solidaria de Ayuda Integral S.A. considera la Sala que a pesar de estar demostrado que dicha empresa fungió como empresa de servicios temporales sin estar autorizada para ello, es decir, que actuó como simple intermediaria sin manifestar tal calidad de tal y, por tanto, estaría obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de Indega S.A.; sin embargo, como en el *sub lite* no triunfaron las peticiones de condena frente a las acreencias laborales estudiadas respecto de la empleadora, resultaría inocua dicha declaración en contra de Ayuda Integral S.A..

Por lo anterior, es del caso modificar parcialmente el fallo de primer grado, para en su lugar, declarar que entre

Industria Nacional de Gaseosas -Indega S.A. y el señor José Luis Rodríguez Gil existió un contrato de trabajo, el cual se ejecutó entre el 3 de octubre de 2005 y el 21 de septiembre de 2008; y en lo demás se confirmará la sentencia absolutoria del *a quo*.

Sin costas en la alzada y las de primera a cargo de las demandadas Indega S.A. y Ayuda Integral S.A.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 25 de enero de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GIL** contra **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS -INDEGA S.A., AYUDA INTEGRAL S. A., SOS EMPLEADOS S. A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, esta última en calidad de llamada en garantía.

En sede de instancia **RESUELVE: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de enero de 2013, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR que entre la Industria Nacional de Gaseosas -Indega S.A. y el señor José Luis Rodríguez Gil existió un contrato de trabajo, el cual se ejecutó entre el 3 de octubre de 2005 y el 21 de septiembre de 2008.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia absolutoria de primer grado.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS