



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE VALLEDUPAR**  
**SALA CIVIL – FAMILIA – LABORAL**

**REF:** Ordinario Laboral

**DEMANDANTE:** Olmer Pérez Montenegro

**DEMANDADO:** Empresa Dairy Partners Americas Manufacturing Colombia LTDA y Otro

**RADICACIÓN No.** 20001- 31-05-002-2014-00469-01

**MAGISTRADO PONENTE**

**Dr. ALVARO LOPEZ VALERA**

*Valledupar, noviembre cuatro (04) de dos mil Veinte (2020)*

**FALLO:**

*La Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso Ordinario Laboral que OLMER PEREZ MONTENEGRO sigue a la EMPRESA DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING COLOMBIA LTDA, y solidariamente a SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA EST y a OSERVICIOS PROFESIONALES LTDA con fundamento en las medidas legislativas adoptadas por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 del 4 de junio de 2020 en su artículo 15, procede a resolver de manera escritural los recursos de apelación propuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar - Cesar, el 14 de abril del 2016.*

## **I.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- LA PRETENSIÓN**

*OLMER PEREZ MONTENEGRO, por medio de apoderado judicial, demanda a la Empresa Dairy Partners Americas Manufacturing Colombia Ltda, para que por los tramites propios del proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre ambos, y que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada a pagarle al demandante lo que corresponde por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos, y además los beneficios convencionales contenidos en la convención colectiva de trabajo suscita entre la demandada y el sindicato SINALTRAINBEC, vigente entre el 01 de septiembre de 2006 al 31 de diciembre de 2009, y de las convenciones colectivas suscritas con los sindicatos SINALTRAINBEC, UTRADPA y SINTRADPA, vigentes entre el 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2012 y del 01 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2015.*

*Solicita también que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, legal y convencional, la sanción moratoria ordinaria por el no pago completo de las prestaciones sociales.*

*Finalmente pretende que se declaren a las empresas SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA y SERVICIOS PROFESIONALES LTDA, solidariamente responsables de las condenas que se le impongan a DPA LTDA, y que además sean condenadas al pago de las costas y agencias en derecho que se generen.*

## **1.2.- LOS HECHOS**

*En síntesis relatan los hechos de la demanda que las sociedades SEVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA y SERVICIOS PROFESIONALES LTDA, son empresas de servicios temporales, que contrataron al actor, como trabajador en misión para que prestara sus servicios personales en favor de la empresa DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING COLOMBIA LTDA.*

*El demandante OLMER PEREZ MONTERO, suscribió contratos con la empresa SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA, que se ejecutaron del 30 de mayo de 2008 al 8 marzo de 2009, y del 19 de abril de 2010, al 01 de diciembre de 2013.*

*El actor con la sociedad SERVICIOS PROFESIONALES LTDA, suscribió un contrato de trabajo, que se desarrolló del 9 de marzo de 2009 al 08 de marzo de 2010*

*Como consecuencia de los anteriores contratos, OLMER PEREZ MONTERO, fue enviado como trabajador en misión para prestar sus servicios personales en las instalaciones de la empresa DPA LTDA, para desempeñarse como auxiliar de fabricación.*

*La empresa DPA LTDA, capacitó al actor para la adecuada prestación de sus servicios el 30 de noviembre de 2010 y el 21 de agosto de 2012, y además imponía los horarios de labor que debía cumplir OLMER PEREZ MONTENEGRO, quien laboraba de manera habitual los días dominicales y festivos, sin recibir el reconocimiento de los descansos compensatorios por trabajar en días festivos.*

*La demandada DPA LTDA, suscribió sendas convenciones colectivas con los sindicatos SINALTRAINBEC, SINTRADPA y UTRADPA.*

### **1.3.- LA ACTUACIÓN**

*Por venir en legal forma la demanda fue admitida mediante auto del 20 de octubre de 2014, y una vez notificado ese auto a la demandada Empresa Dairy Partners Americas Manufacturing Colombia Ltda, ésta procedió a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo.*

*En su contestación, la demandada DPA LTDA, negó la totalidad de los hechos, y se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda con el argumento que suscribió un contrato de colaboración con la empresa Servicios y Asesorías del Litoral LTDA, para el suministro de personal en misión, dado que esta es una empresa de servicios temporales, legalmente constituida, y que no transgredió las estipulaciones contenidas en el artículo 71 de la ley 50 de 1990 y que solo acudió a dicha empresa cuando era necesario el personal por incremento de la producción, incremento de ventas, reemplazar personal en vacaciones u otras novedades, las que se dieron en el tiempo estrictamente necesario.*

*Y que SERPTO LTDA, no es una empresa de servicios temporales sino un contratista independiente, con quien suscribió un contrato comercial para la prestación del servicio de aseo general, el cual ejecutó bajo su propia cuenta y riesgo.*

*En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó “inexistencia de la obligación”, “inexistencia*

*de intermediación laboral”, “deducción de los pagos recibidos” y “prescripción”.*

*Por su parte la demandada en solidaridad SERPRO LTDA, aceptó algunos hechos, negó otros y manifestó no constarle otros tantos, para finalmente oponerse a la prosperidad de las pretensiones, indicando que EN EFECTO SUSCRIBIÓ UN CONTRATO COMERCIAL con la DPS LTDA, en el periodo comprendido entre el 09 de marzo de 2009 al 8 de marzo de 2010, y que en ese periodo fue el verdadero empleador del demandante, y que a éste le canceló todos los derechos laborales que le pertenecían.*

*También se opuso a la solicitud de declaratoria de solidaridad respecto de la DPA LTDA, en tanto que los objetos sociales entre esas empresas son disimiles, por lo que no reúnen las exigencias contenidas en el artículo 34 del CST. En su defensa propuso las excepciones de “falta de causa para pedir”, “buena fe”, “pago”, “compensación” y “prescripción”.*

*Por ultimo SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA, aceptó unos hechos y negó la mayoría de los mismos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, indicando que es una empresa de servicios temporales, y que en cumplimiento de la ley y en desarrollo de su objeto social celebró varios contratos para el suministro de trabajadores en misión con la empresa DPA LTDA, y con el trabajador suscribió varios contrato de obra o labor, los cuales liquidó en debida forma y dentro de la temporalidad dispuesta en la ley 50 de 1990. Propuso en su defensa las excepciones de “falta de causa para pedir”, “buena fe”, “pago”, “compensación” y “pago”.*

#### **1.4.- LA SENTENCIA**

*Luego de historiar el proceso, determinar las normas aplicables y estudiar el material probatorio allegado, el juez de primera instancia concluyó que en el presente caso está demostrado que entre el demandante y DPA LTDA, dentro del período comprendido entre el 09 de marzo de 2009 al 08 de marzo de 2010, eso por no haberse acreditado que SERPRO LTDA, tenga el carácter de una E.S.T., y por tanto, le estaba vedado a remitir a terceros trabajador}es en misión, en este caso a la empresa considerada fue la empleadora. Pero no impuso condenas a esa empresa que consideró empleadora, por concepto de prestaciones sociales convencionales, por haber encontrado probada la excepción de prescripción respecto de todos los derechos surgidos en ese interregno.*

*No obstante no declaró la existencia de ese contrato de trabajo con la empresa DPA LTDA, durante los periodos que el trabajador le prestó sus servicios, por haber entendido que lo fue regidos por los contratos que el mismo suscribiera con la empresa SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA, teniendo como soporte legal el art. 77 de la ley 50 de 1990, eso por lo que declaró probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, INEXISTENCIA DE INTERMEDIACION LABORAL, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE y PAGO, respecto de esa empresa.*

#### **1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN**

*Por estar en desacuerdo con esa sentencia las sociedades DPA LTDA, y SERVICIOS PROFESIONALES LTDA*

“SERPRO LTDA” y el demandante, presentaron recurso de apelación, contra la misma, así:

- **Fundamento del recurso de apelación propuesto por AMERICAS MANUFACTURING COLOMBIA LTDA:**

*La apoderada de esta parte solicitó en su intervención que se revoque el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia, por medio del cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre DPA LTDA y el demandante, entre el 9 de marzo de 2009 al 9 de marzo de 2010, y en su lugar que no se haga tal declaración, esto con fundamento en que en la sentencia se violó el derecho a la defensa, al principio de la congruencia y de las facultades ultra y extra petita, eso por no haber sido esa una pretensión de la demanda, y que además erró el juez de primera instancia en aplicarle a la relación que esa demandada tuvo con SERPRO LTDA, la ley 50 de 1990, toda vez que esta última no es una empresa de servicios temporales sino una contratista independiente, con la cual se tercerizó una labor no misional de la empresa, que fue el servicio de aseo, y que además actuó con autonomía técnica y administrativa, por lo que la norma a aplicar es el artículo 34 del CST y no el artículo 77 de la ley 50 de 1990.*

- **Fundamento recurso de apelación propuesto por SERVICIOS PROFESIOANLES LTDA –SERPRO LTDA-**

*Solicitó igualmente que se revoque el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para que en su lugar no se declare que entre el actor y DPA LTDA existió un contrato de trabajo, eso porque en realidad la recurrente no actuó como una empresa de servicios temporales, sino como una*

*contratista independiente, por tanto mal podía exigírsele la autorización para actuar como una EST.*

*Por último el apoderado del demandante solicitó la revocatoria del numeral 2 de la sentencia apelada, y que en su lugar se conceda la totalidad de las pretensiones de la demanda y que se declare la existencia del contrato de trabajo del 30 de mayo del 2008 al 01 de diciembre de 2013, por considerar que se demostró la prestación personal del servicio con 20 contratos de trabajos suscritos con Servicios y Asesorías del Litoral Ltda, y 1 con SERPRO LTDA. y que además esos servicios personales fueron prestados cumpliendo una labor permanente y subordinada por parte de la DPA LTDA.*

*Solicitó también que se niegue la excepción de prescripción, indicando que el termino prescriptivo solo debe comenzar a contabilizarse con la expedición de la sentencia, como quiera que fue a partir de esta que el derecho nació, por lo que ninguno de los derechos se encuentra afectado por este fenómeno.*

## **II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

*Los consabidos presupuestos procesales, demanda en forma, capacidad de parte, capacidad procesal y competencia se hallan cumplidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente, y por ende, se impone una decisión de fondo. Desde el punto de vista de la actuación tampoco observa la Sala causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, de modo que ello aunado a lo anterior, obliga a adoptar una decisión de esa naturaleza.*

*Por los términos del recurso de apelación propuesto, se tiene que el primero problema jurídico que compete a este Tribunal definir consiste en determinar si fue acertada o no la decisión del juez de primera instancia de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada DPA LTDA, del 09 de marzo de 2009 al 08 de marzo de 2009, o si por el contrario debió declararse que dicho nexo laboral en realidad lo hubo, entre el 30 de mayo de 2008 y el 01 de diciembre de 2013, o en su defecto lo que se impone es no declarar la existencia de contrato de trabajo alguno entre DPA LTDA y OLMER PEREZ MONTENEGRO.*

*La solución que viene a ese problema jurídico es la de declarar acertada la decisión del juez de primera instancia, toda vez que del material probatorio allegado al proceso es posible concluir que entre el demanda y la sociedad DPA LTDA, en efecto existió un contrato de trabajo entre el 09 de marzo de 2009 al 08 de marzo de 2010, conclusión esa a la que se llega, no por las razones expuestas en la sentencia de primer grado, sino porque en ese periodo, pese a que formalmente el actor estaba vinculado por una contratista independiente denominada SERPRO ltda, en la práctica el mismo recibía órdenes e instrucciones, con respecto a la manera en que debía desarrollar su labor, de la empresa usuaria DPA LTDA, y no de la contratista independiente SERPRO LTDA.*

*En esa labor de resolver sobre el tema que causa controversia servirá de marco legal el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra los elementos necesarios para que entre los particulares se configure un contrato de trabajo, los cuales son: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La continuada subordinación o*

*dependencia del trabajador respecto del empleador, y c) Un salario como retribución del servicio.*

*También el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la ley 50 de 1990, que establece la presunción según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Como esa presunción es legal puede ser desvirtuada por la parte contra quien se opone, que lo es el demandado, y lo hará siempre que llegue a demostrar procesalmente que lo que hubo con el demandante fue un contrato independiente.*

*Además, el artículo 53 de la Constitución Política, en cuanto consagra los principios fundamentales del derecho laboral, entre ellos el de primacía de la realidad.*

*Según ese principio la naturaleza jurídica de un contrato no depende del nombre que le hayan dado las partes, sino de las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos. De modo que si de esas circunstancias se deduce que la actividad fue subordinada se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pero si lo fue independiente se estructurará un contrato de derecho común, el que no genera la obligación de pagar prestaciones sociales al contratado.*

*Es por eso que para la prosperidad de esa pretensión de declaración de existencia de un contrato de trabajo, quien la formula tiene la carga probatoria de demostrar ese hecho referente a la prestación de sus servicios personales a favor del demandado, para que de esa manera quede cobijado por la presunción antes mencionada, y se entienda que esa prestación*

*está regulada por una relación de trabajo. Pero además deberá probar su duración para permitirle al juzgador cuantificar los derechos laborales, en cuanto si no lo hace, se habrá de dictar sentencia absolutoria por esos conceptos, en la medida que no es dable hacerlo con base en suposiciones, sino en hechos debidamente demostrados.*

*Descendido al caso bajo estudio se tiene que se encuentra demostrado con la prueba documental de folio 756, que la empresa SERVICIOS Y ASESORIAL DEL LITORAL LTDA EST y DAIRY PARTINERS AMERICAS MANUFACTURING COLOMBIA LTDA, suscribieron un contrato de colaboración cuyo objeto era: “La EST, se obliga a colaborar con el USUARIO – DPA LTDA, en la prestación del servicio VACACIONES, LIVENCIA O INCAPACIDADES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 y el artículo 2 del decreto 1707 de 1991, a través de trabajadores en misión, el servicio objeto de este contrato será prestado por la EST, a través de un número de trabajadores acorde con el volumen de trabajo a desarrollar, el cual será convenido entre las partes”.*

*Además a folio 750, la demandada SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA, demostró que se encuentra autorizada por el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, para funcionar como una Empresa de Servicios Temporales EST.*

*Entonces, SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA es una EST, y la misma por definición del artículo 74 de la ley 50 de 1990, es 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 misma forma se refiere el artículo 2.2.6.5.2 del decreto 1072 de 2015 que reglamenta a las empresas de servicios temporales, el cual dispone que el objeto social de la empresa de servicios temporales debe ser el suministro de mano de obra temporal, para poder prestar dicho servicio debe estar autorizada por el ministerio del trabajo, y el personal enviado en misión a la empresa usuaria, debe ser contratado directamente por la EST.*

*No obstante, en virtud del artículo 77 de la ley 50 de 1990, la contratación de personal por intermedio de una empresa de servicios temporales es limitada y procede excepcionalmente, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o 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.*

*De lo anterior se advierte que el personal contratado a de ser temporal, y la contratación es por máximo de*

*12 meses, lo que descarta tener trabajadores fijos o de planta por intermedio de una o varias temporales.*

*En el presente asunto, se tiene que con ocasión a ese contrato comercial suscrito entre DPA LTDA como empresa Usuaria y SERVICIOS Y ASESORIAS DEL LITORAL LTDA EST, como intermediaria legalmente constituida, el demandante OLMER PEREZ MONTERO, suscribió contratos de obra o labor con la EST, para prestar sus servicios como trabajador en misión el DPA LTDA, en los siguientes periodos:*

- 1- Del 30 al 19 de octubre de 2008 (fl 758), 19 días*
- 2- Del 03 de noviembre de 2008 al 08 de marzo de 2009 (fl 759), 4 meses y 5 días.*
- 3- Del 19 de abril de 2010 al 25 de mayo de 2010 (fl 760), 1 mes y 6 días.*
- 4- Del 28 de mayo al 11 de octubre de 2010 (fl 761), 4 meses, 1 semana y 6 días.*
- 5- Del 18 de octubre al 16 de noviembre de 2010 (fl 764), 28 días.*
- 6- Del 29 de noviembre de 2010 al 22 de enero de 2011 (fl 767), 1 mes, 3 semanas y 3 días.*
- 7- Del 14 de febrero de 2011 al 22 de febrero del mismo año (fl 770), 9 días.*
- 8- Del 01 al 26 de marzo de 2011 (fl 773), 26 días.*
- 9- Del 19 de abril de 2011 al 15 de octubre del mismo año (fl 776). 5 meses, 3 semanas y 5 días.*
- 10- Del 03 de noviembre al 11 de diciembre de 2011 (fl 779), 1 mes y 8 días.*

11- Del 30 de enero de 2012 al 15 de abril del mismo año (fl 782),  
2 meses, 2 semanas y 2 días.

12- Del 17 al 21 de abril de 2012 (fl 785), 4 días.

13 - Del 29 de abril al 10 de diciembre de 2012 (fl 788), 7 meses, 1  
semana y 4 días.

14 - Del 22 de diciembre de 2012 al 05 de marzo de 2013 (fl 791).  
2 meses, 1 semana y 4 días.

15 - Del 26 de abril al 16 de mayo de 2013 (fl 794), 20 días.

16 - Del 22 de mayo al 30 de agosto de 2013 (fl 797), 3 meses, 1  
semana y 3 días.

17 - Del 01 al 30 de septiembre de 2013 (fl 799), 30 días

18 - Del 01 al 06 de octubre de 2013 (fl 801), 6 días

19 - Del 16 de octubre al 11 de noviembre de 2013 (fl 804), 3  
semanas y 5 días y,

20 - Del 18 de noviembre de 2013 al 01 de diciembre del mismo año  
(fl 807). (1 semana y 6 días).

*En virtud de esos contratos el hoy demandante prestó sus servicios como trabajador en misión en favor de DPA COLOMBIA LTDA, cumpliendo labores de auxiliar de producción y para remplazar temporalmente a empleados de planta de esa empresa que se ausentaban con ocasión a vacaciones, incapacidades y permisos sindicales, tal como así lo confesó el actor en la diligencia de interrogatorio que se le practicó el 13 de abril del 2016, cuando dijo que al momento de ingresar a trabajar le informaban a quien iba a reemplazar, y que además en el horario fijado, se encontraba el nombre de la persona a la que iba a reemplazar, confesión que concuerda con la declaración rendida por el testigo JOSE RICARDO MONTERO, traído al proceso por el mismo*

*demandante, quien aseveró que “él demandante cubría un puesto fijo, cuando una persona salía a vacaciones, incapacitada o por permiso sindical” y en este mismo sentido declaró el testigo JOEL CAÑAS HERNANDEZ, también traído al proceso por solicitud del demandante, situación que además se constatan con los formatos de “REQUISICION DE PERSONAL” que DPA COLOMBIA LTDA, le hiciera a la EST, obrantes a folios 262 a 341.*

*Entonces de frente a esa situación fáctica debidamente evidenciada, cabe concluir que el contrato de trabajo lo hubo fue con la empresa de servicios temporales, al no ser válidos los argumentos expuestos por el apoderado demandante, para desnaturalizarlo, declarando en consecuencia como empleador del actor a la empresa DPA COLOMBIA LTDA, por el hecho también demostrado, que hubiera sido ésta quien le suministraba al trabajador en misión las herramientas y dotación para que cumpliera con su labor, y que además era quien lo capacitaba y le daba, las ordenes e imponía instrucciones y horarios de trabajo, en tanto que no debe pasarse por alto que por disposición legal el objeto de las EST, 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**”, tal como puede leerse en la jurisprudencia vertical de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentencia **SL 3520-2018**, M.P Clara Cecilia Duelas Quevedo.*

*Aunado a lo anterior, de los contratos de trabajo antes citados, suscritos entre la EST SERVICIOS Y ASESORIAS DEL*

*LITORAL LTDA, y OLMER PERES MONTENEGRO, debe decirse que contrario a lo manifestado en el libelo introductorio, el demandante no prestó sus servicios en DPA COLOMBIA LTDA, de manera ininterrumpida del 30 de mayo al 01 de diciembre de 2013, dado que el propio demandante al indagársele en la audiencia de interrogatorio de parte, con respecto a si los servicios por el prestados efectivamente son los relacionados en las liquidaciones aportadas, este manifestó que sí, que solo prestó esos servicios en esos periodos, contrariando lo expuesto en el escrito de demanda. Dicho esto se verifica además que tampoco se superó el límite temporal de 6 meses prorrogables por 6 meses más, fijado por el artículo 77 de la ley 50 de 1990, como quiera que dichos servicios fueron prestados en periodos mínimos de 6 días y máximos de 5 meses, 3 semanas y 5 días, es decir, para que para uno de esos intervalos se celebró un nuevo contrato.*

*Con lo dicho hasta aquí, bien se puede concluir, que no se observa que con la suscripción de esos varios contratos por parte del demandante con la empresa de servicios temporales, para la prestación de servicios a favor de la demandada DPA COLOMBIA SA, se haya violado la normativa que regula esa contratación, por haber el trabajador en misión estado supeditado al poder directriz de la empresa beneficiaria del servicio o porque ese servicio lo hubiere prestado en muchas oportunidades, por un tiempo superior a los 12 meses, se observa no lo fue bajo la égida de un único contrato de trabajo, sin interrupción, y para la misma labora, de modo que mal puede declararse, como lo pretende el demandante que lo que hubo fue un contrato de trabajo único.*

*Ahora en lo que tiene que ver con la situación contractual que se presenta con ocasión del servicio prestado por el*

*actor en el periodos comprendido del 09 de marzo de 2009 al 08 de marzo de 2010, se tiene que decir que se observa visible a folio 731 del expediente, un contrato de trabajo celebrado a término inferior a un año, entre la sociedad SERVICIOS PROFESIOANLES LTDA, como empleador, y OLMER PEREZ MONTENEGRO, en condición de trabajador, con la exclusiva finalidad que este último se desempeñe como “Higienista de producción”, en las instalaciones de la empresa DPA COLOMBIA LTDA, vinculación esa que se dio en virtud del contrato comercial suscrito entre la empresa DPA COLOMBIA LTDA y la contratista SERVICIOS PROFESIONALES LTDA – SERPRO LTDA-, cuyo objeto consistió en la “prestación del servicio de aseo general y zonas sociales y áreas externas de las plantas, mantenimiento y aseo de la colonia y casa de huéspedes, lavandería de uniformes y reciclaje y compactación de hojalata”.*

*Frente a la anterior situación puesta en evidencia a través de esa prueba documental, se concluye primeramente que fue errada la decisión de primera instancia, al tratar el tema de tipo de contratación que se dio, de entenderla regida por las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, al respecto, partiendo de la consideración que la demandada SERPRO LTDA, debía demostrar estar autorizada por parte del Ministerio del Trabajo para funcionar como EST, cuando la misma no había invocado ese carácter y entonces mal podía exigírsele que cumpliera esa carga demostrativa, máxime cuando en su objeto social nada se indica al respecto.*

*No obstante esa apreciación, resulta ser cierto que la definición con respecto a tal situación de hecho, tiene que hacerse, en aras de establecer el tipo de contrato que hubo, no aplicando las normas relativas a la intermediación laboral sino*

*aquellas que regulan lo referente al contratista independiente o como lo denomina la doctrina la “tercerización laboral u outsourcing”, figura entendida 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. Esta figura es un instrumento legítimo en el orden jurídico colombiano, que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas.*

*Sin embargo, la tercerización o externalización no puede ser utilizada para desmejorar los derechos que correspondan a los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial, para de esa manera evitar u contratación directa ora 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 a un tercero actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.*

*Pero cuando la tercerización, no se hace a 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, se estará en presencia de una intermediación laboral ilegal, que a criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentado como precedente, en la*

**sentencia SL467-2019**, no la regula el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, reconociéndole a ese sujeto contractual el carácter de **contratista independiente**, dado que para que ello se estructure, este precepto presupone la existencia de un contratista autónomo con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, sino que tal situación, conforme al artículo 35 ibidem, ha de ser ubicada dentro del campo de la intermediación laboral, y en cuya virtud, el verdadero empleador viene a ser la empresa comitente y el aparente contratista, un simple intermediario que, al no manifestar su calidad de tal, debe responder solidariamente con la principal.

Es menester precisar 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, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, toda vez que la SERVICIOS PROFESIONALES LTDA – SERPRO LTDA-, no está constituida como una empresa de Servicios Temporales por lo que no requiere autorización del inspector del Trabajo para su funcionamiento, como lo exigió el juez a quo.

Es por ello que, como se dijo, el suministro de trabajadores, realizado por empresas que no tengan la calidad de E.S.T, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal, cuando esos trabajadores reciben órdenes e instrucciones de quien requiere el servicio.

*Entonces, al haber desarrollado OLMER PEREZ MONTENEGRO, funciones de higienista de producción (aseo), en favor de la empresa DPA COLOMBIA LTDA, en el periodo comprendido del 09 de marzo de 2009 al 08 de marzo de 2010, corre en su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST, y es una carga probatoria de la demandada que pretenda desvirtuarla, demostrar que esa prestación personal de servicios fue realizada con total independencia, situación que no demostró y por el contrario, con los testimonios de JOSE RICARDO MONTERO y JOEL CAÑAS HERNANDEZ, se constata que el actor cuando prestó esos servicios recibía órdenes e instrucciones de los jefes de área para desarrollar su labor, quienes además le imponían un horario de trabajo para ejecutar la misma, por lo que no puede considerarse que SERPRO LTDA haya actuado como una contratista independiente a las luces del artículo 34 del CST sino que lo hizo más bien como un simple intermediario de mala fe conforme al artículo 35 ibídem, sin estar facultado para ello.*

*En este orden bien hizo el a quo en declarar la existencia de un contrato de trabajo entre OLMER PEREZ MONTENEGRO y DPA COLOMBIA LTDA, entre el periodo comprendido del 09 de marzo de 2009 al 08 de marzo de 2010, y entonces no le asiste razón a la apoderada de esta empresa cuando en su recurso sostiene que el juez de primer grado violó su derecho defensa al transgredir el principio de congruencia que debe existir entre la demanda y la sentencia, con fundamento en que esa pretensión no fue enunciada en la demanda, por tanto no estaban dadas las condiciones jurídicas, para hacer esa declaración, puesto lo cierto es que en el acápite de “DECLARACIONES Y CONDENAS”, de la demanda (fl 1), en la pretensión “PRIMERA” el demandante solicitó: “sírvasse declarar que entre la empresa DAIRY PARTNERS*

*AMERICAS MANUFACTURING COLOMBIA LTDA – DPA COLOMBIA LTDA y OLMER PEREZ MONTENEGRO, existió un contrato de trabajo a término indefinido, con fundamento en el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”, y en las subsecuentes pretensiones solicitó que SERVICIOS PROFESIONALES - SERPRO LTDA, respondiera solidariamente por las condenas impuestas.*

*El segundo problema jurídico sometido a estudio de esta Sala se centrará en determinar si fue acertada la decisión del juez de primera instancia de declarar probada la excepción de prescripción, o si por el contrario no están dadas las condiciones fácticas y legales para hacerlo, puesto el termino prescriptivo debe contabilizarse a partir de la expedición de la sentencia de primera instancia como lo afirma el apoderado del demandante y no desde la calenda de terminación del contrato, como lo consideró el juez.*

*Como es de amplio conocimiento, los derechos laborales prescriben a los tres años contados a partir de que se haga exigible la obligación, así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL3161-2016, reiterada recientemente en la SL1063-2019, en la que se dijo:*

*“Sobre el particular, es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sala ha establecido que cuando se trata de reclamaciones de derechos laborales en virtud del principio de la primacía de la realidad o contrato-realidad, como en el sub lite, el término de la prescripción se cuenta a partir del momento en que las obligaciones se hicieron exigibles. Por tanto, no le asiste razón al recurrente.*

*Así las cosas, conforme al criterio actual de la Sala, en lo laboral así se trate de contrato realidad, la sentencia es declarativa de derechos y por ende no es*

*constitutiva, lo que corrobora que la prescripción se contabiliza desde que el derecho se haga exigible”.*

*De la norma sustantiva, procedimental y la jurisprudencia transcrita, debe concluirse que el raciocinio del apoderado del demandante dista de la realidad, puesto el término prescriptivo debe contabilizarse a partir de la exigibilidad del derecho y no desde que se declara el mismo en la sentencia, habida cuenta que la sentencia tiene un carácter meramente declarativa y no constitutiva de derecho alguno, y entonces en este caso el conteo del término de prescripción debe hacerse a partir del 09 de marzo del 2010, día siguiente de terminación del contrato de trabajo, y como la demanda fue presentada el 19 de septiembre de 2014, como se constata a fl 204 del expediente, es decir, 4 años, 6 meses, 1 semana y 3 días, después, de eso surge que tal actuación fue surtida después de superado el término máximo de 3 años otorgado por los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, por lo que le asiste razón al juez de primer grado en declarar probada esta excepción.*

*Con todo lo dicho, necesariamente se confirmará la sentencia recurrida, y al no prosperar los recursos de apelaciones propuestas por las partes, no se impondrán costas en esta instancia.*

*Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil – Familia – Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*

### **RESUELVE**

**Primero:** CONFIRMA la sentencia apelada de fecha y procedencia conocidas.

**Segundo:** Sin costas en esta instancia.

*Esta decisión se adoptó en sala virtual de la fecha, en atención a la medida que el Consejo Superior de la Judicatura dispuso en Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, relativa al trabajo en casa, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, ante la presencia de la pandemia provocada por la enfermedad conocida como COVID-19.*

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



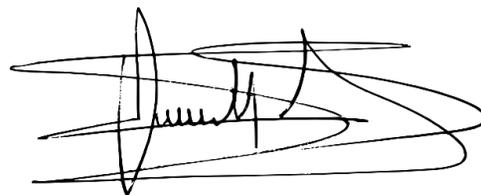
**ALVARO LÓPEZ VALERA**

*Magistrado Ponente*

*(Impedido – Profirió sentencia primera instancia)*

**JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ**

*Magistrado*



**OSCAR MARINO HOYOS GONZALEZ**

*Magistrado*