

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL - FAMILIA - LABORAL**

Valledupar, dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y
SOLIDARIAMENTE A LA PRESTADORA DE SERVICIOS
ESPECIALIZADOS SAS (PRESE SAS)
DECISIÓN: REVOCA

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

En Valledupar, el magistrado ponente en asocio de los demás magistrados que conforman la Sala Cuarta de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, procede en forma escrita a emitir sentencia, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta, contra la decisión proferida el 15 de marzo de 2017, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. LAS PRETENSIONES:

Dirley Paola Gamero González, por medio de apoderado judicial, llamó a juicio a la sociedad Supertiendas y Droguerías Olímpica y solidariamente a la Prestadora de Servicios Especializados SAS (PRESE SAS) para que se declare: *i)* que entre ella y Olímpica SA existió un verdadero contrato de trabajo, *ii)* que Prese SAS fungió como un intermediario de mala fe, *iii)* que fue despedida sin justa causa.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

En consecuencia, se condene solidariamente al pago de: la indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, aportes al SGSSI, la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST, la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, «[...] *intereses moratorios* [...]», lo ultra y extra petita y las costas.

Subsidiariamente peticionó se declare la ineficacia del despido por el no pago de aportes parafiscales, y su consecuente indemnización.

2. LOS HECHOS:

Como soporte fáctico de sus pretensiones narró, que suscribió un contrato individual de trabajo con la empresa PRESE SA, que el nexo estuvo vigente del 22 de julio de 2014 al 5 de mayo de 2015 (9 meses y 13 días), que se desempeñó como auxiliar de oficina, que el contrato fue disfrazado bajo la modalidad de obra o labor contratada, que prestó sus servicios a Olímpica SA, quien se benefició de ello y la mantuvo bajo una constante subordinación, que cumplió con un horario de 7:30 am a 12 pm y de 2:30 pm a 7:00 pm (lunes a sábado), que su último salario fue de \$800.000, que todas las instrucciones para la ejecución de sus funciones fueron impartidas por Olímpica S.A., que las labores encomendada no constituyeron «[...] *la construcción de ninguna obra* [...]», que PRESE SAS era una «[...] *bolsa de empleo* [...]».

3. LA ACTUACIÓN:

La demanda fue admitida mediante auto del 2 de septiembre de 2015, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar (f.º 94). Enterada Olímpica SA, se opuso a las pretensiones. Negó todos los hechos, bajo el argumento que no existió vínculo laboral con la demandante y refirió que «[...] *muy seguramente la contratista* [...]» canceló los aportes y beneficios laborales deprecados. Agregó que la terminación del contrato fue legal.

Propuso las excepciones que llamó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, compensación y pago.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

PRESE SAS, también se opuso a lo solicitado, frente a los razonamientos fácticos manifestó que suscribió con la accionante un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, vigente del 22 de julio de 2014 al 5 de mayo de 2015.

Aseguró que la demandante fue asignada al área administrativa de procesos de atención al cliente, para realizar labores como auxiliar de oficina en desarrollo de la oferta mercantil suscrita con la sociedad Olímpica SA.

Indicó que no existió mala fe, y que su objeto social le permitía comercializar con terceros, procesos como el de atención al cliente.

Adujo que mantuvo una subordinación constante frente a su trabajadora, y que la terminación de la relación se presentó por vencimiento de la obra o labor contratada.

Planteó las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe, temeridad de la demandante y compensación.

4. SENTENCIA CONSULTADA

Lo es la proferida el 15 de marzo de 2017, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, donde resolvió absolver de todas las pretensiones a las accionadas.

Señaló el juez, que los problemas jurídicos consistían en determinar: sí existió un verdadero contrato de trabajo con Olímpica SA y sus consecuencias económicas laborales.

Explicó que la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 reguló las empresas de servicios temporales, definidas como aquellas que *«[...] contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desempeñada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa la que tiene con respecto de estas el carácter de empleador [...]»*.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

Trajo a colación el artículo 77 del mismo texto legal, e indicó en qué casos se podía contratar personal por medio de este tipo de empresas, «[...] *limitando además el periodo de esa contratación [...]*». Citó la sentencia CC C-330-1995.

Aseguró que la violación de la citada norma convertía a las empresas usurarias en verdaderas empleadoras y a las EST en deudoras solidarias (CSJ SL, 31 mar. 2006, rad. 25714).

Manifestó que cuando «[...] *se viola el término inicial de 6 meses, o se prorroga o se prorroga por 6 meses más, plazo máximo para contratar trabajadores en misión, se cataloga a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y una verdadera intermediaria que oculta la calidad en los términos del numeral 2 del artículo 35 del CST [...]*». Agregó que las normas laborales eran de orden público, y los pactos que las transgredieran serían ineficaces.

Se remitió a los folios 136 a 145 del plenario, donde observó «[...] *la oferta mercantil que ofrece PRESE SAS, a Supertiendas y Droguerías Olímpica [...]*», y adujo que con la contestación de la demanda las llamadas a juicio aceptaron la relación comercial que las ató.

De folios 21 a 25 encontró el contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, suscrito entre la demandante y PRESE SAS, «[...] *donde se desempeñaba como auxiliar de oficina, por incremento en las ventas [...]*».

De la prueba testimonial extrajo que la actora prestó sus servicios en Supertiendas y Droguerías Olímpica SA, del 22 de julio de 2014 al 5 de mayo de 2015 (9 meses y 13 días), «[...] *término que es inferior a los 12 meses señalados por la ley, como término máximo para poder dar estas prestaciones por este tipo de empresas de servicios temporales [...]*».

De lo expuesto manifestó que, la accionante no probó que el contrato se ejecutara de manera continua en una misma actividad, por un término superior al establecido en las normas del trabajo, por tanto «[...] *no hay hasta el momento violación [...]*».

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

Precisó que no se podía declarar una simulación laboral o tercerización, *«[...] porque quedó demostrado con la testigo, Laudyd Soto Guerrero que es la testigo de la parte demandante, que se contrató de manera temporal a la demandante [...] quien afirmó que nadie ocupa ese cargo después que ella salió, y antes que ella tampoco [...], y que «[...] ese cargo solo existió cuando ella estuvo en Droguerías Olímpica [...].»*

Indicó que con las pruebas estudiadas se podía verificar que el cargo de auxiliar de oficina solo existió en Droguerías Olímpica S.A. mientras la accionante estuvo vinculada, fue un cargo temporal.

Aseveró que la actora en el interrogatorio de parte aceptó que realizó actividades para PRESE SAS, y que esta *«[...] le pagó todas sus prestaciones sociales y salarios»*, lo que se ratificaba de folios 102 a 120.

En gracia de discusión agregó, que el contrato terminó por el fenecimiento de la obra o labor contratada (f.º 27 y 126).

II. CONSIDERACIONES.

El consabido presupuesto procesal de demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad procesal y competencia se hallan cumplidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente. Desde el punto de vista de la actuación tampoco observa la Sala causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, lo que obliga a adoptar una decisión de fondo.

Dado que el fallo no fue recurrido se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPTSS.

1. PROBLEMA JURÍDICO:

La Sala identifica que el problema jurídico en alzada consiste en determinar si, en efecto, Supertiendas y Droguerías Olímpica SA fungió como verdadero empleador de la señora Dirley Gamero González, o si, contrario a ello, el contrato se ejecutó en las condiciones en que fue pactado con PRESE SAS.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

2. TESIS DE LA SALA:

La Sala revocará la sentencia de primera instancia por haberse acreditado que la empleadora fue Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A.; en consecuencia, será solidariamente responsable con PRESE SAS, por el valor de la indemnización por despido sin justa causa.

3. ASPECTOS FÁCTICOS AJENOS AL DEBATE PROBATORIO (HECHOS NO DISCUTIDOS): *i)* que entre la demandante y la sociedad Prestadora de Servicios Especializados SAS (PRESE SAS) se suscribió un contrato de trabajo por obra o labor contratada, vigente del 22 de julio de 2014 al 5 de mayo de 2015 (9 meses y 13 días); *ii)* que la actora prestó sus servicios a Supertiendas y Droguerías Olímpica SA, en vigencia de una oferta comercial contratada con PRESE SAS, en el cargo de auxiliar de oficina; *iii)* salario \$800.000.

4. DESARROLLO DE LA TESIS:

En vigencia del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, procede el grado de jurisdicción de consulta en dos casos: *i)* Cuando las sentencias de primera instancia fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador o afiliado o beneficiario, si no fueren apeladas, como el caso que nos ocupa, y *ii)* Cuando las sentencias de primera instancia fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante.

El grado jurisdiccional de consulta: *i)* No es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes, *ii)* Opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y *iii)* Al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de *non reformatio in pejus*¹

¹ CSJ SL676-2021.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

En síntesis, el juez de primera instancia concluyó que no existió simulación laboral o tercerización, dado como quedó demostrado, que no hubo violación de los artículos 70 y 71 de la Ley 50 de 1990, aunado a ello no se probó que la relación laboral superase el término legal permitido. Señaló que el cargo de la demandada fue temporal

Agregó que, con todo, la demandante en su interrogatorio de parte aceptó el pago de todos los salarios y acreencias laborales en vigencia del contrato celebrado con PRESE SAS, lo que ratificó con la documental aportada de folios 102 a 120.

Respecto a lo pretendido por la accionante en cuanto a que se declarara que Supertiendas y Droguerías Olímpica SA fue su verdadero empleador, debe precisarse lo siguiente:

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990 en su texto literal reza:

«[...] 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 otro lado, el artículo 77 del mismo texto precisó:

«[...] Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas 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 prorrogables hasta por seis (6) meses más[...].»*

Al amparo de las normas en cita, y facultada por el artículo 45 del CST, la empresa PRESE SAS suscribió un contrato de trabajo con la demandante por la duración de una obra o labor contratada (f.º 319 a 322), nexa que tuvo su origen en un vínculo comercial suscrito entre la empresa de servicios temporales y Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

Cabe resaltar que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estudiado este fenómeno, frente al que su postura es pacífica al enseñar que *«[...] el suministro de trabajadores en misión es de carácter temporal y únicamente para los casos señalados taxativamente en la ley [...]»*²

Pues bien, advierte la Sala que la sociedad Prestadora de Servicios Especializados SAS (PRESE SAS) no es una empresa de servicios temporales, según el certificado de existencia y representación legal de folios 18 a 20, dicha sociedad no fue constituida para la prestación de servicios de colaboración temporal a terceros usuarios, sino para la *«administración, operación y prestación de servicios integrales de empaque de mercadería en puntos de venta de establecimientos de comercio en general y en particular de comercio minorista.»*, y otras relacionadas, que bajo ningún contexto encajan en el suministro de fuerza laboral en misión.

Está probado que la sociedad PRESE SAS, a pesar de no tener la calidad ni estar autorizada, suministraba mano de obra temporal a Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., del modo en que lo hacen las empresas de servicios temporales (f.º 136 a 145).

En un caso de contornos similares la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia CSJ SL467-2019, dijo:

«[...]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.

² CSJ SL1481-2021).

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

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[...].».

Bajo la precedente óptica, resulta claro que entre la demandante y Supertiendas y Droguerías Olímpica SA existió un verdadero contrato de trabajo, es decir, la empresa denominada usuaria resulta ser quien en realidad tenía la calidad de empleadora.

Cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario evade la contratación directa de un trabajador, con la ayuda de aparentes contratistas que carecen de una estructura empresarial propia y de un aparato productivo especializado, y que su única razón de ser es suministrar trabajadores a la empresa principal, se está frente a una simple intermediación laboral ilegal³, conducta en que incurrió PRESE SAS, situándose como responsable solidaria en los términos el 35 del CST.

Ahora abundan las pruebas en el plenario, que dan noticia del pago por parte de la empresa PRESE SAS de todos los beneficios laborales provenientes de la relación laboral (f.º 102 a 120), artículo 1630 del C.C; en consecuencia, se absuelve de las pretensiones relacionadas, incluidas la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías, si bien existe mala fe, no hay pagos insolutos.

³ CSJ SL1358-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

En cuanto a la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, encuentra esta colegiatura que la demandante cumplió con su obligación probatoria, la que consistía en demostrar el despido (f.º 27), de su parte, era deber de la demandada y verdadera empleadora (Droguerías Olímpica S.A.) acreditar la justa causa alegada para poner punto final al vínculo, lo que en este punto brilla por su ausencia.

Así, se condenará solidariamente a las demandadas al pago de la indemnización por terminación unilateral e injusta del nexo contractual de que trata el artículo 64 del CST, suma equivalente a \$800.000.

Sin costas en esta instancia, en primera estarán a cargo de las demandadas. Tásense.

En consonancia con 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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral de Circuito de Valledupar, el quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017), dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DIRLEY PAOLA GAMERO GONZÁLEZ** contra la sociedad **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA S.A.** y solidariamente a la **PRESTADORA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAS (PRESE SAS).**

SEGUNDO: DECLARAR que entre Dirley Paola Gamero González y Supertiendas y Droguería Olímpica S.A. existió un verdadero contrato de trabajo vigente del 22 de julio de 2014 al 5 de mayo de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR solidariamente a **DROGUERÍA OLÍMPICA S.A** y la **PRESTADORA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAS (PRESE SAS)**, a cancelar la suma de \$800.000, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, como se indicó.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2015-00505-01
DEMANDANTE: DIRLEY PAOLA GAMERO GONZALEZ
DEMANDADO: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍA OLÍMPICA Y OTRO
DECISIÓN: REVOCA

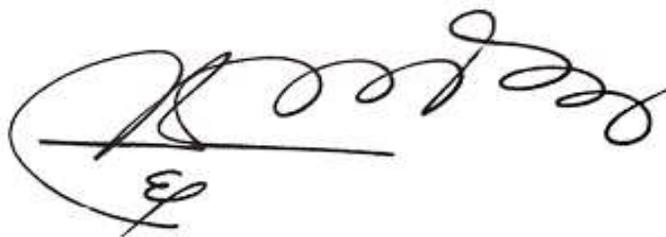
CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones a las demandadas.

QUINTO: Costas como se indicó en el presente proveído.

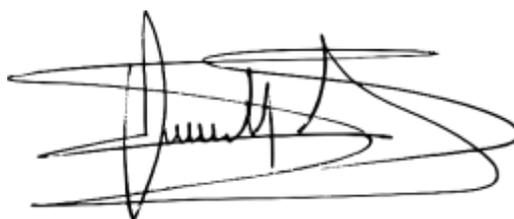
SEXTO: Una vez en firme el presente proveído, devuélvase la actuación a la oficina de origen para lo pertinente.

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 denominada COVID-19.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



ALVARO LÓPEZ VALERA
Magistrado