

Bogotá D.C. 19 SEP. 2016

1200000 - 164831

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado Ministerio No.: ID 95547 - 2016
Trabajador en Misión en Incapacidad Superior a 180 días

Respetado (a) Señor (a):

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, en la cual Usted indica que se contrató a un trabajador en misión a través de una empresa temporal, quien a los dos días de vinculación sufrió un accidente automovilístico, y cuya misión terminó a los 3 meses de haber sido contratado, señalando que al intentar desvincularlo, la temporal le informa que la empresa es responsable del trabajador, toda vez que fue contratado por solicitud de ellos, por lo que efectúa unos interrogantes acerca de dicha situación.

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto Ley 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos ni dirimir controversias.

1. *“El trabajador es nuestro o de la temporal”*

En materia de Empresas de Servicios Temporales, la Ley 50 de 1990 señala en el Artículo 71, lo siguiente:

“ARTICULO 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”. (subrayado fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, el Artículo 8 del Decreto 4369 de 2006, señala:

“ARTÍCULO 8. Contratos entre las Empresas de Servicios Temporales y la empresa usuaria.

Los contratos que celebren la Empresa de Servicios Temporales y la usuaria deben suscribirse siempre por escrito y en ellos se hará constar que las Empresas de Servicios Temporales se

sujeterá a lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo para efecto del pago de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores. Igualmente, deberá indicar el nombre de la compañía aseguradora, número de la póliza, vigencia y monto de la misma, con la cual se garantizan las obligaciones laborales de los trabajadores en misión.

La relación entre la empresa usuaria y la Empresa de Servicios Temporales puede ser regulada por uno o varios contratos, de acuerdo con el servicio específico a contratar.

Cuando se celebre un solo contrato, este regulará el marco de la relación, la cual se desarrollará a través de las órdenes correspondientes a cada servicio específico”.

Con fundamento en lo anterior, es claro que el objeto de las Empresas de Servicios Temporales es la celebración de contratos de prestación de servicios con empresas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades propias de éstas, mediante el envío de trabajadores en misión, quienes ejecutarán la labor contratada, teniendo presente en todo caso que estos trabajadores son contratados directamente por la empresa de servicios temporales y por tanto, es para todos los efectos la verdadera empleadora.

A partir de lo anteriormente señalado, se observa necesario diferenciar dos situaciones, a saber:

- a. La relación existente entre la Empresa de Servicios Temporales y los trabajadores en misión.
- b. La relación existente entre la Empresa de Servicios Temporales y la Empresa Usuaria.

Frente a la primera situación, debe señalarse que de acuerdo con el Artículo 71 de la Ley 50 de 1990, la empresa de servicios temporales es frente a los trabajadores en misión, verdaderos empleadores, de donde se desprende lógicamente, que la relación existente en este evento es de índole laboral.

En la segunda situación, debe señalarse que el vínculo contractual de orden civil o comercial es entre la empresa usuaria y la Empresa de Servicios Temporales, en virtud del contrato de prestación de servicios celebrado entre aquéllas; situación de la que se puede señalar que la relación existente entre el trabajador en misión y la empresa usuaria es simplemente una relación accidental y transitoria, sin que se origine entre las partes ningún vínculo laboral.

Así mismo, debe señalarse que toda persona jurídica organizada como Empresa de Servicios Temporales y cuya actividad sea el suministro de personal, deberá contar con la debida autorización de este Ministerio para su funcionamiento y para el ejercicio de su objeto, según lo estipula el Artículo 82 de la Ley 50 de 1990 y siguientes, so pena de las sanciones y multas impuestas por esta entidad en los términos del Artículo 93 de la citada ley.

La Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-774 de 2011, preciso lo siguiente:

“Esta Corporación reiteradamente, ha reconocido el carácter laboral de la relación jurídica entre el trabajador y la empresa de servicios temporales, destacando que subsiste mientras el usuario requiera de los servicios del trabajador o haya finalizado la obra para la cual fue contratado. Igualmente, ha puntualizado que cuando el usuario requiera de la contratación permanente del servicio de los trabajadores en misión, debe acudir a otra forma de contratación diversa a la que se cumple a través de dichas empresas.” (subrayado fuera de texto)

2. *“Debemos pedir permiso para el despido del Trabajador”*

De acuerdo con lo indicado anteriormente, se considera que los efectos derivados de las incapacidades y la configuración a favor del trabajador del fuero de estabilidad laboral reforzada, serían oponibles a la relación existente entre la Empresa de Servicios Temporales (en su condición de empleador) y los trabajadores en misión, y por el contrario inoponibles al vínculo civil o comercial existente entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, por lo cual la solicitud de autorización para el despido establecida en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 la debería tramitar la Empresa de Servicios Temporales en su calidad de empleador.

3. *“Somos solidarios frente al trabajador”*

Frente a este aspecto es importante precisar que el Artículo 82 y siguientes de la Ley 50 de 1990 señala que toda persona jurídica organizada como Empresa de Servicios Temporales y cuya actividad sea el suministro de personal, deberá contar con la debida autorización de este Ministerio para su funcionamiento y para el ejercicio de su objeto, so pena de las sanciones y multas impuestas por esta Entidad en los términos del Artículo 93 de la citada ley.

De igual modo cabe resaltar que en materia de restricciones en la contratación a través de Empresas de Servicios Temporales, el Artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, establece que su objeto es prestar temporalmente el servicio a las empresas usuarias pero sólo en los casos contemplados en la mencionada norma, dentro de los cuales se encuentran:

“1.- Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 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 periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.”

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el objeto de las Empresas de Servicios Temporales es colaborar al usuario temporalmente en el desarrollo de las citadas actividades, de forma temporal la que dependerá del servicio a contratar, es decir, cuando se trate de labores ocasionales, transitorias o accidentales podrá contratarse por 30 días, prorrogables por otros dos periodos, esto es hasta 90 días, según el Artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo. Si se trata para reemplazos en vacaciones, licencias o incapacidad, el servicio contratado corresponderá a lo que dure la novedad respectiva; y si se trata de incrementos de la producción, entre otros, la duración del servicio será de 6 meses, prorrogables hasta por 6 meses más, pues si cumplió su plazo más su prórroga, si la causa originaria del servicio específico subsiste en la empresa usuaria, no se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente EST para la prestación de dicho servicio.

Es necesario además destacar que la Empresa Usuaria ante la eventual omisión de la información en relación con la afiliación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral que debe realizar la Empresa de Servicios Temporales en el término previsto en el Artículo 13 del Decreto 4369 de 2006, no pone en conocimiento dichas inconsistencias a este Ministerio y/o a la Superintendencia Nacional de Salud la hará solidariamente responsable del pago de los aportes y de las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión de estos recursos.

Por otra cabe señalar que como en toda relación laboral se encuentra inmerso el principio de Primacía de la Realidad sobre las Formalidades ello de conformidad con el Artículo 53 de la Constitución Política, sin embargo cualquier controversia que se genere solo podrá ser definida por un Juez de la República, en esta línea la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia dentro del Expediente No. 39669 expidió la sentencia del 07 de mayo de 2014, en la cual expreso lo siguiente:

“... la Corte encuentra propicia la oportunidad para reiterar que cuando las empresas de servicios temporales utilicen su fachada para mimetizar vinculaciones laborales y defraudar a los trabajadores respecto de quiénes son sus reales o verdaderos empleadores, en realidad no ostentan aquella calidad, pues se convierten en simples intermediarias mientras que las empresas usuarias se convierten en la verdadera y directa empleadora con las condignas consecuencias económicas. Baste para ello recordar la sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, ratificada, entre otras, en la de 21 de febrero de 2006, rad. 25717, precisando ello sí, que tales consideraciones no se activan de manera automática bajo la simple argumentación de una secuencia contractual, que en verdad es lo pretendido por la censura.”

La presente consulta, se absuelve en los términos del artículo 28 la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRÍGUEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas
en Materia Laboral de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: María Teresa G.

Revisó y Aprobó: Dra. Ligia R / Dra Zully A.

C:\Users\mgill\Desktop\SEPTIEMBRE 2016\CONCEPTO MELBA REVISIONIRAD ID 95547 INCAPACIDAD MAYOR A 180 DIAS.docx