

Segunda parte

Discursos de ascenso
e ingreso como
Miembros de la
Academia Colombiana
de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia

RESPUESTA AL DISCURSO DE ASCENSO A MIEMBRO DE NÚMERO DEL DR. MIGUEL PÉREZ GARCÍA

Germán G. Valdés Sánchez*
Académico de número

Introducción

Ante todo debo señalar que para mí resulta muy honroso haber sido encargado de referirme al trabajo presentado por el Dr. Miguel Pérez García para acceder a la condición de “Miembro de número” de nuestra Academia Colombiana de Jurisprudencia, en especial porque el trabajo presentado por él proviene de una verdadera autoridad en las materias de la tercerización, la intermediación y el servicio temporal en Colombia, como quiera que lo ha estudiado y vivido por décadas, aportando constantemente desde el punto de vista conceptual para la resolución de las distintas polémicas que surgen de estos temas, mayoritariamente incomprensidos

* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor emérito y honorario de la misma universidad; allí, director de la especialización en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ha sido magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, presidente de la Sala Laboral de la misma, presidente de Corte Suprema de Justicia. Es autor de numerosos artículos y libros, entre ellos: *Comentarios al Régimen laboral individual colombiano*; Curso de procedimiento laboral; Análisis de la reforma laboral; Independencia judicial y seguridad jurídica: Ejes de la convivencia; Reflexiones sobre el derecho laboral en el siglo XXI. Es miembro del Colegio de Abogados del Trabajo, del Colegio de Abogados Rosaristas, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, del Instituto de Derecho Procesal, del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Contacto: germanvaldes@valdesabogados.co

por los sectores sociales que son posiblemente los que pueden resultar más favorecidos de su utilización.

Estas figuras representan formas legítimas de trabajo que, como tales, permiten el acceso para los ciudadanos que se vinculan por su conducto, a todos los derechos, beneficios y hasta privilegios, que emanan para todos los trabajadores de las normas de distinto rango en las que se condensan todas las expresiones tutelares del derecho del trabajo y de las leyes que lo materializan.

El estudio adelantado por el académico Pérez, como es propio de su versación en estas materias, nos permite acceder a unas reflexiones decantadas, partiendo de sus orígenes históricos, sobre estas formas o modalidades de gestión que permiten, a la par del apoyo laboral que se presta a terceros, facilitar una solución a los requerimientos de empleo que en el país ha mantenido niveles negativos muy altos y, consecuentemente, de efectos muy inquietantes en muchos de los aspectos más importantes del desarrollo de una sociedad, como pueden ser la equidad, la participación ciudadana en el desarrollo del país, la seguridad en sus distintos ángulos, la capacidad de demanda comercial y otros aspectos, en los que ocupa un lugar preponderante el de la formación y la capacitación.

La tercerización y sus modalidades

Como bien se anota en el estudio que origina la presente respuesta, la tercerización se concreta en la ejecución de actividades propias de un ejercicio empresarial, acudiendo al concurso de terceros, para obtener de ellos unos servicios u obras en las que su experticia y otros elementos, aseguren el adecuado resultado pretendido por el empresario que contrata esos servicios.

Puede concretarse por medio de distintas figuras o mecanismos, mencionados en el trabajo del académico Pérez, que tienen regulaciones y funcionamiento con características propias, entre las que se encuentran los simples intermediarios, los contratistas independientes, las cooperativas de trabajo asociados, las empresas asociativas de trabajo, los contratos sindicales y las empresas de servicios temporales, que son las de mayor presencia en el desarrollo empresarial del país, lo que le genera mayores cuestionamientos

por parte del sector sindical y, a su vez, la ha convertido en centro de conflictividad judicial que, de contera, da lugar a pronunciamientos judiciales en los cuales se involucran diversas manifestaciones conceptuales que originan los comentarios que se involucran a continuación.

Aportes conceptuales sobre la figura de las Empresas de Servicios Temporales

En el trabajo del Dr. Miguel Pérez se encuentra dicho prácticamente todo lo que conceptualmente se puede señalar en torno de la figura de las Empresas de Servicios Temporales. Con todo me permito adicionar algunos conceptos y anotaciones que se encuentran expresados en el libro *Derecho laboral individual* de mi autoría, los cuales han sido incluidos en demandas de casación sin que hayan obtenido una respuesta puntual sobre el particular.

En el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 se señalaron los casos para los que se considera admisible la utilización de los servicios de las Empresas de Servicios Temporales, y se incluyeron en tres numerales los siguientes eventos:

1. Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, labores que por disposición de dicho artículo no pueden superar un mes, con lo cual queda claramente concretada la temporalidad del servicio.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, eventos en los que su propia naturaleza y finalidad permiten identificar su temporalidad, pero que pueden no ajustarse a las limitaciones que han señalado las expresiones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, a lo cual se hará referencia más adelante.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales y de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Para la jurisprudencia los eventos en los que se puede acudir a las Empresas de Servicios Temporales son solamente tres, y aquí se ubica el primero de los desatinos en los que han incurrido las Altas Cortes. Es cierto que dichos eventos se encuentran plasmados en el marco de tres numerales, pero la realidad es que en el numeral 3º se incluyen dos eventos muy diferentes por muchas razones, lo que lleva a pensar que en realidad son cuatro las causales que permiten acudir a los servicios que ofrecen las Empresas de Servicios Temporales.

En el numeral 3º, señalado anteriormente, se incluyen en su inicio unos casos en los cuales se puede entender que la duración del servicio es eminentemente temporal, porque el incremento de la producción, las ventas o el transporte, suponen unos eventos por fuera del desarrollo ordinario de una actividad empresarial, por lo que es deducible que como eventos especiales tendrán una duración precaria. Lo relacionado con los periodos estacionales y de cosechas, dado que dependen de la evolución de la naturaleza, igualmente son asociables con actividades que no pueden alcanzar la permanencia y por ello su temporalidad es fácilmente aceptable.

Pero resulta que en la parte final de tal numeral 3º se adicionó un evento que no guarda las mismas características de temporalidad que identifican todos los eventos de los numerales 1º y 2º e inclusive, los de la primera parte del numeral 3º, porque a tal evento no se le identifica por medio de una actividad específica, sino que se alude a lo más genérico del trabajo como es “la prestación de servicios”, vale decir, todo lo que suponga una actividad en favor o beneficio de otro.

Por eso, porque ese último evento, incluido forzosamente y es posible que en forma camuflada en el numeral 3º, por no relacionarse con una actividad concreta, su temporalidad tuvo que ser definida normativamente por medio de un plazo que fue fijado en seis meses, aunque prorrogable por seis meses más.

Entonces se tiene, que mientras los eventos señalados en los numerales 1º, 2º y la parte inicial del 3º, se encuentran supeditados a una condición, sea la ocasionalidad de la labor, la duración de los reemplazos o la intensidad de los incrementos, el evento incluido en la parte final del numeral 3º no depende de una condición y por eso, como ya se anotó, tuvo que ser so-

metido a un plazo, lo cual ya muestra una significativa diferencia con los eventos señalados en los apartes anteriores de la norma.

Pero resulta que la indefinición de lo que significa “la prestación de servicios”, llevó a que los ofrecimientos de las Empresas de Servicios Temporales resultaran aplicables para atender cualquier clase de actividad, así ella fuera permanente en el marco de la actividad de la empresa, lo que permitió excesos en el uso de este mecanismo, con los consecuentes abusos desbordantes del marco normativo, acudiendo a figuras no prohibidas, pero tampoco previstas en la ley como parte del marco admitido para acudir a este mecanismo de obtención de personal.

Lo anterior, como era previsible, motivó discrepancias y dio lugar a reclamos por parte de los trabajadores en misión, que desembocaron en conflictos judiciales que al ser desatados llevaron a pronunciamientos de las Altas Cortes, según los cuales, dicho en forma sintética, la vinculación de los trabajadores en misión, que son los que facilitan las Empresas de Servicios Temporales, no podía extenderse más allá de un año, por lo que si la vinculación se prolongaba más de ese límite debía entenderse que por desbordar el plazo legal, debía entenderse que el vínculo del servidor como trabajador en misión resultaba ilegítimo, pero como había prestado un servicio para el que se contrató con la Empresa de Servicios Temporales, resultaba como conclusión que la relación laboral se había configurado en realidad con la empresa usuaria. Se agregó, en forma por demás lógica, que como se había presentado la mediación de una Empresa de Servicios Temporales para que el inicialmente trabajador en misión, llegara a la que pretendió ser empresa usuaria, a la Empresa de Servicios Temporales se le debía tener como simple intermediaria en el nexo entre el trabajador y la empresa que recibió sus servicios, por lo que resultaba solidariamente responsable de la atención de todos los derechos que resultaron configurados en cabeza del trabajador, dado que en el momento de la vinculación no había informado de su condición de simple intermediario, lo cual es obligatorio para liberarse de la condición de deudor solidario.

Si bien el pronunciamiento de las Cortes, que se ha generalizado para todos los conflictos en los que se debate la misma causa, partió del contenido de la parte final del numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 resultó asumido con una proyección genérica respecto de todo el contenido de este

artículo, por lo que al final se ha entendido, con base en lo señalado por la jurisprudencia, que en ningún caso un trabajador en misión puede estar vinculado a una empresa usuaria más de un año, y, si supera tal límite, se configura un contrato real entre tal trabajador y la empresa que ha recibido sus servicios.

Esto es, un pronunciamiento construido a partir de un contrato sometido a plazo resultó extendido a los eventos en los que el contrato se encuentra sujeto a una condición, como son los otros tres eventos señalado en la norma, con lo cual las condiciones de esas otras causales terminaron supeditados también al plazo de un año, lo cual no es acertado, dado que una de las condiciones que permiten acudir al apoyo de una Empresa de Servicios Temporales, aunque ordinariamente no se extienden mayormente en el tiempo, pueden sobrepasar el plazo de un año.

Ocurre, por ejemplo, en el caso de una licencia que se le otorga a un trabajador, posiblemente del nivel ejecutivo, para el perfeccionamiento de su formación profesional, sea en el país o fuera de él, para lo cual, probablemente, requerirá más de un año. Si el trabajador en misión no puede superar el año de vinculación, habría que acudir a un segundo trabajador en misión, y asumir la que significa el proceso de entrenamiento y aprendizaje de la función, que el anterior ya tenía debidamente decantado.

También puede suceder en el caso de un reemplazo para un trabajador que se encuentra incapacitado por un tiempo importante, dado que su recuperación es prolongada, o al que se le prolongan las incapacidades más allá de un año porque no ha sido posible su adecuada recuperación. En este caso, también habría que acudir a un nuevo reemplazo por medio de otro trabajador en misión, con la carga para la empresa usuaria de asumir la formación y preparación del nuevo trabajador en misión.

En síntesis, se puede decir que no ha habido un estudio suficientemente juicioso, por parte de la jurisprudencia, de la figura de la vinculación de trabajadores por medio de las Empresas de Servicios Temporales. Aunque se han emitido pronunciamientos valiosos, el que no haya habido una distinción entre los eventos en que se puede acudir a este servicio para atender una situación supeditada a una condición de los que se encuentran supeditados a plazo es inquietante, porque se han generalizado pronun-

ciamientos que no son aplicables, al menos conceptualmente, a todos los eventos señalados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

La propuesta incluida en el proyecto de Reforma

Como es bien conocido, el Gobierno actual por conducto de la ministra del trabajo presentó un proyecto de “Ley Reforma Laboral” que denominó “Trabajo por el Cambio”.

El contenido del proyecto resulta verdaderamente inquietante, no porque en algunas partes se regrese a una normatividad anterior, lo que aparece propuesto en una forma que puede considerarse irreflexiva, sino porque no es fácil identificar si se trata de un nuevo código laboral, o se dirige a proponer el Estatuto del Trabajo al que se refiere el artículo 53 de la Constitución, o si solamente es una reforma parcial de algunas figuras propias de la relación laboral. Su estructura es confusa, su redacción por apartes es infortunada, y además asume regulaciones que no se aprecian necesarias en las condiciones laborales y económicas del país.

Aunque no es del caso incluir ahora un análisis del proyecto, cabe señalar como guía de su contenido algo que parece inquietante, como es la modificación del artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo, dado que esa norma, que data de 1950, es un modelo de acierto y de equidad, absolutamente necesarios en las relaciones de trabajo subordinado.

Dice este artículo: “La finalidad de este código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos (hoy se lee empleadores) y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

Es difícil lograr una definición más acertada para el objetivo de una normatividad laboral, pero en el proyecto no proponen una subsidiaria, sino que la eliminan y la reemplazan por unos principios que, en su mayoría, ya se encuentra en la Constitución, por lo que su inclusión en este estatuto, que es de inferior jerarquía que la Carta Política, resulta por lo menos inane.

Se incluyen una sucesión de cambios y de nuevas figuras muy tutelares del sector sindical y, consecuentemente, muy gravosas para los empleadores, quienes, muy probablemente, buscarán los medios para que esas propuestas

no se hagan realidad y, si se materializan, buscarán como compensar el efecto económico negativo que de ellas se derivan para el sector de los empleadores.

Parece que en la propuesta hay un exceso de proyección tutelar que olvida que la relación laboral subordinada gira en torno de un contrato de trabajo, por lo que es imprescindible tener en cuenta los intereses de ambas partes; dado que una verdad absoluta en este campo es que para que haya trabajadores subordinados, es necesario que haya empleadores, por lo que afectar en materia grave a las empresas, repercute en la afectación de las fuentes de empleo. Esto es, los más afectados pueden ser los que conforman la base de quienes derivan su sustento de la posibilidad de prestar sus servicios bajo una subordinación jurídica.

Pasando en concreto al tema de las Empresas de Servicios Temporales, el proyecto no incluye ninguna adición o modificación o aclaración respecto del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que es el que se ha tomado como base para las consideraciones que se incluyen en el presente estudio, en los aspectos en los que se considera que existen inconsistencias. Esto significa, que no repara en esas inconsistencias a las que se hizo referencia anteriormente respecto del entendimiento y aplicación de tal disposición, luego muy probablemente la situación ambigua a la que se hizo referencia seguirá en las mismas condiciones.

Pero sí le agrega tres párrafos, con algunas fallas de redacción, con los cuales pretende restringir el uso de los servicios de las Empresas de Servicios Temporales, para que por medio de los trabajadores en misión no se atiendan “actividades y necesidades permanentes de la empresa o establecimiento”. Surge de bulto la inconsistencia de dicha prohibición, porque, como es obvio, si, por ejemplo, se acude a un trabajador en misión para que reemplace a un empleado durante sus vacaciones, incapacidades o licencias, ese trabajador en misión va a asumir las tareas del reemplazado que, naturalmente, venía trabajando en la atención de “actividades y necesidades permanentes de la empresa”. Algo similar sucede cuando se atiende un incremento en la producción, las ventas o el transporte.

Se dice en el párrafo 2 que ahora se propone, que “cuando se excediere los límites temporales fijados en los numerales 1, 2 y 3 de este artículo”

(se refiere al 77 de la Ley 50 de 1990), sin reparar en que en los numerales 1 y 2 no se fija ningún límite temporal y que el único límite de tiempo se encuentra en la parte final del numeral 3°.

Se incluyen unas medidas sancionatorias para las empresas usuarias que incumplan las prohibiciones que se establecen en el proyecto en la materia de la cual se trata en estas reflexiones, que suponen la ineficacia de la terminación del contrato del trabajador en misión involucrado en la situación que se considere prohibida, y hasta la pérdida de la licencia para operar para la Empresa de Servicios Temporales que resulte infractora.

Limito estas notas sobre el proyecto de reforma laboral a los anteriores comentarios, dado que es probable y deseable que la reforma no sea aprobada en estos aspectos incluidos tan a la ligera por la señora ministra. Claro que hay aspectos con acierto, pero la realidad es que en su mayoría no es un proyecto diseñado en favor de la clase trabajadora, la cual está conformada no solamente por los que tienen un trabajo subordinado, sino también por los trabajadores informales, los subempleados y, especialmente, por los que carecen de empleo. Es un proyecto que recoge los intereses del sector sindical que solamente reúne el 5% de los que tienen trabajo formal, lo cual es indicativo de lo desubicado que resulta el proyecto que se esperaría que comenzara por promover figuras que estimulen la creación de empleo, con el fin de incrementar la empleabilidad y consiguientemente, disminuir la tasa de desempleo del país que es muy preocupante.

Si el propósito es proteger y ayudar a una base lo más amplia posible de trabajadores, se insiste en que lo fundamental es estimular la creación de fuentes de trabajo, para lo cual hay que pensar en los potenciales empleadores y no intimidarlos con medidas que los atemorizen y los distancien de la idea de crear empresa.

Dejo aquí estas reflexiones repitiendo mi reconocimiento al trabajo presentado por el Académico Miguel Pérez, y agradeciéndole de nuevo la deferencia que para mí representa el haberseme asignado la oportunidad de estudiar sus aportes en una materia de la mayor importancia para el desarrollo laboral de nuestra sociedad.