

ACLARACIONES SOBRE LA TERCERIZACIÓN Y LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Antecedente

Decreto

Artículo

Ley

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

MITOS

DEFINICIONES

CONTRADICCIONES



ACOSSET

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE
EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

Ante las confusiones que se vienen presentando de tiempo atrás con los conceptos de tercerización de bienes y de servicios y la laboral, que se acentuó con la expedición del decreto 583 de 2016, hemos considerado conveniente, con el fin de brindar elementos de juicio que faciliten entender la diferenciación de estas dos clases de tercerización, presentar para su consideración y análisis cinco documentos relacionados con el tema:

1. Cinco mitos sobre las empresas de servicios temporales
2. Contradicciones y equívocos a que dio lugar el decreto 583 de 2016 sobre tercerización laboral
3. Suspensión provisional de las definiciones básicas que dio ese decreto con respecto a este tema, por parte del Consejo de Estado
4. Aspectos esenciales de la sentencia del Consejo de Estado del 19 de febrero de 2018, en que distingue la intermediación laboral y la tercerización.
5. Derogatoria del decreto 583 de 2016

Esperamos que esta compilación contribuya a aclarar un tema de vital importancia para el adecuado enfoque y manejo de la tercerización y la intermediación laboral en el país.

Atentamente,

Miguel Pérez García
Presidente Ejecutivo
ACOSSET



Cinco mitos sobre las empresas de servicios temporales

1. Empresas temporales: No son empresas temporales, estas empresas tienen permanencia y son sociedades que duran en el tiempo, de ahí, que se deben llamar EST, porque lo que prestan es un servicio de colaboración en actividad de terceros.

2. Trabajador temporal: Se debe llamar trabajador en misión como la ley lo prevé, porque son unos trabajadores contratados directamente por su empleador que es la EST, tienen contrato laboral con todas las garantías de ley y pueden ser permanentemente rotativos en los servicios de colaboración, esos sí temporales, en la actividad misional de usuarios terceros contratantes del servicio.

3. Se cree que un empleo a través de una EST solo durará un año : No es así, porque lo temporal no es el trabajo, lo temporal es el servicio, el evento que se da en el usuario contratante en la actividad que este desarrolla; el trabajador tiene un contrato laboral directo con EST y puede tener un contrato permanentemente rotativo con la EST del servicio que presta.

4. Precariedad del trabajador en la EST: De ninguna manera, precisamente es un mecanismo formal de trabajo en Colombia, el único previsto en la ley para poder manejar trabajadores misionales, con todas las garantías del Código Sustantivo del Trabajo porque son contratados por contrato laboral directo por un empleador que por ley es la EST y no se debe confundir con un trabajo temporal a un año porque eso sería ir en contravía del derecho al trabajo ¿Quién ha dicho que un trabajador en misión no puede laborar sino un año? eso no lo dispone ni la ley ni nadie lo puede sustentar seriamente.

5. Tercerización igual a intermediación laboral: Son totalmente diferentes. Cuando la legislación colombiana utiliza el término tercerización, se refiere a la de bienes y de servicios como resultado final, se presenta cuando se contrata el término de la elaboración de un producto o la prestación de un servicio. Intermediación laboral, se entiende como el envío de un trabajador en misión a un tercero. Por eso la ley y la jurisprudencia cuando tratan de intermediación laboral se refieren al envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en el desarrollo de sus actividades misionales y para esto las únicas autorizadas en Colombia, son EST a través del trabajador en misión.

Contradicciones y equívocos del decreto 583 de 2016, sobre tercerización laboral

El gobierno nacional estaba empeñado en expedir un Decreto que encausara el desorden que se ha venido presentando en la llamada tercerización laboral, ocasionado por la incursión que tuvieron las Cooperativas de Trabajo Asociado en el manejo de los trabajadores misionales en contravía de las leyes y normas que las regulan, lo que generó no poca alteración en el manejo de los trabajadores que fueron incorporados al régimen solidario como asociados, por fuera del régimen laboral, cuando en realidad se les estaban burlando sus derechos como trabajadores asalariados, que era la función que realmente desempeñaban.

1. Antecedentes Frente a esta problemática, que en lugar de disminuir se ha venido acentuando con la utilización de trabajadores misionales bajo variadas figuras no habilitadas legalmente para ello como el caso, entre otros, del Contrato Sindical y de los ahora llamados *outsourcing* de personal y los contratistas, lo que ha dado lugar a confusiones en el mismo concepto de lo que se debe entender por tercerización de servicios y de producción de bienes y la tercerización laboral, lo que ha dado lugar a situaciones anómalas en el manejo del recurso humano, a las que el Gobierno no ha podido enfrentar con la claridad que requiere este tipo de situaciones para evitar abusos.

1.1. Artículo 63, Ley 1429/2010 Dado el grado de precarización del empleo que se fue dando paulatinamente con la ilegal utilización de las Cooperativas de Trabajo Asociado y otras formas asociativas o sociedades comerciales para flexibilizar el manejo del recurso humano, se buscó reorientar el tema a través del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 que aclaró, para salirle al paso a la desviación detectada, *que el personal requerido en toda institución y/o empresa pública o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de cooperativas de servicio de trabajo asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales, consagrados en las normas laborales vigentes.*

Este artículo, llamado a reorientar el tema, causó cierta confusión al utilizar una terminología desconocida en nuestra legislación para referirse al envío de trabajadores a terceros como una actividad de intermediación laboral, que hasta ese momento estaba definida en la legislación para dos actividades diferentes a la mencionada como eran, la del intermediario del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, relacionada con la contratación directa de un trabajador para prestar servicios a un tercero quien realmente actúa como empleador, ya que se contrata para él y no para quien intermedia, y la intermediación de empleo, mal llamada laboral, del artículo 95 de la Ley 50 de 1990, que se refiere a un servicio de apoyo y colaboración para el empleo que se realiza a través de las Agencias de Colocación o Empleo, y que no da lugar al surgimiento de vínculo laboral alguno entre la agencia que intermedia y el demandante del servicio, que es quien contrata directamente al trabajador.

En el artículo que estamos comentando, también se utiliza otro término sin antecedentes en nuestra legislación, como es el de actividades misionales permanentes, que en la práctica es otra forma de designar lo que tradicionalmente se ha conocido como el objeto social de una empresa, ya que expresa lo propio y característico del quehacer de una sociedad comercial, pudiéndose considerar las dos denominaciones como equivalentes.

Con el fin de que los abusos detectados en las Cooperativas de Trabajo Asociado como intermediadoras de trabajadores no fueran objeto de otras formas asociativas o societarias no habilitadas legalmente para la intermediación laboral, el artículo en comento agregó la prohibición a esas otras alternativas, manifestando genéricamente, que ese envío de trabajadores a terceros no podría darse *bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, laborales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.*

1.2. Decreto 2025/2011 Frente a las confusiones generadas por el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, se expide el Decreto Reglamentario 2025 de 2011, que en su artículo primero establece el alcance de lo que se debe entender por intermediación laboral para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 a que nos estamos refiriendo, aclarando que esta debe entenderse *como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones*, expresando a continuación, *que esta actividad es propia de las Empresas de Servicios Temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006* (Incluido en el Decreto 1072 de 2015), lo que deja sustentado que esta clase de intermediación denominada laboral, no está permitida a las Cooperativas y Precoperativas de Trabajo Asociado, y por ende, es una actividad que legalmente no pueden desarrollar otro tipo de entidades del sector solidario o sociedades comerciales que vulnerarían en ese caso, derechos constitucionales, legales y prestacionales de las normas laborales vigentes, porque constituyen formas de vinculación no autorizadas para hacer intermediación laboral en los términos en que esta debe entenderse, de acuerdo con el artículo 63, ya citado, y el artículo 1° del Decreto 2025 de 2011.

Siendo coherente con el alcance que se le debe dar a la intermediación laboral percibida de acuerdo a lo ya descrito, el artículo 1° del Decreto 2025, define lo que se debe entender por actividad misional permanente para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, es decir, para la intermediación laboral, comprendida como envío de trabajadores en misión, *como aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.*

En este contexto queda claro, que tanto la Ley como su Decreto Reglamentario se están refiriendo a la flexibilización del manejo de recurso humano con todas las garantías de Ley por la vía de la intermediación laboral, entendida esta como el envío de trabajadores en misión, labor que la ley da en exclusiva a las Empresas de Servicios Temporales con el fin de garantizar la debida protección de los derechos del trabajador misional rotativo, con un empleador directo que responde por todos sus derechos laborales, como lo son las Empresas de Servicios Temporales por mandato de la misma Ley (art. 71, Ley 50 de 1990).

Esto nos indica que este tipo de servicio de colaboración temporal en actividades de terceros usuarios, que se concreta a través del envío de un trabajador en misión, obedece a lo que la OIT califica como subcontratación¹ de mano de obra, sobre lo cual expresa que en este caso *“el objetivo único o predominante es el suministro de mano de obra (y no de bienes y servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere.”*².

Esta subcontratación la distingue la OIT claramente de la que califica como subcontratación de servicios y producción de bienes, que define como aquella *“mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos”*³.

1 Término equivalente a tercerización, outsourcing y externalización.

2 Informe VI (1) Trabajo en Régimen de Subcontratación, CIT 85 (1997)

3 Informe VI (1) Trabajo en Régimen de Subcontratación, CIT 85 (1997)

1.3. Decreto 583/2016 Con estos antecedentes, al analizar el Decreto 583 de 2016 expedido para fijar las reglas que garanticen el cumplimiento de las normas laborales en los procesos de tercerización, y hacer más eficiente e integral la inspección laboral, no se entiende la asimilación que se da entre la tercerización de servicios y producción de bienes y la tercerización laboral, produciéndose una confusión generalizada frente a las disposiciones que teóricamente pretende aclarar.

En efecto, el Decreto define, - con el objetivo de poner un referente para la objetiva aplicación de las normas laborales vigentes en los procesos administrativos de inspección, vigilancia y control de todas las modalidades de vinculación diferentes a la contratación directa del trabajador por parte del beneficiario-, la tercerización laboral, entendiéndose por tal, *los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.* (numeral 6, art. 2.2.3.2.1, D. 1702 de 2015; art. 1, D.583 de 2016).

Con este novedoso concepto de tercerización laboral, el beneficiario viene a ser *la persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o la prestación de un servicio por parte de un proveedor*, considerándose a este como aquella *persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes y servicios al beneficiario bajo su cuenta y riesgo*, (numeral. 4., art. 2.2.3.2.1., D. 1072 de 2015; art. 1., D. 583 de 2016).

Hasta donde tenemos entendido, fuera de la vinculación de trabajadores asalariados por medio de una contratación directa de acuerdo con las modalidades previstas en los artículos 6, 45, 46 y 47 del Código Sustantivo de Trabajo o de las modalidades establecidas para el sector solidario de la economía del trabajador asociado o cooperado, no conocemos otras modalidades de vinculación de trabajadores por parte de un beneficiario y menos para ser utilizados directa o indirectamente para la producción de un bien o la prestación de un servicio, con el agravante de que no son suministrados por quienes tienen la especialización y aprobación legal para esta “intermediación laboral” con la garantía plena de derechos, sino que se traslada el suministro de trabajadores a un tercero proveedor que se define en el decreto *como la persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo* (numeral 4., art. 2.2.3.2.1., D.1072 de 2015; art. 1 ,D. 583 de 2016). O se es proveedor de servicios y producción de bienes o de trabajadores, pero no de todos a la vez.

Como lo manifestamos, cuando el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, se refiere a otras modalidades de vinculación, lo hace en el contexto de formas societarias o solidarias como el caso de las Cooperativas de Trabajo Asociado que no están habilitadas legalmente para hacer intermediación laboral y manejar trabajadores misionales o hacer tercerización laboral,-a las que se refiere de forma genérica *como otras formas de vinculación*; léase Contrato Sindical, *outsourcing* de personal, contratistas independientes, etc. -, pero no está creando ni estableciendo formas de vinculación de trabajadores diferentes a las ya reguladas de contratación directa o formas asociativas previstas en el Código Sustantivo del Trabajo y en la legislación del sector solidario de la economía.

Partiendo de esta premisa, las definiciones que se dan confunden e integran conceptos que corresponden a tercerización de servicios o producción de bienes con tercerización de recurso humano o suministro de personal, como lo podemos corroborar con la definición que se da del contratista independiente, cuya naturaleza jurídica está relacionada con la contratación de un servicio o producto como resultado final por parte

de un tercero, distorsionándose esta naturaleza jurídica al definirse la tercerización laboral en función de los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, en este caso el Contratista Independiente, que quedaría así habilitado para hacer intermediación laboral sin que la ley, *per se*, se lo permita. (numeral 1 y 6, art. 2.2.3.2.1., D.1072 de 2015; art. 1, D. 583 de 2016).

La anterior definición, si se compara con la que se da a renglón seguido del simple intermediario del art. 35 del CST, salta a la vista que nos encontramos frente a una situación jurídica completamente diferente, en la que se presenta la contratación directa de los servicios de un trabajador para ejecutar labores en beneficio y por cuenta exclusiva de un tercero, quien ejerce realmente las funciones de empleador; aquí de lo que se trata es de la intermediación propiamente dicha en la vinculación laboral de un trabajador y no de una tercerización de servicios o producción de bienes, como en el caso del Contratista Independiente.

¿La tercerización laboral son los procesos de un proveedor para que un beneficiario obtenga bienes y servicios? Qué relación tiene con ello la tercerización laboral o intermediación laboral que se refiere es al trabajador y no a bienes y servicios, confundiendo en la misma definición las dos tercerizaciones que tan claro distingue la OIT y la legislación colombiana, en la que la tercerización de servicios y producción de bienes está prevista para el caso de los Contratistas Independientes (CI), las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), las Empresas Asociativas de Trabajo (EAT), y el Contrato Colectivo Sindical (CCS). Basta con solo revisar el objeto social de cada una de estas figuras para constatarlo⁴.

La definición de tercerización laboral que da el decreto⁵, que ya comentamos, contradice lo que el mismo decreto quiere aclarar en relación con lo dispuesto en las normas a que ya hicimos referencia, de que la intermediación laboral, que para el caso debe entenderse como el envío de trabajadores en misión, que son aquellos que una Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de los beneficiarios (usuarios) para cumplir la tarea o servicio contratado por estos; ¿cuál servicio? el temporal de colaboración para el desarrollo de su actividades misionales permanentes, de acuerdo con lo definido en el numeral 3 del mismo decreto en comento, que expresa a renglón seguido, que lo anterior debe aplicarse en concordancia con la exclusividad que le corresponde a las Empresas de Servicios Temporales para hacer intermediación laboral, entendida esta, *como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones*. (numeral 3., art. 2.2.3.2.1. y art. 2.2.8.1.41., D.1072 de 2015; art. 1. D583 de 2016)

Pero el asunto se torna aún más grave cuando se confronta la definición que da el decreto de tercerización laboral en función de beneficiarios y proveedores de bienes o servicios, cuando se hace una relación amplia de personas jurídicas, societarias y solidarias, al igual que personas naturales, quedando habilitado todo el mundo para

hacer tercerización laboral, aún en contravía de la abundante normativa vigente en Colombia, que establece objetos definidos para quienes prestan servicios o producen bienes, con sus propios recursos humanos y financieros, con total autonomía administrativa y de gestión, y quienes realizan propiamente tercerización laboral, bajo el término equívoco de intermediación laboral. (numeral. 4. y 6., art. 2.2.3.2.1., D.1072 de 2015; art. 1., D.583 de 2016)

Hechas estas aclaraciones, la confusión del decreto se acentúa aún más al reseñar los elementos indicativos que deben tener en cuenta los inspectores del Ministerio del Trabajo para la imposición de sanciones, que tienen relación con una genérica tercerización ilegal, que no se sabe si se trata de la de servicios o producción de bienes o de la propiamente laboral, que se convierten en factor de mayor incertidumbre frente al caos laboral que ya estamos viviendo. (art. 2.2.3.2.3. D. 1072 de 2015; art. 1., D. 583 de 2016).

Para “orientar a los funcionarios, los elementos indicativos que se relacionan para detectar una tercerización ilegal, se vuelven irrelevantes, porque cualquier persona jurídica, pública o privada, o persona natural, quedó habilitada, de acuerdo con la definición que da el decreto de proveedor, para hacer tercerización laboral, bajo una nueva modalidad que desconoce lo propio de la naturaleza jurídica de cada figura.

Basta con analizar algunos de los numerales “indicativos” para detectar que la intermediación laboral, entendida como tercerización laboral, quedó subsumida en la tercerización de

4 CI, Dto. 2127/45 y Artículo 34, Código Sustantivo del Trabajo; CTA, Ley 1233/08, D.4588/08, D. 2025/11; EAT, Ley 10/91, D.1100/92; CCS arts. 482-484 CST y arts. 2.2.2.1.16. al 2.2.1.32., D. 1072/2015; art. 1, D.036/2016

5 numeral 6. Art 2.2.3.2.1. D.1072/2015; art 1., D583/2016

servicios o producción de bienes, con las contradicciones que una amalgama de este tipo trae consigo, lo que se puede corroborar con el análisis de algunos de esos “indicativos”, como los siguientes:

a. Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que se realizaban para el beneficiario y los trabajadores no fueron expresamente informados por escrito. (numeral 1., art 2.2.3.2.3., D.1072/2015; art. 1., D583/2016).

Bajo el ropaje de un proveedor de servicios, el beneficiario puede disponer de personal para sus labores, incluso las realizadas por sus trabajadores de planta, siempre y cuando se les informe por escrito sobre el particular, comunicación que eventualmente podría ser la carta de terminación del contrato, para luego ser contratado por un proveedor, de acuerdo con el nuevo y novedoso concepto de tercerización laboral.

b. El Decreto 2025 de 2011, con el objetivo de salirle al paso a los abusos que en el manejo de la intermediación laboral se presentaban por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado, dispuso en el literal c. del art. 3, que estas debían tener la propiedad y autonomía en el uso de los medios de producción y en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten, situación similar a la que se debe presentar en un Contratista Independiente o en figuras como la del Contrato Sindical.

Ahora, - de acuerdo al numeral 4 del art 2.2.3.2.3., del Decreto 1072 de 2015, recogido en el artículo 1°. del Decreto 583 de 2016-, se omite la palabra propiedad, quedando solo la de autonomía, permitiéndose así a los trabajadores suministrados por el proveedor, laborar en la sede del beneficiario, pudiendo este adelantar *otras actividades de coordinación que considere necesarias para el adecuado desarrollo del contrato*, desvirtuándose así la subordinación que compete al proveedor de impartir instrucciones de modo, tiempo y lugar, (numeral 5, art. 2.2.3.2.3., D.1072 de 2015; art. 1., D. 583 de 2016), presentándose un híbrido con una subordinación delegada “a medias”, con un trabajador que se vincula a un proceso o subproceso de un tercero, que no es su empleador.

Tan clara queda la abolición de la intermediación laboral legal a través de los trabajadores misionales, que el decreto dispone como otro indicativo para detectar tercerización ilegal, *que a los trabajadores que trabajan para el beneficiario no se les otorguen por parte del proveedor iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades.* (numeral 8., art.2.2.3.2.3., D.1072 de 2015; art. 1., D.583 de 2016).

Se crea una nueva modalidad en que un proveedor, persona natural o jurídica sin mayores requisitos, suministra trabajadores a un beneficiario que antes los tenía contratados directamente, sustituyéndose así trabajadores de planta por los suministrados por el proveedor, con el único requisito de que se les otorguen, por parte de este, iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario, para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades.

Cualquier comentario sobra para detectar que por esta vía la contratación directa entra en una delicada fase de desestimulación frente a una tercerización laboral abierta, generalizada y sin requisitos especiales para proteger derechos laborales y prestacionales. La sola mención de que el proveedor *que no realice el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales oportunamente o no cumpla con las obligaciones en materia de seguridad social, o que el beneficiario y el proveedor incurran en conductas violatorias de las normas laborales vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une*, podrían dar lugar a que se configure una tercerización laboral ilegal, (numerales 6 y 9, art. 2.2.3.2.3., D.1072 de 2015; D.583 de 2016), lo que no garantiza nada, en especial cuando en el decreto en comento se explicita, que *los elementos indicativos anteriormente enunciados no constituyen conductas sancionables por tercerización ilegal por sí mismos, sino elementos para orientar las investigaciones en actuaciones administrativas de las autoridades en la identificación de conductas sancionables por tercerización ilegal.* (último párrafo, art. 2.2.3.2.3., D.1072/2015; art. 1., D.583 de 2016).

El consejo de estado y la suspensión provisional de las definiciones del decreto sobre tercerización laboral

La reciente suspensión provisional de los apartados esenciales del Decreto 583/2016 sobre tercerización laboral por parte del Consejo de Estado frente a la demanda presentada por ACOSSET, da un paso importante en la aclaración de lo que debe entenderse por intermediación laboral, entendida como el envío de trabajadores a terceros para colaborarles temporalmente en el desarrollo de sus actividades, omitiéndose para ello el término tercerización laboral, extraño a la legislación colombiana y utilizado por primera vez en el decreto mencionado.

El fallo del Consejo de Estado para decretar la suspensión provisional se centra en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto (583/2016), que confunden la tercerización de bienes y de servicios con la intermediación laboral, asimilándolas para definir la tercerización laboral, convirtiéndose de esta manera el envío de trabajadores a terceros en un elemento integrado a este tipo de tercerizaciones, desvirtuándose así la verdadera naturaleza que corresponde a la intermediación laboral.

En ese contexto queda clara la contradicción de ese nuevo enfoque con lo que dispone el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que pretende reglamentar, la cual se refiere de manera específica a la prohibición a las Cooperativas de Trabajo Asociado de hacer intermediación laboral, entendida esta como el envío de trabajadores en misión a terceros, al igual que a otras formas de vinculación que afecten los derechos constitucionales y laborales, formas de vinculación que deben entenderse en el contexto del artículo en relación con modalidades de intermediación laboral no autorizadas por la ley, como viene ocurriendo de tiempo atrás con Cooperativas de Trabajo Asociado, Contratistas Independientes, y más recientemente figuras como el Contrato Sindical, entre otras.

Asimilar lo expresado por el artículo 63 en comentario, con otras modalidades de vinculación indirecta de trabajadores como está ocurriendo en algunos casos, va en contravía de las normas vigentes que tienen claramente reguladas las modalidades de vinculación de trabajadores asalariados por vía directa con su empleador a través de contratos a término indefinido, término fijo, por obra o labor determinado y por labores ocasionales o transitorias, o por medio del sector solidario de la economía con las características propias de un trabajador cooperado al que le aplica un régimen especial por fuera del laboral. Plantear otras modalidades de vinculación de trabajadores carece de fundamento.

Ante esta situación cabe preguntarse ¿quiénes están autorizados para hacer intermediación laboral en la legislación colombiana?, la respuesta la encontramos en el artículo 1° del Decreto 2025 de 2011 (Artículo 2.2.8.1.41, Decreto 1072 de 2015), reglamentario del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que explicita lo que debe entenderse por el término intermediación laboral, que utiliza la ley, expresando que esta consiste en el envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles en el desarrollo de sus actividades, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 50 de 1990, decretos reglamentarios 4369 de 2006, 2025 de 2011, y numeral 3, artículo 1° decreto 583/2016, normas compiladas en el Decreto 1072 de 2015.

¿Pero de qué actividades qué trata? De las propias del usuario contratante, o sea, las misionales permanentes que para el caso particular de las empresas de servicios temporales se definen como *“aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa”*. (tercer párrafo, artículo 2.2.8.1.41, Decreto 1072 de 2015).

Esa colaboración en las actividades del tercero beneficiario del servicio temporal se da por medio de un trabajador que la ley llama en misión, no temporal, que no es intermediado desde el punto de vista de su vinculación, ya que por ley debe ser contratado directamente por la empresa de servicios temporales que es su verdadero empleador, no simple intermediario, con todas las consecuencias que esto trae consigo desde el punto de vista de derechos laborales y de seguridad social, es decir, que en la práctica, la EST actúa como empleador en igualdad de condiciones con cualquier otro en el país, al contratar directamente a sus trabajadores tanto de planta como en misión.

Al salirle al paso a la anarquía que estaba generando la definición equívoca de tercerización laboral del Decreto 583, como *“los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando se cumplan con las normas laborales vigente...”*, habilitaba a todo el mundo para llevar a cabo ese novedoso concepto de tercerización laboral incluyendo el mismo decreto, coherente con su definición para la prestación de esa actividad, indistintamente a toda persona natural o jurídica, tanto pública como privada, haciendo una extensa lista de beneficiarios y proveedores, manifestando al final del numeral, para que no quedara nadie por fuera, que *“cualquier otra modalidad de tercerización, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas.”*, podía realizar tercerización de trabajadores.

Con esta anarquía en el manejo del recurso humano flexible, se daba un paso hacia atrás en el avance que normativamente se había alcanzado con la Ley 50 de 1990 de proteger al trabajador tercerizado formalizándolo con todas las garantías de ley, para ser rotativo en servicios temporales de colaboración en la actividad permanente de un usuario, sin que perdiera su estabilidad laboral con un empleador concreto y definido, la EST, como ya se comentó.

Se ha dado un paso importante, pero aún quedan muchos retos para entender en su verdadera dimensión el sentido y alcance de la intermediación laboral en el país, la justa dimensión que previó la Ley 50 de 1990, de dar una respuesta laboral flexible a las necesidades dinámicas, variables e inciertas de unos mercados cada vez más internacionalizados y globalizados, con un trabajador misional permanentemente rotativo, que diera una respuesta eficaz a los retos laborales de un nuevo entorno económico, social y de empleabilidad.

Por último, la posición del trabajador en misión de las EST frente a la aplicación de la legislación laboral, normatividad que protege los contratos laborales celebrados entre las partes mencionadas.

En este orden de ideas, el objetivo de este documento es identificar la particularidad de cada una de esas modalidades válidas que se han venido mencionando, clarificar la naturaleza propia de cada una de ellas, y abrir el espacio para que sean conocidas e identificadas como tal, para el buen ejercicio y cabal cumplimiento del objeto otorgado por la ley y por las diferentes normas que permiten un abanico de oportunidades a los terceros contratantes dependiendo de las exigencias que se presenten al momento de surgir la necesidad del servicio, de la ejecución de una obra o la producción de un bien, como resultado final, o del personal adecuado y justo a tiempo que se requiere para ello, permitiendo identificar de manera clara qué figuras hacen tercerización de producción de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras de la intermediación laboral, actividad exclusiva otorgada por ley, únicamente a las EST y que consiste en el envío de un trabajador en misión con todas las garantías laborales establecidas en la legislación colombiana, a las dependencias de un tercero, para ejecutar la tarea o servicio contratado por este.

El consejo de estado frente a la intermediación laboral y la tercerización

En reciente sentencia⁶ la Sección Segunda del Consejo de Estado confirma la distinción entre el concepto de intermediación laboral y el de tercerización y la labor propia de las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) y su diferencia con las Empresas de Servicios Temporales (EST).

La intermediación laboral En efecto, al pronunciarse sobre la legalidad del artículo 1 del Decreto 2025 de 2011, que dispone que debe entenderse por intermediación laboral el envío de trabajadores en misión a terceros por una EST, la Sala considera, “que su contenido guarda armonía con el inciso primero del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que claramente contiene la prohibición de que <<El personal requerido en toda institución y/o empresa público y/o privada para el desarrollo de actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes>>

Precepto que también se encuentra acorde con lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 y el 7 (numeral) de la Ley 1233 de 2008, que prohíbe las cooperativas de trabajo asociado actuar como intermediario o empresa de servicios temporales, es decir, ejercer actividades de intermediación laboral, que incluye también el envío de trabajadores en misión, luego no hay extralimitación reglamentaria del ejecutivo”.⁷

Es decir, que la Sala preceptúa que ese texto de la intermediación laboral del artículo 1° del Decreto 2025 de 2011 se encuentra acorde con la prohibición que establecen las normas vigentes a las CTA para actuar como intermediarios o EST, enviar trabajadores en misión a terceros, labor propia de estas, o en general proporcionar mano de obra a terceros, por lo que concluye que no hay extralimitación reglamentaria del ejecutivo al prohibirse una actividad a las CTA, como la de intermediación laboral, que por ley corresponde a las EST.

Las labores misionales en la intermediación laboral En lo relacionado con el alcance del concepto de labores misionales permanentes, queda vigente el del tercer párrafo del artículo 1 del decreto 2025 de 2011, el cual dispone que para los efectos de la intermediación laboral del envío de trabajadores en misión a terceros para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, “se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresas”.⁸ Como consecuencia de lo anterior, queda claro que ni las CTA ni otras modalidades de vinculación de trabajadores están habilitadas para el envío de trabajadores a terceros para atender labores misionales permanentes, objeto social que es propio de las EST.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente 1482-2011, 19 de 2018, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter

7 Consejo de Estado, expediente 1482-2016, 19 de febrero de 2018, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, pág 16

8 Artículo 63, Ley 1429 de 2010 y Artículo 1° del D.2025 de 2011

En ese contexto y tal como lo aclara el Consejo de Estado, “las empresas de servicios temporales pueden contratar la prestación de servicios con terceros para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades misionales, en los casos puntualmente precisados en dicha norma”⁹, o sea, la normativa de la Ley 50 de 1990, que en el artículo 77,- que precisa el límite de tiempo que aplica a los contratos de prestación de servicios entre los usuarios y las EST para los eventos a atender en desarrollo de su objeto social y/o labores misionales permanentes, las cuales, para cada servicio específico de colaboración se particulariza por la causa que lo origina-, determina la temporalidad que aplica a la labor misional puntual que se atiende.

La tercerización como **objeto social** de las

CTA Sobre la nulidad del artículo 2 del Decreto 2025 de 2011, “Es decir, la prohibición de contratación de las cooperativas de trabajo asociado para actividades o proceso misionales permanentes (en instituciones o empresas públicas y/o privadas), “aclara el Consejo de Estado, se limita, conforme lo precisa el primer inciso del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, a actividades de intermediación laboral o bajo otra modalidad que afecte los derechos laborales vigentes”.¹⁰

Al tratarse de una prohibición específica y concreta con fundamentos normativos explícitos, esta no puede extenderse a todo tipo de actividad para la CTA, lo que en la práctica sería desconocer la posibilidad de llevar a cabo objeto social alguno, por lo que la Sala estimó, “ que la prohibición total de la contratación, contenida en el artículo 2 del Decreto 2025 de 2011, si afecta la actividad lícita o la libertad de contratación de los asociados a las preoperativas y cooperativas de trabajo asociado dentro de sus posibilidades legales, pues lo que protege el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 es que no se incurra en la utilización de ese mecanismo cooperativo para disfrazar la intermediación laboral y , con ello, se vulneran los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”¹¹.

Al ser una prohibición para desarrollar la actividad de intermediación laboral, las CTA si están habilitadas para todos aquellos objetos sociales diferentes que la ley si les permite, y que están claramente definidos. De ahí, que en concordancia con ello, ya desde la Ley marco del sector cooperativo, Ley 79 de 1988, las CTA se enmarcan, “en aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras, o la prestación de servicios... (arts.64 y 70, L.79/1988)”¹².

Lo reseñado guarda coherencia con lo dispuesto en el artículo 13, del Decreto 4588 de 2006, que según el Consejo de Estado, “establece las condiciones para contratar con terceros en el sentido de que <<[...] Las cooperativas y preoperativas de trabajo asociado podrán contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras preoperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico..., lo que indica que, si es posible contratar, pero no bajo la figura de la intermediación.

Así las cosas, estima la Sala que la prohibición de contratación contenida en el artículo 2° del Decreto 2025 de 2011, es fruto del ejercicio indebido y excesivo de la facultad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la constitución política, por lo que se anulará dicho precepto para que sea excluido del ordenamiento jurídico”.¹³

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso – Administrativo, expediente 2218-2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra López, pág 27

10 ⁵ Sentencia Consejo de Estado, expediente 1482-2011, Carmelo Perdomo Cuérter, pág. 19

11 *Idem* pág 19

12 Pérez García Miguel, *Contratación Laboral, Intermediación y Servicios*, Legis Editores S.A., Segunda edición 2016, pág.283

13 Sentencia Consejo de Estado, expediente 1482-2011 M.R, Carmelo Perdomo Cuérter, pág. 20

Lo anterior enmarca a las CTA en las figuras jurídicas previstas para hacer la llamada tercerización u outsourcing, entendida como el proceso por el cual se transfieren actividades dentro de la cadena de valor, a socios (proveedores) seleccionados, lo que nos permite evidenciar que estos servicios se prestan con plena autonomía de quien contrata.

La tercerización en Colombia En Colombia esta actividad está prevista para el caso de los Contratistas Independientes (CI), las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), las Empresas Asociativas de Trabajo (EAT), y el Contrato Colectivo Sindical (CCS). Basta con solo revisar el objeto social de cada una de estas figuras para constatarlo.¹⁴

Como prestadores de servicios de resultado final, estos se caracterizan por autonomía e independencia con la que deben contar, ya que el tercero contratante no tiene ningún vínculo, salvo el comercial, en la ejecución del servicio, la producción de un bien o la construcción de una obra, y en ningún caso laboral.

A modo de conclusión de lo expuesto, podemos manifestar:

1. No se debe confundir la intermediación laboral, (envío en misión de trabajadores a terceros) con la tercerización de bienes y de servicios.
2. La intermediación laboral en Colombia tiene una legislación particular y solo se puede prestar, - con el fin de garantizar los derechos laborales y prestacionales de los trabajadores misionales-, por EST debidamente constituidas, que son verdaderos empleadores directos de sus trabajadores en misión.
3. El término tercerización aplica, cuando se acude a terceros para obtener un resultado final en la producción de un bien o la prestación de un servicio, que se ejecuta por el contratado con sus propios trabajadores y autonomía técnica, administrativa y financiera.
4. Los únicos autorizados por ley para intermediar laboralmente en labores misionales permanentes de forma temporal, son las EST.
5. Quienes hacen tercerización tienen limitación para hacer intermediación laboral, más no para el desarrollo y/o ejecución de actividades de prestación bienes y prestación de servicios.

¹⁴ CI, D. 2127/45 y artículo 34, Código Sustantivo del Trabajo; CTA, L. 79/88, L. 1233/08, D. 4588/06, D. 2025/2011; EAT, L. 10/91, D. 1100/92; artículos 482-484 CST y D. 36/16

La derogatoria del decreto 583 de 2016 es positiva para la claridad de la tercerización laboral en Colombia

La derogatoria del Decreto 583 de 2016, ha sido un paso trascendental para dar claridad a la tercerización laboral en Colombia. El decreto en mención había involucrado y confundido la tercerización laboral con la de bienes y de servicios, generando una anarquía y habilitando cualquier tipo de figura para su realización, quedando toda persona jurídica o natural, pública o privada, incluyendo el sector solidario de la economía, para enviar trabajadores a terceros, lo cual es ilegal, teniendo en cuenta que la única tercerización laboral legal y autorizada, es la del envío de trabajadores en misión a través de las empresas de servicios temporales (EST), conocida como intermediación laboral.

Al haber declarado el Consejo de Estado, - Sentencia de referencia 2218-2016 del seis (06) de julio de dos mil diecisiete-, la nulidad de la definición errática y confusa del Decreto 583 sobre tercerización laboral, y el amplio listado de quienes supuestamente quedaban habilitados para ejecutarla, dejó sin sentido el decreto del gobierno y su lógica derogatoria, al quedar claro que:

- 1 Se debe distinguir el término tercerización, que aplica a bienes y servicios, del de intermediación laboral, que se debe entender como el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente en labores misionales permanentes de un tercero llamado usuario.
- 2 El término intermediación laboral es el correcto en la normativa colombiana, en lugar del de tercerización laboral que usó el decreto 583/2016, que no tiene antecedente en la legislación colombiana.
- 3 Las únicas autorizadas en Colombia para hacer intermediación laboral, son las EST de acuerdo a lo dispuesto a los artículos 71 y 72 de la ley 50 de 1990 y decreto 4369 de 2006, lo que queda reiterado por reciente Sentencia del Consejo de Estado de referencia 1282 – 2011, del diecinueve de febrero de 2018, que declaró la legalidad del artículo 1 del decreto 2025 de 2011, que reitera esta exclusividad de las EST.
- 4 Se aclara que los trabajadores en misión de las EST son contratados directamente por estas con contrato laboral como cualquier otro empleador en el país, dado que este carácter se lo otorga la misma ley. Artículo 71, Ley 50 de 1990.
- 5 En la intermediación laboral la contratación de trabajadores en misión es directa y no indirecta, ni precaria. Es el mecanismo previsto por la ley para la formalización del trabajo flexible.

La derogatoria de este decreto se dio a través del decreto 683 del 18 de abril del presente año con base en la siguiente argumentación:

“Que revisada la sentencia en mención, se evidencia que los contenidos normativos que fueron objeto de nulidad constituyen elementos fundamentales para la aplicación de las disposiciones incluidas en el Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015 al que varias veces se ha hecho referencia por lo que, con el fin de brindar seguridad jurídica al respecto, se considera procedente derogar específicamente el Decreto 583 de 2016 y como consecuencia, suprimir el Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, Decreto 1072 de 2015”





ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE
EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

ACCOSET

Cra. 45
Autopista Norte
(costado oriental)
No. 103 Ofc. 312
PBX. 6016680

www.acoset.org

amente con la ilegal utilización
ado y otras formas asociativ
zar el manejo del recurso h
través del artículo 63 de la Le
aso a la desviación detecta
tución y/o empresa pública
ades misionales permanen
operativas de servicio de
ón laboral o bajo ninguna
os derechos constitucionales
n las normas laborales vig
ste artículo, llamado a rec
tilizar una terminología d
erirse al envío de trabajad
ermediación laboral, que
egislación para dos activ
ran, la del intermediario
trabajo, relacionada con
restar servicios a un ter
or, ya que se contrata p
mediación de empleo, n

o de 1990, que se refie
empleo que se realiz
empleo, y que no da lu
ntre la agencia que in
quien contrata directa