



Libertad y Orden

MINISTERIO DEL TRABAJO

RESOLUCIÓN NÚMERO 5670 DE 2016

(29 de diciembre de 2016)

"Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios"

LA MINISTRA DEL TRABAJO

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y en especial las que les confiere el numeral 10 del Artículo 2 y el numeral 27 del Artículo 6° del Decreto 4108 de 2011, y teniendo en cuenta los siguientes,

ANTECEDENTES:

Que el Artículo 209 de la Constitución Política, consagra: *"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrollan con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."*

Que el Artículo 1o del Decreto 4108 de 2011, define los objetivos del Ministerio del Trabajo y establece que se realizan *"a través de un sistema efectivo de vigilancia, información, registro, inspección y control; así como del entendimiento y diálogo social para el buen desarrollo de las relaciones laborales."*

Que el Artículo 6o del señalado decreto, describe las funciones del Despacho de la Señora Ministra del Trabajo, indicando que además de las señaladas en la Constitución Política y en el Artículo 61 de la Ley 489 de 1998, según el numeral 15, debe: *"Dirigir el ejercicio de inspección y vigilancia sobre las entidades, empresas, trabajadores, grupos y demás instancias que participen en la generación, promoción o ejercicio del trabajo y el empleo de acuerdo con lo señalado por la ley"*

Que el Artículo 9o del Código Sustantivo del Trabajo en materia de protección al trabajo, establece: *"El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones."*

Que el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 establece que: *"El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/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. (...)"*

Que respecto a lo señalado, frente a las Cooperativas de Trabajo Asociado, se expidió el Decreto reglamentario No. 2025 de 2011, hoy incorporado al Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo No. 1072 de 2015, en lo referente a la contratación de personal a través de Cooperativas y

Continuación de la resolución: *"Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelante frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios"*

Precooperativas de Trabajo Asociado y terceros contratantes que infrinjan las prohibiciones contenidas en las Leyes 1233 de 2008 y 1429 de 2010.

Que la Ley 1753 de 2015 por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país" estableció en el Artículo 74 que: *"El Gobierno Nacional bajo la coordinación del Ministerio del Trabajo, adoptará la política nacional de trabajo decente, para promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado. Las entidades territoriales formularán políticas de trabajo decente en sus planes de desarrollo, en concordancia con los lineamientos que expida el Ministerio del Trabajo". "El Gobierno Nacional también fijará las reglas para garantizar que las empresas cumplan plenamente las normas laborales en los procesos de tercerización."*

Que el Decreto 583 de 2016, a través del cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector de Trabajo No. 1072 de 2015, establece aspectos que deben ser tenidos en cuenta en el ejercicio de la Inspección, Vigilancia y Control sobre los procesos de tercerización y los derechos laborales que deben garantizarse en éstos.

Que el Artículo 53 de la Constitución Política al establecer los principios mínimos que deben orientar e inspirar los asuntos laborales en nuestro país, incluyó el principio *in dubio pro operario*, según el cual, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho el operador jurídico deberá seleccionar la que resulte más favorable al trabajador. Por lo que el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y sus Decretos Reglamentarios, incluido el Decreto 583 de 2016, deben interpretarse por parte de las Direcciones Territoriales del Trabajo, con base en el anterior principio constitucional.

Que en razón al mandato contenido en el Artículo 74 la Ley 1753 de 2015 desarrollado por el Decreto 583 de 2016 en materia de garantías laborales en procesos de tercerización, se encuentra necesario emitir unos lineamientos hermenéuticos, por parte del nivel central para la aplicación de las normas laborales que orientan la inspección del trabajo en Colombia la cual se ejerce por la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial de este Ministerio, a través de las Direcciones Territoriales del Trabajo, la Unidad de Investigaciones Especiales y por ende de todos los inspectores del trabajo y demás funcionarios que las integran, en aras de armonizar criterios jurídicos y garantizar los derechos de los trabajadores en Colombia.

CONSIDERACIONES

Que el fenómeno de la tercerización, es una realidad en las sociedades contemporáneas y hace parte fundamental del giro normal de los negocios. Consiste en que una empresa que requiera la prestación de un servicio o la adquisición de un bien, contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia usando sus propios medios de producción. La tercerización o subcontratación es dinamizadora de la economía de un país y de la potencialización de sus industrias, y claramente es una herramienta de formalización laboral dado que se constituye en una fuente de empleo que disminuye la informalidad y sus efectos.

Que la problemática que se ha generado con estos procesos de tercerización, radica en que en algunas ocasiones el sector empresarial ha equiparado el suministro o provisión de personal para realizar actividades propias del objeto de su empresa, a la prestación de un servicio o suministro de un bien, operación que no es permitida en nuestro ordenamiento jurídico, pues los trabajadores no son una mercancía por lo que la regla general es la contratación directa por parte de la empresa de sus trabajadores a través de contratos individuales del trabajo según lo dispuesto en los Artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo que define el contrato laboral como aquel en el cual una

Continuación de la resolución: "Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios"

persona natural se obliga a prestar un servicio personal, bajo dependencia o subordinación del empleador recibiendo una remuneración por su labor.

El abuso por parte de algunos empresarios de la figura de la tercerización ha generado en el pasado episodios muy graves. Uno de ellos lo que sucedió con las llamadas Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), las cuales a pesar de tener un objeto legal como lo es el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general, se utilizaron para suministrar personal a empresas que las contrataban, generándose unos procesos de flexibilización laboral sin precedentes y por ende una violación flagrante de las garantías y derechos de los trabajadores en materia individual y colectiva. Esto conllevó a que el Gobierno Nacional, restringiera y regulara más detalladamente el desarrollo de sus actividades y reglamentara mediante el Decreto 2025 de 2011, el concepto de intermediación laboral y la prohibición de éstas a desarrollar las actividades de envío de trabajadores en misión, so pena de ser sancionadas y disueltas.

Otro ejemplo del mal uso de la figura de la tercerización se ha presentado con algunas Empresas de Servicios Temporales, institución reglada por Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Es así como a pesar, de estar claro que se pueden contratar sus servicios en casos específicos como cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias; de requerirse por ausencias del personal de planta por estar en vacaciones, licencias de maternidad, permisos o porque existan picos de producción en temporadas específicas por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más, que no pueden suplirse con el personal de planta, necesiéndose contar con más personal del existente, su uso se ha excedido en ocasiones, para convertir el personal en misión en personal externo permanente, vulnerando los derechos de los trabajadores en materia individual y colectiva, lo que ha arrojado sendas investigaciones y sanciones por parte del Ministerio en las distintas Direcciones Territoriales del Trabajo.

Que bajo este contexto, el suministro de personal a terceros es una actividad que no se encuentra autorizada, ya que lo que se suministra en Colombia de acuerdo a lo establecido en el Artículo 968 del Código de Comercio son los bienes y los servicios, solo las Empresas de Servicios Temporales están autorizadas para hacer Intermediación Laboral, entendida ésta como el envío de trabajadores en misión a terceros para ejecutar los servicios temporales de colaboración contratados por éste, de acuerdo, a lo consagrado en la legislación laboral vigente, y bajo las condiciones especiales que la Ley ha determinado.

Que la figura de la tercerización, subcontratación u "outsourcing", solo se encuentra encaminada a que mediante una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, se suministre bienes y/o servicios a aquel que lo requiera, situación igualmente establecida en el Código Sustantivo del Trabajo en su Artículo 34, el cual no sólo establece lo señalado, sino que presenta la figura de la solidaridad como garantía de los derechos de los trabajadores, pero dentro de esta categorización no cabe el suministro o vinculación de personal mediante un tercero proveedor, por cuanto, los trabajadores no se pueden categorizar como un bien o servicio que se puede suministrar, y como se ha venido indicando, solamente las Empresas de Servicios Temporales son las autorizadas para realizar actividades de intermediación laboral, entendida como en el envío de trabajadores en misión. Cualquier variación o postura diferente a lo aquí mencionado, incumple la normatividad vigente y los postulados internacionales, frente a la materia y sobre todo no estaría conforme al principio *indubio pro operario*.

Que tercerizar en el marco estricto de lo pretendido por dicha figura no es ilegal, ni prohibido por nuestra legislación, pero lo que si se encuentra prohibido en nuestra estructura normativa es la indebida intermediación laboral. Es muy importante que aquel que adelante la respectiva investigación valore el acervo probatorio existente en el plenario a fin de determinar cuál es la finalidad en el

Continuación de la resolución: "Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios"

suministro de bienes y servicios que el tercero realiza con la empresa, pues si la razón de ser no es el suministro de la actividad (bien o servicio) sino de la persona individualmente considerada estamos ante una intermediación laboral indebida y por tanto procede una sanción administrativa. Este contenido volitivo del empresario como sujeto investigable por el Ministerio del Trabajo, es el que marca la pauta en materia sancionatoria administrativa por estos asuntos, y es lo que debe analizarse cuidadosamente al adelantar una investigación, a través de la práctica de pruebas conducentes y pertinentes dentro del marco de libre apreciación de las pruebas y de la sana crítica que inspiran el derecho probatorio.

Una vez determinada la voluntad del empresario de acudir a la intermediación laboral indebida y no a la contratación de bienes y servicios, el funcionario que adelanta la investigación debe motivar el acto administrativo demostrando qué derechos laborales individuales y colectivos se han cercenado con tal actuar, es decir si tal intermediación laboral indebida, lleva implícita la afectación de los salarios y prestaciones de los trabajadores, la no afiliación al sistema de seguridad social entre otros o la sistemática intención de disminuir el número de afiliados a una organización sindical o de desestimular la afiliación a las mismas.

Recapitulando. En Colombia no está prohibida la figura de la tercerización propia del derecho comercial la cual es una clara herramienta de formalización laboral por generar empleo y mitigar la informalidad. Sin embargo, su uso puede traspasar las fronteras de la legalidad cuando se equipara el suministro de personal a la prestación de un servicio o la adquisición de un bien, pues en Colombia la regla general es la contratación directa por parte de un empleador de sus trabajadores a través de un contrato individual de trabajo. Las autoridades administrativas que ejercen la inspección, vigilancia y control en el Ministerio del Trabajo al momento de estar ante una investigación administrativa por indebida intermediación laboral deben tener en cuenta que solo las Empresas de Servicios Temporales están autorizadas para realizar intermediación laboral de acuerdo a su reglamentación específica y que el uso de éstas u otras figuras con la finalidad de mercantilizar a los trabajadores con el fin de desconocerles garantías laborales de orden individual o colectivo, constituye causal para sancionar administrativamente.

En virtud de lo anterior, este Despacho,

DISPONE:

PRIMERO. Toda relación de trabajo personal entre trabajadores y empleadores se presume regida por un contrato de trabajo, reglamentación acorde con lo establecido en los Artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

SEGUNDO. Entiéndase como intermediación laboral:

- a) El envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades. Esta actividad únicamente podrá ser desarrollada por las empresas de servicios temporales según el Artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 hoy incorporado en el Decreto Único Reglamentario No. 1072 de 2015. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a ninguna persona natural o jurídica que no esté debidamente acreditada como Empresa de Servicios Temporales a través de una autorización otorgada por este Ministerio y solo se adelantará en los casos que la Ley así lo haya autorizado.
- b) El servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo contenido en el Artículo 2.2.6.1.2.17 del Decreto 1072 de 2015, cuyo objetivo es registrar a demandantes y oferentes de mano de obra y vacantes, hacer orientación ocupacional, preseleccionar

Continuación de la resolución: "Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios"

y remitir los oferentes a los demandantes de mano de obra y de esa manera generar una relación laboral con el tercero que contrata el servicio, sin que el intermediario adquiera responsabilidad laboral alguna. Las empresas que adelantan este tipo de servicio deben cumplir con lo establecido en las normas legales y reglamentarias sobre la materia. Este servicio se encuentra hoy prestado por las agencias públicas y privadas de gestión y colocación de empleo y aquel que no se acredite como tal incumple la Ley. En todo caso, la agencia no tiene calidad de empleador, ya que dicha calidad la ostentará el demandante de la mano de obra.

TERCERO. A las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado les está vedado realizar intermediación laboral en los términos de la Ley 1233 de 2008 y de la Ley 1429 de 2010. Así mismo, las instituciones o empresas públicas y/o privadas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado.

CUARTO. El suministro de personal no podrá hacerse a través de ninguna modalidad de contratación u otra figura jurídica, puesto que de hacerlo estarían incurriendo en una intermediación laboral indebida.

QUINTO. Entiéndase como tercerización, los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes. Lo anterior debe entenderse en consonancia con lo señalado en el Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Frente al incumplimiento que el proveedor pueda tener frente a sus trabajadores, operara la solidaridad respecto del beneficiario siempre y cuando no sean actividades extrañas a las actividades normales del negocio.

SEXTO. La tercerización involucra una responsabilidad en materia de formalización laboral, por lo que los contratantes deben respetar los elementos señalados en la legislación para su uso y especialmente velar por que sus contratistas, de igual forma, cumplan con las obligaciones laborales de sus trabajadores.

SEPTIMO. Cuando el personal requerido por las instituciones públicas y/o empresas privadas para el desarrollo de sus actividades misionales permanentes se encuentre vinculado bajo otras modalidad de vinculación diferentes a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, que puedan estar afectando los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes, las Direcciones Territoriales adelantarán las investigaciones administrativas necesarias e impondrán las sanciones correspondientes, para lo cual deberán tener en cuenta lo siguiente:

- a) Se debe determinar si en la empresa hay trabajadores que estén prestando servicios en la empresa sin estar contratados directamente por esta o a través de un contrato de prestación de servicios.
- b) En caso de verificarse lo anterior, se debe indagar si dicho personal está siendo contratado a través de una empresa de servicios temporales.
- c) Si no está contratado por una empresa de servicios temporales se debe determinar:
 - i. A que título se presta el servicio.
 - ii. Si el trabajador contratista hace las mismas o sustancialmente las mismas labores que realizan los trabajadores del contratante y a qué tipo de labores corresponden dentro las actividades propias del contratante.

Continuación de la resolución: "Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios"

- iii. Si los trabajadores actuales del contratista, han sido trabajadores del contratante o de cualquier otro contratista que este último haya tenido.
- iv. Si el contratista tiene independencia financiera del contratante.
- v. Si el contratista tiene algún vínculo económico o societario con la empresa contratante.
- vi. Si el contratista tiene o no la autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten.
- vii. Si el contratista ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o por el contrario, si la misma la ejerza el contratante.
- viii. Si las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores del contratista en circunstancias de tiempo, modo y lugar son impartidas por el contratante.
- ix. Si el contratista ha realizado el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social de sus trabajadores o si por el contrario éstas han sido asumidas directamente por el contratante.
- x. Si el contratante ha fraccionado o dividido, mediante uno o más contratistas, a trabajadores afiliados a un sindicato inscrito o a trabajadores que hayan realizado la asamblea de constitución o la reunión inicial de constitución de un sindicato.
- xi. Si el contratista y el contratante incurren en conductas violatorias de los principios y normas laborales vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une.

OCTAVO. Del análisis anterior con base en el material probatorio que se recaude, se debe dilucidar:

- a) Si se evidencia que se está prestando el servicio de envío de trabajadores en misión sin estar autorizado como Empresa de Servicios Temporales o ante cualquier tipo de suministro de personal, sin importar la forma societaria, nos encontramos ante una Intermediación Laboral indebida, infracción cometida tanto por el que ofrece el servicio como quien lo recibe.
- b) Si se evidencia que se está prestando el servicio de colocación de empleo sin estar autorizado como agencia de gestión y colocación, nos encontramos ante una Intermediación Laboral indebida, infracción cometida tanto por el que ofrece el servicio como quien lo recibe.
- c) Si el contratista, actúa como tercero aparente, sin desarrollar la prestación del servicio con autonomía y libertad en su ejecución, encontrándose su personal bajo la subordinación del contratante, nos encontramos ante una indebida intermediación laboral y una tercerización ilegal, infracción cometida tanto por el proveedor como por el beneficiario.
- d) Si la Empresa de Servicios Temporales presta sus servicios en casos diferentes a los señalados en la Ley, nos encontramos ante una tercerización ilegal, infracción cometida tanto por la Empresa de Servicio Temporales como por su usuario.
- e) Si el proveedor desarrolla actividades misionales permanentes y si la vinculación del personal afecta de alguna manera los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas vigentes, nos encontramos ante una tercerización ilegal, infracción cometida tanto por el proveedor como por el beneficiario.

Continuación de la resolución: "Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios"

NOVENO. Cuando se evidencie que el Contratista y Contratante incurran en las prohibiciones mencionadas en la Ley se les impondrán, a través de las Direcciones Territoriales las sanciones contempladas en el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el Artículo 7° de la Ley 1610 de 2013, con base en los parámetros señalados en el Artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y lo de Contencioso Administrativo y el Artículo 12 de la Ley 1610 de 2013. En todo cuando se tratase de sanciones a Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado se aplicará lo establecido en el Artículo 2.2.8.1.49 del Decreto 1072 de 2015.

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días del mes de diciembre de 2016.


CLARA EUGENIA LOPEZ OBREGON
Ministra del Trabajo

Elaboró: Xinia Navarro Prada – Directora de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial
Revisó: Mariella Barragan Beltrán – Viceministra de Relaciones Laborales e Inspección.

