

**TERCERIZACIÓN LABORAL / BENEFICIARIO / PROVEEDOR /
TERCERIZACIÓN LABORAL- Definición / / PROHIBICIÓN DE CONTRATAR A
TRAVÉS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO U OTRA FORMA
INTERMEDIACION LABORAL ACTIVIDADES MISIONALES PERMANENTES
/ FACULTAD REGLAMENTARIA – Exceso**

Se tiene que el numeral 4º del artículo 2.2.3.2. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, define al «beneficiario» como la persona natural o jurídica que se favorece directa o indirectamente de la producción de un bien o de la prestación de un servicio por parte de un proveedor. Al «proveedor» lo precisa como la persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo. Igualmente, señala que tanto el beneficiario como el proveedor pueden ser instituciones, empresas, personas naturales o jurídicas, u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas; y que pueden tener las modalidades de sociedades anónimas simplificadas, sociedades anónimas, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias públicas y privadas de gestión y colocación, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios o cualquier otra modalidad de vinculación, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas. El numeral 6º del artículo 2.2.3.2.1. ibídem, [del Decreto Reglamentario 1072 de 2015] precisa que se entiende como «tercerización laboral» los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes, y que esta es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada: **i)** se vincule personal para el desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los ya mencionados; y **ii)** se vincule personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales. De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Sala que los enunciados normativos demandados desbordan materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual hace referencia a la prohibición de contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral, para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado, mientras que la norma reglamentaria, regula aspectos relacionados con la tercerización laboral, dentro de la cual ubica todos los mecanismos legales de intermediación laboral, aspectos estos que no están comprendidos en la referida ley. En igual sentido, al realizar una lectura sistemática y en conjunto, se aprecia que tampoco es posible encontrar en el resto del articulado de la Ley 1429 de 2010, enunciado normativo alguno referido al tema de la «tercerización laboral» que el Gobierno reguló en el Decreto Reglamentario 583 de 2016, so pretexto de desarrollarla. Así las cosas, resulta claro para la Sala, que a través de los apartes normativos demandados del Decreto Reglamentario 583 de 2016, el Gobierno Nacional, con la excusa de desarrollar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, excedió los límites materiales que ésta con su contenido le impuso; toda vez que el Presidente de la República no tenía las facultades legales para extender la figura de intermediación laboral a otras modalidades de contratación.

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 1072 DE 2015 -
ARTÍCULO 2.2.3.2.1 NUMERAL 4) GOBIERNO NACIONAL (NULO) / DECRETO
REGLAMENTARIO 1072 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.3.2.1 NUMERAL 6
GOBIERNO NACIONAL (NULO) / DECRETO 586 DE 2016 – ARTÍCULO 1(
NULO)

FUENTE FORMAL: LEY 1429 DE 2010 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA -
ARTÍCULO 189

INTERMEDIACIÓN LABORAL – Diferencia con tercerización laboral

La intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por

parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante. Se trata por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentra prohibida su prestación por parte de Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares. Por otro lado, se encuentra la tercerización laboral, la cual no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana, excepto en la norma parcialmente demandada y objeto de estudio de esta providencia. Empero, la doctrina ha definido esta figura como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2025 DE 2011 / LEY 1429 DE 2010 / LEY 50 DE 1990 / CONVENIO DE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS 181 DE 1997 - ARTÍCULO 7

FACULTAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL / EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

Se evidencia de la definición de tercerización realizada por el artículo demandado, que el Ejecutivo asimiló los conceptos de tercerización y de intermediación laboral; toda vez que señala que «Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes», pero previamente había incluido como formas de beneficiario y proveedor casi todas las figuras legales de vinculación de personal. Adicionalmente, al establecer que la tercerización va a ser ilegal cuando no cumpla con dos requisitos, los cuales resultan ser aquellos consagrados para la intermediación laboral en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 que pretende reglamentar, nuevamente confunde la categoría jurídica de intermediación laboral con la de tercerización laboral, generando por lo menos en teoría, la posibilidad hermenéutica de considerar que todas las figuras legales de vinculación de personal enlistadas como beneficiario y proveedor pueden realizar labores de intermediación, siempre y cuando no incurran en las dos prohibiciones mencionadas por la referida norma. La implicación de ello, en lo relativo al numeral 4 del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, es que la lectura de dicho numeral lleva a concluir que todas las entidades enlistadas en dicho artículo pueden realizar labores de intermediación laboral. Con ello, el Ejecutivo incurrió en el desconocimiento de las Leyes 50 de 1990 y 1429 de 2010; toda vez que éstas en forma expresa prohíben el desarrollo de la actividad de intermediación laboral a cooperativas, precooperativas; y otorgándolo exclusivamente a las Empresas de Servicios Temporales **NOTA DE RELATORIA:** La Sala levanta la medida cautelar de suspensión provisional decretada por auto de 15 de marzo de 2017, ello, teniendo en cuenta que con la expedición de la presente sentencia se resuelve de fondo y de manera definitiva el objeto del proceso.

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES / ACTIVIDADES MISIONALES TEMPORALES

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 normativa. Al revisar el contenido de la norma demandada, la Sala encuentra que del mismo no se evidencia una contradicción con lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, según se analiza a continuación. Efectivamente, las normas que se acusan prevén la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales. Asimismo, nota la Sala que los dos requisitos para ello no niegan la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales: por el contrario, dichos requisitos están ligados a que los servicios misionales tengan precisamente un carácter permanente, y éstos sean vulneratorios de los derechos previstos en la

legislación laboral. **NOTA DE RELATORÍA:** Con aclaración de la sentencia de 27 de julio de 2017

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990 - ARTÍCULO 71

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., seis (06) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16)

Actor: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, ACOSSET

Demandado: MINISTERIO DEL TRABAJO

Tema: Tercerización e intermediación laboral

La Sala conoce el proceso de la referencia con informe de la Secretaría de la Sección Segunda¹ para fallo de única instancia.

La demanda.

El señor Miguel Alberto Pérez García, actuando como apoderado de la Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales –ACOSSET-, ejerció el medio de control de Nulidad Simple contra los numerales 4.º y 6.º del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,² el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016,³ que a continuación se transcriben:

«Artículo 2.2.3.2.1. Definiciones. Para los efectos de la aplicación de las normas laborales vigentes en los procesos administrativos de inspección, vigilancia y control de todas modalidades de vinculación diferentes a la contratación directa del trabajador por parte del beneficiario, se aplicarán siguientes definiciones:
(...)

4. Beneficiario y proveedor. Se entiende por beneficiario la persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o de la prestación de un servicio por parte de un proveedor. Se entiende por proveedor la persona natural o jurídica que provea directa o

¹ De 18 de mayo de 2017, visible a fl.207 del cdno. ppal. del exp.

² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

³ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo.

El beneficiario y el proveedor, dependiendo de su naturaleza jurídica particular, pueden ser instituciones, empresas, personas naturales o jurídicas, u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas. Además, pueden tener las modalidades sociedades anónimas simplificadas, sociedades anónimas, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias privadas gestión y colocación de empleo, agencias públicas y privadas de gestión y colocación, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios o cualquier otra modalidad de vinculación, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas. (...)

6. Tercerización laboral. Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos:

- a) Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y
- b) Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.»

Contra los enunciados normativos transcritos, el actor formuló los cargos que a continuación resume la Sala:

Primer cargo.- Ejercicio desbordado de la potestad reglamentaria.

En concepto del demandante, a raíz de la expedición de los apartes normativos acusados, el Gobierno Nacional se extralimitó en el ejercicio de las facultades reglamentarias conferidas por la Constitución Política en su artículo 189 numeral 11.º; toda vez que con el pretexto de reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010,⁴ que versa sobre «contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado», reguló aspectos atinentes a otros mecanismos de vinculación de personal, como lo son los que desarrollan las empresas de servicios temporales, los sindicatos, las agencias públicas y privadas de empleos y las bolsas de empleo, entre otras, y erradamente las definió todas como tercerización laboral, cuando en realidad, conceptualmente corresponden a otro tipo de figuras jurídicas, como por ejemplo, la intermediación laboral.

Segundo cargo.- Desconocimiento de los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990⁵, porque sólo las empresas de servicios temporales pueden realizar intermediación laboral.

Este cargo lo soporta afirmando, que en su criterio, al establecer que las cooperativas de trabajo asociado, los sindicatos, las agencias públicas y privadas de empleo, las bolsas de empleo, y demás, pueden realizar operaciones de

⁴ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁵ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

tercerización laboral, queriendo decir intermediación laboral, el Gobierno desconoció los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990⁶, según los cuales únicamente las empresas de servicios temporales pueden ofrecer servicios de intermediación.

Tercer cargo.- Desconocimiento de los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990,⁷ según los cuales, a las empresas de servicios temporales les está permitido suministrar personal para que ejecuten funciones misionales para un beneficiario, de manera temporal.

Por último, la parte actora alegó que el inciso 1.º del numeral 6.º del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁸ el cual hace referencia, a que es ilegal la «tercerización laboral», queriendo decir intermediación, desarrollada a través de los mecanismos de vinculación mencionados, incluyendo las empresas de servicios temporales, cuando se vincule personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes; contraría los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990,⁹ mediante las cuales se autoriza a las empresas de servicios temporales suministrar personal para que ejecuten funciones misionales para un beneficiario, de manera temporal.

Oposición a la demanda por parte del Ministerio del Trabajo.

El mencionado ente administrativo se opuso¹⁰ a la prosperidad de las pretensiones de la demanda señalando, que el Decreto 583 de 2016 que se cuestiona, no es reglamentario de la Ley 50 de 1990,¹¹ como lo señala el accionante, y que en tal virtud, el contenido de la referida norma, no reglamenta de manera específica lo relacionado con el servicio temporal o con la intermediación laboral.

Aclaró, que el Decreto 583 de 2016 demandado, reglamenta de manera general algunos aspectos atinentes a la labor de inspección y vigilancia a cargo del Ministerio, pero no introduce modificaciones a la legislación sobre intermediación laboral contenida en las Leyes 50 de 1990¹² y 1429 de 2010,¹³ pues, en su decir, sólo definió figuras jurídicas que ya estaban contempladas en el ordenamiento jurídico laboral.

Argumentó adicionalmente, que a través de la norma demandada se buscó aclarar algunos aspectos conceptuales relacionados con la tercerización laboral para precisar la manera correcta de desarrollar dicha actividad, puesto que, según afirma, la legislación actual abre la posibilidad a las Cooperativas de Trabajo Asociado para realizar de manera irregular dicha labor.

Así mismo adujo, que el cargo presentado por el accionante respecto del desconocimiento de la Ley 1429 de 2010,¹⁴ no indica con claridad el concepto de la violación de dicha disposición normativa.

⁶ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁷ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁸ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁹ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ En memorial obrante a folios 101 a 106 del cdno. ppal. del exp.

¹¹ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

¹² Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

¹³ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

¹⁴ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

Arguyó, que de la lectura de las normas demandadas no es posible deducir que se esté habilitando a empresas diferentes a las de Servicios Temporales para proveer personal, sino que, por el contrario, lo que se busca es dejar sentado de una vez por todas, que dicha práctica se encuentra prohibida para las demás formas de vinculación de personal.

Aunado a lo anterior manifestó, que el Presidente de la República sí tenía la potestad para expedir el decreto demandado, en virtud del artículo 189 numeral 11.º de la Constitución, pues, a través suyo se persiguió dar desarrollo las disposiciones del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010,¹⁵ para facilitar su aplicación.

Finalmente señaló, que no se configuró un exceso en la potestad reglamentaria, toda vez que como lo ha señalado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo,¹⁶ cuando a la ley le falten las particularidades necesarias para su correcta aplicación, el ejecutivo puede entrar a reglamentarla; y en ese sentido concluye que los apartes del acto administrativo que se demandan mantienen su presunción de legalidad.

Coadyuvancia de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI-

La **Asociación Nacional de Empresarios de Colombia –ANDI-**, mediante escrito radicado el día 26 de julio de 2016,¹⁷ solicitó coadyuvó en favor de la parte demandada, esbozando argumentos similares a los expuestos por el Ministerio del Trabajo en su contestación, en el sentido de señalar que el accionante le da una equivocada interpretación a los numerales impugnados, pues, según afirma, el Decreto 583 de 2016 que se cuestiona, no es reglamentario de la Ley 50 de 1990,¹⁸ sino de la 1429 de 2010.¹⁹

Alegatos de conclusión.

La **parte accionante**²⁰ reiteró los argumentos presentados en la demanda.

El **Ministerio de Trabajo**²¹ también insistió en los argumentos de la contestación de la demanda y agregó que el decreto demandado fue expedido con la finalidad de hacer más eficiente la labor de inspección laboral que le fue asignada por el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010,²² en lo referente a las investigaciones administrativas contra las empresas que contraten personal de manera irregular.

Por su parte, la **Asociación Nacional de Empresarios de Colombia**²³ -ANDI- ratificó los argumentos esbozados en el escrito de solicitud de coadyuvancia.

Concepto del Ministerio Público²⁴

¹⁵ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

¹⁶ Para lo cual cita las Sentencias de la Sección Segunda con radicados 2004-00024-01(0294-2004) y 11001-03-25-000-2004-00025-01(0295-2004).

¹⁷ Obrante a folios 98 y 99 del expediente.

¹⁸ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

¹⁹ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

²⁰ Alegatos presentados en memorial obrante a folios 185 a 192.

²¹ Alegatos presentados mediante escrito visible a folios 193 a 194 del cdno. ppal. del exp.

²² Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

²³ Alegatos presentados en escrito obrante a folios 182 A 184 del cdno. ppal. del exp.

²⁴ Visible a folios 195 a 206.

El Ministerio Público, a través de su Procurador Tercero Delegado²⁵ ante esta Corporación, solicitó negar las pretensiones de nulidad de la demanda, argumentando que en el caso en particular, el Gobierno Nacional no desbordó su potestad reglamentaria, toda vez que se limitó a aclarar el alcance de la segunda parte de la prohibición contenida en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010²⁶, para poder, a través del Ministerio de Trabajo, «ejercer la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral».

Indicó además, que la tercerización laboral es permitida en Colombia, exceptuando a las cooperativas; siempre y cuando se cumplan las normas laborales y no se vincule personal para desarrollo de actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los enlistados en la norma demandada.

Así las cosas, señaló que no es cierto que las disposiciones demandadas permitan a todo tipo de empresas ejercer la intermediación laboral, pues en su concepto, las normas reglamentarias se ajustan a la naturaleza jurídica de la figura, al igual que a las prohibiciones existentes para cada entidad; toda vez que únicamente se señaló que estas podrían ser consideradas como beneficiarias o proveedoras.

En este sentido, manifestó que «El Gobierno Nacional no desbordó la facultad reglamentaria al definir en el numeral 6 lo que debe entenderse por tercerización laboral y tercerización laboral ilegal, ni prohibió a las empresas de servicios temporales la intermediación laboral, al incluirlas como formas de tercerización laboral».

Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual se tiene en cuenta las siguientes.

CONSIDERACIONES

Los cargos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por el Ministerio de Trabajo y la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia –ANDI-, así como los razonamientos del Ministerio Público, muestran a esta Corporación, que son varios los problemas jurídicos a resolverse en este proceso, así:

- 1) Establecer, si con la expedición de los apartes normativos impugnados, el Gobierno Nacional se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189 numeral 11.º de la Constitución Política, por haber regulado aspectos atinentes a otros mecanismos de vinculación de personal, como los que desarrollan las empresas de servicios temporales, los sindicatos, las agencias públicas y privadas de empleos y las bolsas de empleo, al reglamentar el artículo 63 de la Ley 1439 de 2010.
- 2) Determinar, si al establecer que las empresas de servicios temporales, los sindicatos, las agencias públicas y privadas de empleos y las bolsas de empleo, etc., pueden realizar operaciones de tercerización laboral, queriendo decir, intermediación laboral, el Gobierno desconoce los artículos 71 y

²⁵ Doctor Álvaro Echeverry Londoño

²⁶ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

siguientes de la Ley 50 de 1990²⁷, según los cuales sólo las empresas de servicios temporales pueden ofrecer servicios de intermediación.

- 3) Estudiar, si el inciso 1.º del numeral 6.º del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 583 de 2015, al señalar que es ilegal la «tercerización laboral», queriendo decir intermediación laboral, desarrollada a través de los mecanismos de vinculación mencionados, incluyendo empresas de servicios temporales, cuando se vincule personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes, vulnera los artículos 71 y subsiguientes de la Ley 50 de 1990²⁸, los cuales autorizan a las empresas de servicios temporales a suministrar personal para que ejecuten funciones misionales para un beneficiario, de manera temporal.

Con miras a solucionar el primer problema jurídico planteado, a continuación la Sala procederá a:

- i) Señalar qué es la potestad reglamentaria y cuáles son sus límites, para luego;
- ii) determinar si el Ejecutivo excedió dicha potestad al regular aspectos relativos a diferentes mecanismos de vinculación de personal, en el decreto demandado.

La potestad reglamentaria del Ejecutivo, contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

De acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política «Corresponde al presidente como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes». La potestad reglamentaria de la ley asignada constitucionalmente Presidente de la República es la figura que le permite dictar reglamentos de carácter general e impersonal dirigidos a lograr la correcta ejecución de la ley. Mediante dicha facultad, lleva a cabo la labor de expedir decretos, resoluciones y demás órdenes necesarias para el cumplimiento de las leyes. Dicha facultad es solo de carácter reglamentario, como su nombre lo indica, por lo que las normas expedidas por el presidente en función de la mencionada potestad, están subordinadas a la ley que desarrollan y orientadas a permitir su aplicación.

La jurisprudencia, tanto constitucional²⁹ como contencioso administrativa³⁰, ha definido de manera uniforme y reiterada, que la potestad reglamentaria concedida al Gobierno por el artículo 189 numeral 11.º de la Constitución, encuentra uno de sus límites y/o requisitos para su ejercicio, en el contenido mismo de la ley a reglamentar, aspecto que ha sido definido como el «límite material».

²⁷ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

²⁸ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

²⁹ Sobre el particular se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-557 de 1992, C-028 de 1997, C-432 de 2004, C-1262 de 2005, C-953 de 2007, C-372 de 2009 y C-810 de 2014.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación 11001-03-25-000-2010-000235-00(1973-10); Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación 11001-03- 25-000- 2010-00240- 00(2019-10) de julio 6 de 2015; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 15 de julio de 1994, proferida en el exp. 5393, Consejero Ponente Guillermo Chahín Lizcano

Así, por ejemplo, esta Corporación a través de su Sección Cuarta, se ha pronunciado respecto a la potestad reglamentaria del ejecutivo, en sentencia de 15 de julio de 1994, proferida en el exp. 5393, con ponencia del Consejero Guillermo Chahín Lizcano, donde señaló, que «la potestad reglamentaria encuentra claros límites en la ley, de tal manera que no puede modificar o cambiar su contenido esencial».³¹ De igual manera, lo hizo esta Sección en sentencia de 28 de febrero de 2013³², con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez De Páez, en la cual dispuso:

«La función reglamentaria consiste en hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, de manera que so pretexto de la reglamentación, no se pueden introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrínseco de la ley, pues esto constituye una extralimitación que afecta la voluntad legislativa, o también, una intromisión del Ejecutivo en la competencia del legislador. »

En igual sentido se ha pronunciado en repetidas ocasiones la Corte Constitucional. Así por ejemplo, en la sentencia C-302 de 1999,³³ donde afirmó que:

«La facultad con que cuenta el Presidente de la República de reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella.»³⁴

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1005 de 2008,³⁵ expresó:

«La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 ha de ejercerse, por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos

³¹ En la referida providencia se puede leer: «Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad. El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189.11 de la Constitución) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución, pues en tal circunstancia el reglamento no sólo no es necesario, sino que se desconoce el mismo criterio de necesidad previsto en la norma superior. En consecuencia el órgano administrativo debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho. Si el texto es claro no requiere reglamentación, y sí el ejecutivo la realiza, cuando menos incurre en un ejercicio inocuo del poder reglamentario. Ahora bien, si modifica su contexto, adicionando o recortando, lo dispuesto en la ley, incurre en violación no solo de la norma legal reglamentada, sino de la norma constitucional que define el poder reglamentario en los términos referidos. Si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la ley, para buscar una aplicación conveniente a través del reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de "arreglar la ley", para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo competente al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150, y eventualmente puede ejercerla el Presidente en los excepcionales casos que la misma Carta contempla, sin que jamás puedan confundirse la facultad de hacer las leyes con la facultad de reglamentarlas.»

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación 11001-03-25-000-2010-000235-00(1973-10)

³³ Con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

³⁴ También pueden consultarse las sentencias C-028 de 1997.

³⁵ M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

legales y constitucionales. Así, los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la ley. Desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. (...).

El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria, ha dicho esta Corte, es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar.»

Se tiene entonces, que si bien el reglamento es un complemento indispensable para que la ley se haga ejecutable, dado que en éste se permite desarrollar las reglas generales en ella consagradas, explicitan sus contenidos, hipótesis y supuestos y se indica la manera de cumplirse lo reglado, no puede rebasar el límite inmediato fijado por ella misma, es decir, su contenido material.

En concordancia con lo anterior, lo que se debe analizar en el presente caso, es si el Gobierno al reglamentar el artículo 63 la Ley 1429 de 2010,³⁶ que regula lo relacionado con la «contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado», por intermedio de los apartes normativos demandados, rebasó el límite material que dicha norma le imponía. Por lo tanto, en aras a resolver este problema jurídico planteado, deberá la Sala aludir al contenido del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

En ese sentido resulta de la mayor importancia y utilidad traer a colación el análisis que la Corte Constitucional realizó en la sentencia C-629 de 2011,³⁷ respecto del contexto normativo de la Ley 1429 de 2010,³⁸ con miras a precisar el sentido y alcance de su contenido material, para luego confrontarlo con el aparte normativo demandado.

A través de la mencionada sentencia, la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 3.º del artículo 5.º de la referida Ley 1429 de 2010; disposición normativa que establece, como incentivo a la formalización de empleo, el pago progresivo de los aportes parafiscales y otras contribuciones de nómina como el subsidio familiar.

Como el problema jurídico que la Corte tuvo que resolver en esa oportunidad giró en torno a establecer si el establecimiento de dichos beneficios para las pequeñas empresas creadas por empresarios recién egresados de las universidades, desconocía derechos como el de la igualdad, la Corporación, inició su análisis revisando los antecedentes legislativos de la Ley 1429 de 2010. Dijo entonces la Corte lo siguiente:

«Tal como se consigna en la ponencia para el primer debate del proyecto que finalmente terminaría siendo aprobado³⁹, uno de los principales retos que enfrenta el país actualmente es la generación de empleo formal.(...)

La Ley 1429 de 2010 persigue entonces “romper el cuello de botella de la informalidad empresarial y laboral en Colombia, así como facilitar la vinculación laboral de los jóvenes y las mujeres con problemas de acceso al mercado laboral. En efecto, la informalidad, tanto empresarial como laboral,

³⁶ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

³⁷ Con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto.

³⁸ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

³⁹ Ver Gaceta del Congreso de la República No.932, del diecinueve de octubre de 2010.

es una de las problemáticas que más afectan la productividad y el desarrollo del sector privado, además de convertirse en un obstáculo infranqueable en la reducción de la pobreza. Por consiguiente, es uno de los principales obstáculos para el crecimiento económico y el aumento efectivo del bienestar de muchos hogares colombianos.”

La Ley se dirige específicamente a facilitar el crecimiento de las pequeñas empresas para que se formalicen y de esta manera generen empleos productivos. (...)

Estos propósitos aparecen enunciados a partir del artículo primero de la ley en el cual se consigna que este tiene por objeto “la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse.” (...).

En resumen el enunciado normativo demandado hace parte de un conjunto de medidas dirigidas a fomentar la creación de empleo formal, y no se trata de la única prevista para alcanzar tal finalidad, por el contrario, el Legislador diseñó un conjunto de regulaciones dirigidas a alcanzar tal propósito, entre las cuales se encuentran la progresividad en el pago de tributos de distinta índole que implica la afectación de las arcas estatales. No se trata por lo tanto de una medida aislada dirigida específicamente a disminuir las prestaciones sociales de un grupo de trabajadores, sino de un mecanismo integrado dentro de una política pública de fomento laboral, dirigida a paliar uno de los más graves problemas del mercado laboral colombiano.»
(Subrayado de la Sala)

Entonces, se colige del análisis realizado por la Corte Constitucional, que la expedición de la Ley 1429 de 2010⁴⁰ fue influenciada por la necesidad de generar empleo formal, al igual que de estimular la contratación de jóvenes y mujeres con dificultades para acceder al mercado laboral, para lo cual se buscaron incentivos de distinta índole, por ejemplo tributarios y prestacionales.

Ahora bien, luego de invocar sumariamente los propósitos que animaron la expedición de la Ley 1429 de 2010⁴¹ y de su contexto normativo, se pasará al examen de su artículo 63, objeto de reglamentación por parte del Decreto 583 de 2016⁴² que adicionó el artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁴³ aquí demandado.

Dispone entonces el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010:⁴⁴

«Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. 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.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo 3.º de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan

⁴⁰ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁴¹ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁴² Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

⁴³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁴⁴ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.»

La norma transcrita establece, que el personal requerido para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado, no podrá ser vinculado a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas vigentes. Igualmente señala la norma, que cuando en los casos excepcionales previstos por la ley, las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los asociados por las labores realizadas. Por último, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010⁴⁵ preceptúa, que la entidad pública o privada que incurra en la prohibición de vincular personal para desarrollar actividades misionales permanentes, será multada con hasta 5.000 salarios; y que el servidor público que no respete dicho mandato responderá disciplinariamente por falta grave.

El anterior artículo fue reglamentado por el Decreto Reglamentario 2025 de 2011⁴⁶, en los siguientes términos:

«Artículo 1°. Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

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. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta.

Parágrafo. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle.

Artículo 2°. A partir de la entrada en vigencia del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, las instituciones o empresas públicas y/o privadas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado.

⁴⁵ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁴⁶ por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

(...)

Artículo 4°. Cuando se establezca que una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado ha incurrido en intermediación laboral, o en una o más de las conductas descritas en el artículo anterior, se impondrán sanciones consistentes en multas hasta de cinco mil (5.000) smlmv, a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social, de conformidad con lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

(...)

Artículo 8°. Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo 3.º de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, a partir de la fecha de entrada en vigencia del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, retribuirán de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, a los trabajadores no asociados por las labores realizadas.»

En la normativa citada se definieron los conceptos de intermediación laboral y actividad misional permanente, así mismo, se determinó quién es el tercero contratante y se estableció la prohibición expresa a las cooperativas y precooperativas de realizar labores de intermediación, al igual que la sanción a éstas cuando incurran en dicha práctica.

Posteriormente, a través del Decreto Reglamentario 583 de 2016,⁴⁷ el Gobierno adicionó un capítulo 2.º al título 3.º de la parte 2ª del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, con el propósito de reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010,⁴⁸ antes transcrito.

De dicho reglamento el actor acusó de nulidad los numerales 4.º y 6.º del artículo 2.2.3.2.1., a través de los cuales se establecen varias definiciones «para los efectos de la 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». Los numerales demandados rezan:

«4. Beneficiario y proveedor. Se entiende por beneficiario la persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o de la prestación de un servicio por parte de un proveedor. Se entiende por proveedor la persona natural o jurídica que provea directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo.

El beneficiario y el proveedor, dependiendo de su naturaleza jurídica particular, pueden ser instituciones, empresas, personas naturales o jurídicas, u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas. Además, pueden tener las modalidades sociedades anónimas simplificadas, sociedades anónimas, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias privadas gestión y colocación de empleo, agencias públicas y privadas de gestión y colocación, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios o cualquier otra modalidad de vinculación, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas.

⁴⁷ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

⁴⁸ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

(...)

6. Tercerización laboral. Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos:

- a) Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y
- b) Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.»

Entonces, se tiene que el numeral 4º de dicho artículo, define al «beneficiario» como la persona natural o jurídica que se favorece directa o indirectamente de la producción de un bien o de la prestación de un servicio por parte de un proveedor. Al «proveedor» lo precisa como la persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo. Igualmente, señala que tanto el beneficiario como el proveedor pueden ser instituciones, empresas, personas naturales o jurídicas, u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas; y que pueden tener las modalidades de sociedades anónimas simplificadas, sociedades anónimas, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias públicas y privadas de gestión y colocación, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios o cualquier otra modalidad de vinculación, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas.

Por su parte, el numeral 6º del artículo 2.2.3.2.1. precisa, que se entiende como «tercerización laboral» los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes, y que esta es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada: **i)** se vincule personal para el desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los ya mencionados; y **ii)** se vincule personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales.

De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Sala que los enunciados normativos demandados desbordan materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010,⁴⁹ el cual hace referencia a la prohibición de contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral, para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado, mientras que la norma reglamentaria, regula aspectos relacionados con la tercerización laboral, dentro de la cual ubica todos los mecanismos legales de intermediación laboral, aspectos estos que no están comprendidos en la referida ley.

⁴⁹ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

Se recuerda, que tal como lo estudió la honorable Corte Constitucional en la sentencia C-629 de 2011,⁵⁰ la Ley 1429 de 2010⁵¹ se expidió con el propósito de reglar los procedimientos y el establecimiento de incentivos para formalizar el empleo en Colombia y generar más oportunidades para los jóvenes, por lo que en ella se contemplaron varios beneficios a favor de las pequeñas empresas durante las etapas iniciales de su constitución, tales como el fortalecimiento de programas de desarrollo empresarial, la instauración de descuentos en materia de impuestos, la simplificación de trámites y la creación del Sistema Nacional de Información de Demanda Laboral.

En igual sentido, al realizar una lectura sistemática y en conjunto, se aprecia que tampoco es posible encontrar en el resto del articulado de la Ley 1429 de 2010,⁵² enunciado normativo alguno referido al tema de la «tercerización laboral» que el Gobierno reguló en el Decreto Reglamentario 583 de 2016,⁵³ so pretexto de desarrollarla.

Así las cosas, resulta claro para la Sala, que a través de los apartes normativos demandados del Decreto Reglamentario 583 de 2016,⁵⁴ el Gobierno Nacional, con la excusa de desarrollar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010,⁵⁵ excedió los límites materiales que ésta con su contenido le impuso; toda vez que el Presidente de la República no tenía las facultades legales para extender la figura de intermediación laboral a otras modalidades de contratación.

Entonces, tomando en consideración la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, en cuanto a que «Cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se traduce en ilegalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento»⁵⁶, procederá la Sala a declarar la ilegalidad de las disposiciones demandadas por su extralimitación en el ámbito material del reglamento.

Aunado a lo anterior precisa la Sala, que según los considerandos del Decreto Reglamentario 583 de 2016,⁵⁷ al cual pertenecen las normas demandadas, dicha normatividad se expidió para «hacer más eficiente e integral la inspección laboral», razón por la cual la norma a reglamentar no era el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010⁵⁸ que, como se vio, regula aspectos atinentes al funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado, sino las disposiciones que establecen las funciones y facultades de inspección y vigilancia del Ministerio del Trabajo, como por ejemplo, los artículos 17,⁵⁹ 485⁶⁰ y 486⁶¹ del Código Sustantivo del Trabajo,

⁵⁰ Con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto.

⁵¹ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁵² Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁵³ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

⁵⁴ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

⁵⁵ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación 11001-03-25-000-2010-00240-00(2019-10) de julio 6 de 2015

⁵⁷ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

⁵⁸ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁵⁹ **Artículo. Órganos de control.** La vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales está encomendada a las autoridades administrativas del Trabajo.

⁶⁰ **Artículo. Autoridades que los ejercitan.** La vigilancia y el control del cumplimiento de las normas de éste Código y demás disposiciones sociales se ejercerán por el Ministerio del Trabajo en la forma como el Gobierno, o el mismo Ministerio, lo determinen.

que radican la competencia de la vigilancia en el Ministerio del Trabajo y la Ley 1610 de 2013⁶² sobre los inspectores de trabajo; entre otras.

En ese orden de ideas, la Sala aclara que la nulidad que en esta providencia se decreta respecto del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁶³ el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016⁶⁴, en sus numerales 4.º y 6.º., en nada afecta las funciones y facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas por el ordenamiento jurídico al Ministerio del Trabajo.

En conclusión, se decretará la nulidad de las referidas normas reglamentarias, puesto que con su expedición el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Segundo cargo.- Desconocimiento de los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990

El segundo cargo alzado por el demandante consistió en que el Gobierno desconoció los artículos 71 y subsiguientes de la Ley 50 de 1990⁶⁵, según los cuales, únicamente las empresas de servicios temporales pueden ofrecer servicios de intermediación laboral; al establecer en las disposiciones demandadas, que agencias públicas y privadas de gestión y colocación de empleo, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, etc.

⁶¹ **Artículo 486. Atribuciones y sanciones.** <Artículo subrogado por el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>1. <Numeral modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios del Ministerio de Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. Así mismo, podrán entrar sin previo aviso, y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa con el mismo fin y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos como lo crean conveniente para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores.

Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social tendrán las mismas facultades previstas en el presente numeral respecto de trabajadores, directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, siempre y cuando medie solicitud de parte del sindicato y/o de las organizaciones de segundo y tercer grado a las cuales se encuentra afiliada la organización sindical.

2. <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1610 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral anterior y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente. Esta multa se destinará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

La imposición de multas, de otras sanciones o de otras medidas propias de su función como autoridades de policía laboral por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo que cumplan funciones de inspección, vigilancia y control, no implican en ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias.

3. Las resoluciones de multas que impongan los funcionarios del Ministerio del Trabajo prestarán mérito ejecutivo. De estas ejecuciones conocerán los jueces del trabajo conforme al procedimiento especial de que trata el capítulo 16 del Código de Procedimiento del Trabajo.

⁶² Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral.

⁶³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁶⁴ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

⁶⁵ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

pueden realizar operaciones de tercerización laboral, queriendo significar intermediación laboral.

Ahora bien, para poder indicar si en efecto, el Ejecutivo realizó una asimilación de los conceptos de intermediación laboral y tercerización laboral, es necesario diferenciar en qué consisten ambos mecanismos de vinculación indirecta de personal, a partir de ello.

Para analizar el primer punto, debe tenerse presente que la OIT reconoce la presencia de dos grandes vertientes generadoras de relaciones «triangulares»⁶⁶ de trabajo: la primera, ligada al suministro de personal mediante contratos comerciales, y la segunda, consistente en la ejecución de obras y de prestación de servicios. Son estas vertientes las que han dado lugar a los conceptos de tercerización e intermediación laboral.⁶⁷

Con esto en mente, en primer lugar, se definirán los conceptos de tercerización e intermediación laboral como mecanismos de vinculación indirecta de personal; toda vez que a primera vista, el artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁶⁸ el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016, los ha asimilado. Así las cosas, se encuentra que la intermediación laboral ha sido reglamentada desde el Código Sustantivo Laboral en su artículo 35, donde establece:

- «**Artículo 35: 1.** Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.
- 2.** Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.
- 3.** El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.»

Así, con la expedición de la Ley 50 de 1990⁶⁹ se amplió el alcance de la figura, toda vez que en sus artículos 95 y 96 indicó:

«**Artículo 95.** La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Artículo 96. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizará a las entidades privadas o públicas que desarrollen actividades de Intermediación laboral a fin de establecer un Sistema Nacional de Intermediación. Para tales efectos el Gobierno Nacional expedirá los reglamentos necesarios.»

⁶⁶ La doctrina y la Organización Internacional del Trabajo, han denominado «relaciones triangulares» a las que se establecen entre: i) Un sujeto que se beneficia de un servicio, un producto o una provisión de personal, denominado beneficiario, contratante o empresa usuaria; ii) Un contratista que podrá ser una EST, una PCTA y CTA, un contratista independiente, una asociación sindical, una empresa asociativa de trabajo, o un sujeto que en todo caso provea un servicio; iii) Los trabajadores, prestadores de servicios, contratistas, asociados, sindicalistas o en general aquellas personas naturales que prestan sus servicios con las condiciones particulares de cada institución. – Tomad de “La Licitud De La Tercerización Laboral Y La Intermediación Laboral En Colombia: Análisis De La Postura Del Ministerio Del Trabajo A Partir Del Ordenamiento Jurídico Colombiano.” Autores: Mariana Góez Mondragón; Jose Jaime Posada Molina; Universidad EAFIT

⁶⁷ Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 95a reunión, 2006.

⁶⁸ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁶⁹ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

Dicha norma fue reglamentada por el Decreto 4369 de 2006,⁷⁰ cuyo artículo 10.º señaló:

«**Artículo 10. Prohibiciones.** No podrán ejercer la actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales, aquellas que tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; las que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de la Protección Social para el desempeño de esa labor, tales como las dedicadas al suministro de alimentación, realización de labores de aseo, servicio de vigilancia y mantenimiento; tampoco la podrán realizar las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.»

Posteriormente, la Ley 1429 de 2010⁷¹ en el artículo 63 señaló:

Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. 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.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.»

Posteriormente, el Decreto 2025 de 2011⁷² entró a reglamentar las leyes anteriores, en lo referente a la intermediación laboral para los efectos de las Leyes 1429 de 2010⁷³ y 50 de 1990,⁷⁴ en los siguientes términos:

«**Artículo 1º.** Para los efectos de los incisos 1º y 3º del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

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. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

⁷⁰ Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones.

⁷¹ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁷² Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

⁷³ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁷⁴ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta.

Parágrafo. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle.»

En el ámbito internacional, la Organización Internacional de Trabajo –OIT- reguló lo que en Colombia se conoce como intermediación laboral, al igual que lo referente a las Empresas de Servicios Temporales, utilizando los mismos conceptos, pero distinta terminología. Así las cosas, sobre la intermediación laboral indicó en la Conferencia Internacional del Trabajo 85° reunión 1997, Informe VI (1) Trabajo en régimen de Subcontratación, realizada en Ginebra, Suiza:

«Subcontratación de mano de obra:

En términos generales, hay este tipo de subcontratación cuando el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de 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. Hay muchas variantes de este fenómeno, pero todas se caracterizan por la ausencia de una relación de empleo directa y oficial entre la empresa usuaria y los trabajadores interesados»

Sobre los servicios de las Empresas Temporales dispuso en el literal b) el artículo 1° del Convenio Sobre las Agencias de Empleo Privadas No. 181 de 1997,

«1. A efectos del presente Convenio, la expresión **agencia de empleo privada** designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

(...)

(b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;»

Entonces, en los términos anteriores, se concluye que la intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante. Se trata por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentra prohibida su prestación por parte de Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

Por otro lado, se encuentra la tercerización laboral, la cual no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana, excepto en la norma parcialmente demandada y objeto de estudio de esta providencia. Empero, la doctrina ha definido esta figura como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios, indicando que

«La tercerización laboral así entendida, supone que la producción de bienes o prestación de servicios se ejecute en un marco de dirección y control a cargo de una parte que se denomina contratista, con sus propios medios, trabajadores y patrimonio, a favor de otro sujeto, el contratante»⁷⁵

Ahora bien, siendo entendida la tercerización laboral en los anteriores términos, se tiene que la Organización Internacional del Trabajo sin definir la figura como tal, sí ha hecho referencia a la práctica de la subcontratación laboral de bienes y servicios. Al respecto ha indicado:

«Subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios:

Con arreglo a esta modalidad de trabajo en régimen de subcontratación, 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. Los trabajadores dedicados a esa tarea permanecen bajo el control y la supervisión de la segunda empresa (llamada subcontratista), que es también responsable del pago de los salarios y del cumplimiento de las demás obligaciones que incumben al empleador. La empresa usuaria paga al subcontratista por el trabajo efectuado o por el servicio facilitado, y no en función del número de personas empleadas ni del número de horas trabajadas. A la empresa usuaria lo único que le interesa es el producto terminado que le entrega el subcontratista, no la manera en que se realizó el trabajo ni quién lo hizo»⁷⁶

Se colige de lo anterior, que la tercerización laboral, entendida como el suministro de bienes y servicios, es permitida por los convenios de la OIT.

Ahora bien, hay que confrontar la definición realizada anteriormente, con aquella contenida en el numeral 6° del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁷⁷ el cual fue adicionado por el artículo 1° del también Decreto Reglamentario 583 de 2016, que reza:

«6. Tercerización laboral. Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos:

- a) Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y
- b) Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.»

Se evidencia de la definición de tercerización realizada por el artículo demandado, que el Ejecutivo asimiló los conceptos de tercerización y de intermediación laboral; toda vez que señala que «Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor,

⁷⁵La Licitud De La Tercerización Laboral Y La Intermediación Laboral En Colombia: Análisis De La Postura Del Ministerio Del Trabajo A Partir Del Ordenamiento Jurídico Colombiano. Mariana Góez Mondragón; Jose Jaime Posada Molina; Universidad EAFIT

⁷⁶ Conferencia Internacional del Trabajo 85° reunión 1997, Informe VI (1) Trabajo en régimen I\ de. Subcontratación; Ginebra, Suiza.

⁷⁷ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes», pero previamente había incluido como formas de beneficiario y proveedor casi todas las figuras legales de vinculación de personal.

Adicionalmente, al establecer que la tercerización va a ser ilegal cuando no cumpla con dos requisitos, los cuales resultan ser aquellos consagrados para la intermediación laboral en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 que pretende reglamentar, nuevamente confunde la categoría jurídica de intermediación laboral con la de tercerización laboral, generando por lo menos en teoría, la posibilidad hermenéutica de considerar que todas las figuras legales de vinculación de personal enlistadas como beneficiario y proveedor pueden realizar labores de intermediación, siempre y cuando no incurran en las dos prohibiciones mencionadas por la referida norma.

La implicación de ello, en lo relativo al numeral 4 del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015⁷⁸, es que la lectura de dicho numeral lleva a concluir que todas las entidades enlistadas en dicho artículo⁷⁹ pueden realizar labores de intermediación laboral. Con ello, el Ejecutivo incurrió en el desconocimiento de las Leyes 50 de 1990 y 1429 de 2010; toda vez que éstas en forma expresa prohíben el desarrollo de la actividad de intermediación laboral a cooperativas, precooperativas; y otorgándolo exclusivamente a las Empresas de Servicios Temporales.

Por lo tanto, considera la Sala que el segundo cargo alzado por el demandante también ha de prosperar.

Tercer cargo.- Desconocimiento de los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990,⁸⁰ según los cuales, a las empresas de servicios temporales les está permitido suministrar personal para que ejecuten funciones misionales para un beneficiario, de manera temporal

Por último, la parte actora alegó que el inciso 1º del numeral 6º del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015⁸¹, el cual hace referencia a que es ilegal la «tercerización laboral» desarrollada a través de los mecanismos de vinculación mencionados -incluyendo las empresas de servicios temporales- cuando se vincule personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes; contraría los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990⁸², mediante las cuales se autoriza a las empresas de servicios temporales a suministrar personal para que ejecuten funciones misionales para un beneficiario, de manera temporal.

Específicamente, algunas de las disposiciones de la Ley 50 de 1990,⁸³ cuya trasgresión se invoca, disponen:

⁷⁸ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁷⁹ El beneficiario y el proveedor, dependiendo de su naturaleza jurídica particular, pueden ser instituciones, empresas, personas naturales o jurídicas, u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas. Además, pueden tener las modalidades sociedades anónimas simplificadas, sociedades anónimas, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias privadas gestión y colocación de empleo, agencias públicas y privadas de gestión y colocación, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios o cualquier otra modalidad de vinculación, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas.

⁸⁰ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁸¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁸² Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁸³ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

«Artículo 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.

Artículo 72. Las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior.

Artículo 73. Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.

Artículo 74. Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

Artículo 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley.

Artículo 76. Los trabajadores en misión tienen derecho a la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado, cualquiera que éste sea.

Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Artículo 78. La empresa de servicios temporales es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes.

Cuando el servicio se preste en oficios o actividades particularmente riesgosas, o los trabajadores requieran de un adiestramiento particular en cuanto a prevención de riesgos, o sea necesario el suministro de elementos de protección especial, en el contrato que se celebre entre la empresa de servicios temporales y el usuario se determinará expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones. No obstante, este acuerdo no libera a la empresa de servicios temporales de la responsabilidad laboral frente al trabajador en misión.

Artículo 79. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.

Parágrafo transitorio. Los contratos de los trabajadores en misión vinculados a las empresas de servicios temporales con anterioridad a la vigencia de esta ley, serán reajustados en un plazo de doce (12) meses de conformidad con lo expresado en este artículo.

Artículo 80. Las empresas de servicios temporales no podrán prestar sus servicios a usuarias con las que tengan vinculación económica en los términos de que trata el Capítulo XI del Libro Segundo del Código de Comercio.

Artículo 81. Los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán:

1. Constar por escrito.
2. Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.
3. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.
4. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78. de la presente ley.»

La lectura de las normas transcritas revela, entre otras, que en efecto, tal como lo menciona la parte demandante, 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 normativa.

Ahora bien, el numeral 6° del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015⁸⁴, que se invoca como vulnerado, enuncia los dos elementos que deben presentarse para que la tercerización laboral, queriendo decir intermediación, sea ilegal:

1. La vinculación de personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes a través de uno de los proveedores mencionados en el Decreto.
2. La vinculación de personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Al revisar el contenido de la norma demandada, la Sala encuentra que del mismo no se evidencia una contradicción con lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, según se analiza a continuación.

Efectivamente, las normas que se acusan prevén la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales.

A su vez, el numeral 6° del artículo 2.2.3.2.1. bajo análisis, enuncia los dos elementos que deben presentarse para que la tercerización laboral sea considerada ilegal, esto es: (i) que la vinculación del empleado sea para el desarrollo de actividades misionales permanentes, y (ii) la forma de vinculación afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

⁸⁴ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

De esta manera, vemos que dicho numeral no niega la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales, sino que se limita a señalar cuándo la tercerización laboral, definida como un concepto genérico que comprende a la intermediación, es considerada ilegal.

Asimismo, nota la Sala que los dos requisitos para ello no niegan la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales: por el contrario, dichos requisitos están ligados a que los servicios misionales tengan precisamente un carácter permanente, y éstos sean vulneratorios de los derechos previstos en la legislación laboral.

DECISIÓN

Los enunciados normativos demandados desbordan materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010,⁸⁵ el cual hace referencia a la prohibición de contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral, para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado; mientras que la norma reglamentaria suspendida, regula aspectos relacionados con la tercerización laboral, dentro de la cual ubica todos los mecanismos legales de intermediación laboral, aspectos estos que no están comprendidos en la referida ley.

Por lo tanto, en la parte resolutive de esta providencia, se ordenará decretar la nulidad parcial del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁸⁶ el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016⁸⁷, en sus numerales 4.º y 6.º que dictan:

«**Artículo 2.2.3.2.1. Definiciones.** Para los efectos de la aplicación de las normas laborales vigentes en los procesos administrativos de inspección, vigilancia y control de todas modalidades de vinculación diferentes a la contratación directa del trabajador por parte del beneficiario, se aplicarán siguientes definiciones:

(...)

4. Beneficiario y proveedor. Se entiende por beneficiario la persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o de la prestación de un servicio por parte de un proveedor. Se entiende por proveedor la persona natural o jurídica que provea directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo.

El beneficiario y el proveedor, dependiendo de su naturaleza jurídica particular, pueden ser instituciones, empresas, personas naturales o jurídicas, u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas. Además, pueden tener las modalidades sociedades anónimas simplificadas, sociedades anónimas, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias privadas gestión y colocación de empleo, agencias públicas y privadas de gestión y colocación, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios o cualquier otra modalidad de vinculación, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas.

⁸⁵ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁸⁶ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁸⁷ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

(...)

6. Tercerización laboral. Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos:

- a) Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y
- b) Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.»

Por último, en atención a que los artículos 229 y 230 de la Ley 1437 de 2011⁸⁸ señalan que el objeto de las medidas cautelares es garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, la Sala considera necesario levantar la medida cautelar de suspensión provisional decretada por auto de 15 de marzo de 2017, ello, teniendo en cuenta que con la expedición de la presente sentencia se resuelve de fondo y de manera definitiva el objeto del proceso.

En ese orden de ideas, en aplicación de los principios de sustracción de materia, economía procesal, eficiencia y celeridad, se dispondrá, por carencia de objeto, la inhibición respecto del recurso de súplica que se surte contra el auto de 15 de marzo de 2017 que decretó la referida medida cautelar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad parcial del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁸⁹ el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016⁹⁰, en sus numerales 4.º y 6.º.

SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos de los apartes anulados del Decreto Reglamentario 1469 de 2010, ordenada en auto de 6 de abril de 2015, y en consecuencia, la Corporación se **INHIBE** de resolver el recurso de súplica interpuesto contra la referida providencia, por sustracción de materia o carencia de objeto.

TERCERO.- Por Secretaría, **REQUERIR** al Despacho que se encuentra tramitando el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 15 de marzo de 2017, para que remita con destino a este expediente, el cuaderno de medidas cautelares.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sección Segunda, Subsección B, en sesión de la fecha, por los Consejeros:

⁸⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸⁹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁹⁰ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

ACLARACIÓN DE LA SETENCIA- Procedencia

El numeral transcrito incurrió un error al digitar lo relacionado con la norma suspendida y la providencia que así lo dispuso, razón por la cual se ordenará su aclaración en los siguientes términos: **«SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos de los apartes anulados del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁹¹ el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016,⁹² en sus numerales 4.º y 6.º, ordenada en auto de 15 de marzo de 2017, y en consecuencia, la Corporación se INHIBE de resolver el recurso de súplica interpuesto contra la referida providencia, por sustracción de materia o carencia de objeto.»**.

FUENTE FORMAL : CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 258

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16)

Actor: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, ACOSSET

Demandado: MINISTERIO DEL TRABAJO

⁹¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁹² Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

Asunto: Aclaración oficiosa de la sentencia

Con fundamento en el artículo 258 del, aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala a aclarar de oficio la sentencia de 6 de julio de 2017, que resolvió «**DECLARAR** la nulidad parcial del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁹³ el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016⁹⁴, en sus numerales 4.º y 6.º.»; normas que regulaban algunos aspectos relacionados con la figura de la intermediación laboral.

Como las referidas disposiciones normativas habían sido previamente suspendidas de manera provisional por auto de 15 de marzo de 2017, en aplicación de los principios de sustracción de materia, economía procesal, eficiencia y celeridad, se consideró pertinente levantar dicha medida cautelar, y disponer, por carencia de objeto, la inhibición respecto del recurso de súplica interpuesto contra la mencionada providencia. Por tal razón, en el numeral segundo de la sentencia de 6 de julio de 2017, se ordenó lo siguiente:

«SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos de los apartes anulados del Decreto Reglamentario 1469 de 2010, ordenada en auto de 6 de abril de 2015, y en consecuencia, la Corporación se **INHIBE** de resolver el recurso de súplica interpuesto contra la referida providencia, por sustracción de materia o carencia de objeto.».

El numeral transcrito incurrió un error al digitar lo relacionado con la norma suspendida y la providencia que así lo dispuso, razón por la cual se ordenará su aclaración en los siguientes términos:

«SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos de los apartes anulados del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,⁹⁵ el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016,⁹⁶ en sus numerales 4.º y 6.º, ordenada en auto de 15 de marzo de 2017, y en consecuencia, la Corporación se **INHIBE** de resolver el recurso de súplica interpuesto contra la referida providencia, por sustracción de materia o carencia de objeto.».

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia, **ACLARAR** el numeral 2.º de la parte resolutive de la sentencia de 6 de julio de 2017 proferida en el proceso de Nulidad Simple la referencia, el cual quedará así:

«SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos de los apartes anulados del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016, en sus numerales 4.º y 6.º, ordenada en auto de 15 de marzo de 2017, y en consecuencia, la Corporación se **INHIBE** de

⁹³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁹⁴ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

⁹⁵ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

⁹⁶ Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

resolver el recurso de súplica interpuesto contra la referida providencia, por sustracción de materia o carencia de objeto.»

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sección Segunda, Subsección B, en sesión de la fecha, por los Consejeros:

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS