

CONCEPTO 58543 DE 2013

(20 noviembre)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Intermediación laboral

Mediante radicado No. 8-2013-052664 del 16 de octubre de 2013, recibimos su consulta en la que solicita precisiones en el proceso de selección a adelantar en relación a la participación de las empresas de intermediación laboral.

PROBLEMA JURÍDICO

“La inquietud que me surge, es la posibilidad de que el objeto planteado pueda entenderse como una intermediación laboral, teniendo en cuenta que las actividades requeridas serán desarrolladas a través de un personal especializado para estas funciones, y que la persona jurídica que llegase a obtener el contrato, sea una distinta a aquellas de las que gozan de Licencia emitida por el Ministerio de Trabajo y a las que exclusivamente se les permite el suministro de personal toda vez que sus actividades gozan de plena vigilancia del Ministerio de trabajo y regladas por nuestra Legislación laboral a través de la Ley [50](#) de 1990 y Decreto 4369 de 2006

Es por ello que a través de esta consulta me permito manifestar la preocupación, sobre la legalidad de que el contrato se ejecute a través de alguien que ejerza la intermediación laboral no autorizada y que implicaciones acarrearía para nuestra institución y sobre los ordenadores del gasto.?

Previo al pronunciamiento es pertinente citar las normas sobre las cuales versa el objeto de la consulta, así:

SOPORTES NORMATIVOS

El artículo [32](#) numeral 3° de la Ley 80 de 1993 señala:

3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Sobre la interpretación de la norma transcrita precedentemente en el fallo N° 4096 de 2006, el Consejo de Estado, (Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado) expresó:

“El artículo [32](#) numeral 3° de la Ley 80 de 1993, permite la contratación con personas jurídicas, vale decir de la norma en precedencia puede concluirse que los entes públicos pueden llevar a cabo la modalidad de contratación por SERVICIOS TEMPORALES.

“La interpretación que se deja expresada, encuentra justificación porque en que la primera parte de la norma no se hace distinción para la celebración de contratos de prestación de servicios con las personas naturales y jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, mientras que en la segunda parte después del punto que precede a la palabra "entidad", la norma se encarga de precisar que tales contratos solamente podrán celebrarse con personas naturales, vale decir, aquí sí se excluye a las personas jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados

No obstante lo anterior, es importante aclarar que para el SENA no es viable jurídicamente contratar instructores a través de empresas de servicios temporales, en atención a que la función de formación profesional no es una labor distinta de las actividades normales del SENA, por el contrario es su función principal.

Así mismo el artículo 3.4.2.5.1.. del Decreto 734 de 2012 contempla:

Artículo 3.4.2.5.1. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales

Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el acto administrativo de que trata el artículo 3.4.1.1 del presente decreto

De otra parte el artículo 71 de la Ley 50 de 1993, define la empresa de servicios temporales así:

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. (resaltado fuera de texto).

El Decreto 4369 de 2006 establece:

Artículo 7°.

Trámite de autorización. La solicitud de autorización de funcionamiento de la Empresa de Servicios Temporales deberá ser presentada por su representante legal, ante el funcionario competente de la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social del domicilio principal, acompañada de los siguientes documentos:

1. Escritura pública de constitución y certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, en los que conste que su único objeto social, es contratar la prestación del servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la empresa usuaria.
2. Balances suscritos por el Contador Público y/o el Revisor Fiscal, según sea el caso, y copia de los extractos bancarios correspondientes, a través de los cuales se acredite el capital social pagado, que debe ser igual o superior a trescientas veces el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la constitución.
3. El reglamento de trabajo de que trata el artículo [85](#) de la Ley 50 de 1990.
4. Formatos de los contratos de trabajo que celebrarán con los trabajadores en misión y de los contratos que se suscribirán con los usuarios del servicio.
5. Póliza de garantía, conforme se establece en el artículo 17 del presente decreto.

El Ministerio de la Protección Social a través de la Dirección Territorial Respectiva, dispone de treinta (30) días calendario contados a partir del recibo de la solicitud, para expedir el acto administrativo mediante el cual autoriza o no su funcionamiento, decisión contra la que proceden los recursos de reposición y apelación.

El acto administrativo mediante el cual se autoriza el funcionamiento de la Empresa de Servicios Temporales deberá ser motivado y en él se indicará el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en la ley y en el presente decreto.

En firme el acto administrativo, se procederá a informar de la novedad a la Dirección General de Promoción del Trabajo y a la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, en los formatos establecidos para el efecto.

El Ministerio de la Protección Social se abstendrá de autorizar el funcionamiento de la Empresa de Servicios Temporales, cuando no se cumpla con alguno de los requisitos señalados en el presente artículo; cuando alguno(s) de los socios, el representante legal o el administrador, haya pertenecido, en cualquiera de estas calidades a Empresas de Servicios Temporales sancionadas con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, en los últimos cinco (5) años.

Las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social mantendrán actualizada la información para consulta pública, acerca de las Empresas de Servicios Temporales autorizadas, sancionadas, canceladas, así como los nombres de sus socios, representantes legales y administradores

El mencionado Decreto establece las siguientes prohibiciones:

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.

ANÁLISIS JURÍDICO

La Empresa de Servicios Temporales - EST, es 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.

Es de importancia resaltar que sólo se puede contratar con empresas de servicios temporales por el lapso de 6 meses prorrogables por seis meses más, a fin de proteger el trabajo estable de las personas.

Mediante el Decreto 4369 de diciembre de 2006, se actualizó la normatividad basada en criterios de Protección Socio-Laboral, flexibilización de mercado de trabajo y se reglamenta todo lo referente a las actividades de las Empresas de Servicios Temporales.

RESPUESTA JURÍDICA

En primer lugar es oportuno recordar el derecho que tienen todos los interesados a participar en los procesos contractuales en igualdad de condiciones, al respecto la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, “se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.”^{1]}

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha complementado el contenido de este principio en los siguientes términos:

“El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.”^{2]}

Este principio no es de carácter absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le impone ciertas limitaciones por mandato legal o constitucional^{3]}, con el propósito de asegurar la capacidad civil, la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, y las calidades técnicas, profesionales y económicas y financieras que aseguren el cumplimiento del contrato.

La libre concurrencia, lleva inmersa la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas

limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.

Dando respuesta a su interrogante sobre la posibilidad de que el contrato se ejecute a través de alguien que ejerza la intermediación laboral no autorizada? y que implicaciones acarrearía para nuestra institución y sobre los ordenadores del gasto, es claro que en la respectiva etapa de planeación, desde la confección de los estudios previos y el pliego de condiciones del proceso de selección correspondiente, se deben establecer con claridad los requisitos habilitantes de los futuros oferentes, verbigracia, se deberá solicitar para la contratación con este tipo de personas jurídicas el respectivo acto administrativo (Resolución) expedido por el Ministerio de Trabajo, mediante el cual se autoriza el funcionamiento de la Empresa de Servicios Temporales, ya que este acredita el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en la ley por parte del futuro contratista.

No obstante lo anterior debemos recordar que el proceso contractual se rige por el principio de la buena fe (artículo [28](#) de la Ley 80 de 1993), y bajo esta premisa no podemos partir de supuestos. La H. Corte Constitucional en relación a este principio sostuvo en sentencia C-892 de 2001^{4]}

“En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho^{5]} a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza.

Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo [83](#) de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que 'aquellos adelanten ante estas'.

“La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

“En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en

el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.⁶¹

“El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina⁷¹, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios”.

El presente concepto se emite, de conformidad con lo preceptuado en artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa

NOTAS AL FINAL:

1. Sentencia C-815 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil).
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 30 de enero de 2003. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación No. 11001-03-26-000-2002-0032-01(23058). Por su parte la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.” Ver SC-862 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

3. “(...) Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente (...)” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores, Acic.

4. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5. Los principios generales de derecho constituyen postulados en los que se incorporan los valores materiales básicos que integran la conciencia ético jurídica de una Nación, y en ellos se funda todo el ordenamiento jurídico.

6. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 1996. C.P. Jesús María Carrillo.

7. En relación con el punto, Ferreira Rubio sostiene: “las consecuencias de un comportamiento contrario a lo que impone la buena fe son muy variadas; no pretendemos agotar aquí un catálogo de posibilidades, pero si diremos que las más frecuentes son: a) la privación de las ventajas de quien actúa de buena fe; b) la sanción contra la validez o eficacia del acto o negocio jurídico de que se trata, y c) el nacimiento de la obligación civil de resarcir los daños derivados del tal conducta.”



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

