



13001-33-33-011-2014-00397-01

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-011-2014-00397-01
Accionante	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - COMFAMILIAR
Accionado	NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO
Tema	SANCIÓN DE MULTA POR INTERMEDIACIÓN LABORAL
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)¹, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- COMFAMILIAR suscribió convenio de prestación de servicios con la sociedad Buscamos Ltda., con el objeto de que esta sociedad suministrara trabajadores en misión a la Caja de Compensación, cuando tuviese necesidades de personal originadas por reemplazos, vacaciones, licencias, incapacidades, incrementos en la producción, aumentos de las ventas y demás actividades relacionadas con el giro normal de la empresa.
- La parte demandante COMFAMILIAR también suscribió contrato de prestación de servicios integrales en salud con la sociedad Sistemas en Salud – Siprosalud- S.A.S., en virtud del cual la contratista se comprometió a realizar las actividades que corresponden a la atención de los servicios asistenciales de enfermería, auxiliar de enfermería, instrumentación, psicología, nutrición, fisioterapia, bacteriología, auxiliar de laboratorio y rehabilitación, que se prestaban por hora pedida.
- Como consecuencia de los anteriores negocios jurídicos, el Coordinador del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio del Trabajo, expidió la Resolución 173 del 6 de marzo de 2013, en cuyo artículo 1 se decidió sancionar a la EPS

¹ Folios 246-253 cdr.1





13001-33-33-011-2014-00397-01

CONFAMILIAR Cartagena con una multa por valor de CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES TRECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$147.375.000), con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, Regional Bolívar, por vulnerar las normas de intermediación laboral.

- Mediante las Resoluciones 422 del 31 de mayo de 2013 y 054 del 14 de febrero de 2014, se resolvieron negativamente los recursos de reposición y apelación interpuestos, respectivamente.

1.2 Las pretensiones de la demanda

Con la demanda se pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución 173 del 6 de marzo de 2013, mediante la cual se resuelve una investigación y se sanciona al demandante al pago de una suma de dinero.

De igual manera, se pretende que se declare la nulidad de la Resolución 422 del 31 de mayo de 2013, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 173 del 2013.

Así mismo, se pretende que se declare la nulidad de la Resolución 054 del 14 de febrero de 2014, por medio del cual se resuelve recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la Resolución 173 del 2013.

Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento, se pretende se declare que el demandante no es responsable de las acciones y sanción contenida en dichas resoluciones y como resultado se permita la continuidad en la vigencia de los contratos de servicios suscritos con las sociedades BUSCAMOS LTDA. y SIPROSALUD S.A.S.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala se presentó una extralimitación en las funciones y facultades sancionatorias de la entidad que expidió el acto, al igual que el desconocimiento del debido proceso en la imposición de las mismas.

Aduce que se desconoció el principio de buena fe y la primacía de la ley para imponer una sanción bajo premisas no contempladas en el inicio de la investigación.

Argumenta que el tema de la contratación por intermedio de cooperativas ya se había solucionado para el momento en que se impuso la multa, pues los nuevos convenios se celebraron con personas jurídicas diferentes.

Añade que se presentó una indebida fundamentación normativa para la aplicación de las sanciones, dado que en el caso particular de la demandante, las disposiciones de la ley 1429 de 2010 no le resultaban aplicables.





2. Contestación de la demanda²

El accionado contestó la demanda, manifestando principalmente que para el caso concreto existe una palpable violación de las normas laborales pues se demostró en la investigación administrativa que se presentó intermediación por la parte demandante, resaltando la prohibición de la intermediación laboral en las cooperativas de trabajo asociado, las precooperativas y otras empresas.

De igual manera, propone las excepciones de falta de fundamentos fácticos y jurídicos, falta integración de litis consorcio, cobro de lo no debido y la innominada.

3. Sentencia de Primera Instancia³

Mediante sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

Consideró el a-quo que las sociedades BUSCAMOS LTDA. Y SISTEMAS PRODUCTIVOS EN SALUD –SIPROSALUD– S.A.S. no son cooperativas o precooperativas de trabajo asociado tal y como lo aceptó el Ministerio del Trabajo en las Resoluciones demandadas, razón por la cual, no era dable imponer la sanción prevista para el caso de celebración de contratos con cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado, que implican intermediación laboral, pues COMFAMILIAR celebró los contratos de prestación de servicios con otro tipo de personas jurídicas que no tienen el carácter de cooperativas, teniendo en cuenta lo establecido en el decreto 2025 de 2011 y la Ley 1429 de 2010.

En ese sentido, el a-quo declaró la nulidad de las resoluciones 173 del 6 de marzo de 2013, 422 del 31 de mayo de 2013 y 054 del 14 de febrero del 2014, expedidas por la Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio del Trabajo y concedió las demás pretensiones de la demanda.

4. El Recurso de Apelación.⁴

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, señalando que en los contratos que se celebraron con los trabajadores en misión, se trata de personal asistencial que presta servicios en COMFAMILIAR CARTAGENA y que la empresa contratista SISTEMA PRODUCTIVOS EN SALUD S.A.S., la cual no es temporal, ni es una agencia de colocación de empleo, ni tiene en cuenta que la modalidad de contratación de las empresas temporales es por contrato de obra o labor, pues la actividad desempeñada por la trabajadora que se reseña en la contestación de la demanda es misional, por

² Folios 147-155 cdr.1

³ Folios 246-253 cdr.1

⁴ Folios 258-289 cdr.1



13001-33-33-011-2014-00397-01

lo que está totalmente prohibido para un tercero enviar trabajadores en misión y mucho menos para labores misionales.

Argumenta que en la investigación se determinó que las empresas SIPROSALUD S.A.S. y BUSCAMOS LTDA., enviaban personal en misión a COMFAMILIAR CARTAGENA, razón por la cual esta última fue sancionada.

5. Trámite procesal de segunda instancia

Con auto de fecha treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Fls. 5 Cdr. 2). Mediante auto de fecha cinco (05) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 9 Cdr. 2)

6. Alegaciones

La entidad demandada –NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO- presentó alegatos finales, reafirmandose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el escrito de apelación (Fls. 12-26 cdr.2)

La Parte Demandante no presentó alegatos de conclusión.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.



13001-33-33-011-2014-00397-01

La Sala encuentra que en el presente asunto se debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Determinar si se encuentra viciada de nulidad la Resolución 173 del 2013 a través de la cual se impuso una sanción de multa a COMFAMILIAR, por haber incumplido las normas de intermediación laboral, sin estar debidamente acreditada ni tipificada la falta?

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que la Resolución 173 del 6 de marzo de 2013 se encuentra ajustada a derecho, pues las normas en las cuales se fundamentó la imposición de la sanción a la empresa demandante, consagran la prohibición de intermediación laboral para desempeñar labores misionales de carácter permanente, preceptivas que desconoció la parte demandante en la contratación con las empresas BUSCAMOS LTDA y SISPRO SALUD SAS en tanto a través de dicho negocio suministraron trabajadores que desempeñarían labores misionales de carácter permanente.

Por lo anterior, habrá lugar a revocar la sentencia de primera instancia, por las razones que se expondrán a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la intermediación laboral.

El artículo 17 del Decreto 4588 de 27 de diciembre de 2006⁵, establece:

"Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado."

⁵ Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.





Del anterior precepto se observa en forma clara la prohibición que existe para contratar con las cooperativas y/o precooperativas de trabajo asociado, en el desarrollo de labores misionales de las empresas.

Por su parte, la Ley 1233 de 2008⁶ en el artículo 7, dispuso:

"ARTÍCULO 7. PROHIBICIONES.

1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.
2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.
3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incurso en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica.
4. Tanto la potestad reglamentaria como la disciplinaria sólo será ejercida por la precooperativa o cooperativa de trabajo asociado. En ningún caso, tales potestades podrán ser ejercidas por el tercero contratante. Si esto llegare a suceder se configurará de manera automática un contrato de trabajo realidad y, además, el contratante deberá soportar los efectos previstos en el numeral anterior, sin perjuicio de otras consecuencias legales."

Por otro lado, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010⁷, determina:

"ARTÍCULO 63. CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. El personal requerido en toda institución y/o

⁶ Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean contribuciones especiales a cargo de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones.

⁷ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.



13001-33-33-011-2014-00397-01

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."

En reciente decisión, el Consejo de Estado⁸ sobre las características de esta norma indicó:

"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 2010 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." (Subrayas fuera de texto).

Así mismo, sobre el alcance material de la Ley 1429 de 2010 la Corte

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 6 de julio de 2017, expediente: 11001032500020160048500 (2218-2016), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.





13001-33-33-011-2014-00397-01

Constitucional, en la sentencia C-629 de 2011 precisó que esta se promulgó con el ánimo de facilitar el crecimiento de las pequeñas empresas y formalizar el empleo productivo, para lo cual implementó algunos incentivos (tributarios y prestacionales) dirigidos a tal propósito, mas no para «[...] 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».

Entonces, se colige del análisis realizado por la Corte Constitucional, que la expedición de la Ley 1429 de 2010 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.

Así mismo, el artículo 1 del Decreto 2025 del 2011⁹, hace alusión a la intermediación laboral de la siguiente manera:

“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.

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 3º de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle.”

⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010





13001-33-33-011-2014-00397-01

De igual manera el artículo 3 del Decreto en mención, establece:

"Artículo 3º. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y el tercero que contrate con estas y esté involucrado en una o más de las siguientes conductas será objeto de las sanciones de ley cuando:

a) La asociación o vinculación del trabajador asociado a la Cooperativa o Precooperativa no sea voluntaria.

b) La cooperativa o precooperativa no tenga independencia financiera.

c) La cooperativa o precooperativa no tenga la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten.

d) La cooperativa o precooperativa tenga vinculación económica con el tercero contratante.

e) La cooperativa y precooperativa no ejerza frente al trabajador asociado la potestad reglamentaria y disciplinaria.

f) Las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores asociados en circunstancias de tiempo, modo y lugar no sean impartidas por la cooperativa o precooperativa.

g) Los trabajadores asociados no participen de la toma de decisiones, ni de los excedentes o rendimientos económicos de la cooperativa o precooperativa.

h) Los trabajadores asociados no realicen aportes sociales.

i) La cooperativa o precooperativa no realice el pago de las compensaciones extraordinarias, ordinarias o de seguridad social.

J) La cooperativa o precooperativa que incurra en otras conductas definidas como las faltas en otras normas legales."

El anterior precepto, también se encuentra acorde con lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 y el 7 (numeral 1) de la Ley 1233 de 2008, que prohíbe a las cooperativas de trabajo asociado actuar como intermediario o empresa de servicios temporales, es decir, ejercer actividades de intermediación laboral, que incluye también el envío de trabajadores en misión.

Por su parte, el Consejo de Estado, ha reiterado que las disposiciones



13001-33-33-011-2014-00397-01

legales relacionadas con la intermediación laboral son claras al imposibilitar la contratación del personal, con el fin de que desempeñen funciones misionales, a través de cooperativas y/o precooperativas de trabajo asociado, por lo que ha concedido la sanción correspondiente a las empresas que contraríen lo establecido con anterioridad:

"(...) claramente prohíbe la vinculación del personal requerido en toda institución o empresa pública o privada para el desarrollo de actividades misionales permanentes, a través de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral y contempla la sanción de multas de hasta cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5000 s.m.l.m.v), por lo que con base en esta sola Ley se hacía procedente la sanción impuesta"¹⁰

Por su parte, el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, define y permite la intermediación laboral, pero exclusivamente a través de empresas de servicios temporales, reiterando la limitación en el tiempo para la prestación del servicio, el cual no puede ser permanente. Esta norma es del siguiente tenor:

"ARTICULO 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."

Con la expedición de la Ley 50 de 1990, se amplió el alcance de esta figura, toda vez que en sus artículos 95 y 96 indicó:

"ARTICULO 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."

"ARTICULO 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".

Dicha norma fue reglamentada por el Decreto 4369 de 2006, cuyo artículo

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, marzo del 2015.



10 señaló:

*"ART. 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"*

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 85º 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 1º del convenio sobre las agencias de empleo privadas N° 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"



13001-33-33-011-2014-00397-01

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, en forma temporal.

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 la Empresas de Servicios Temporales, entre las cuales se encuentran las agencias de empleo y bolsas de empleo, que tienen un control y regulación especial por parte del Estado, por lo que se entiende que solo estas entidades tendrían la facultad para prestar el servicio 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.

Adicionalmente, debe tenerse presente que la OIT reconoce la presencia de dos grandes vertientes generadoras de relaciones "triangulares" 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.

El Código Sustantivo Laboral en su artículo 35, establece:

"ART. 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 hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas".

4.2. Tipicidad de las sanciones administrativas



13001-33-33-011-2014-00397-01

EL principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio ha sido reiterado en línea jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en los siguientes términos:

"La regla vigente de la Corte Constitucional respecto del carácter flexible del principio de tipicidad, como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, señala que se satisfacen los requerimientos normativos de dicho principio "cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica".¹¹

5. Caso en concreto

5.1. Hechos Probados

- Mediante Resolución No. 173 del 6 de marzo de 2013 se impone sanción a la empresa EPS. COMFAMILIAR CARTAGENA por la suma de CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES TRECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL PESOS (\$147.375.000), con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA - Regional Bolívar, por vulnerar las normas de intermediación laboral¹²
- Mediante Resolución No. 173 del 6 de marzo de 2013 se impone sanción a la empresa BUSCAMOS LTDA. por la suma de OCHENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$88.425.000) con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA - Regional Bolívar.¹³
- Mediante Resolución No. 173 del 6 de marzo de 2013 se impone sanción a la empresa SIPROSALUD S.A.S. por la suma de OCHENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$88.425.000) con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA - Regional Bolívar.¹⁴
- Mediante Resolución No. 422 del 31 de mayo de 2013 se resuelve recurso de reposición interpuesto por las entidades sancionadas contra la

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-037 del 25 de enero de 2017.

¹² Folios 27-34 cdr.1

¹³ Folios 27-34 cdr.1

¹⁴ Folios 27-34 cdr.1





13001-33-33-011-2014-00397-01

Resolución 173 de 2013, confirmando en todas sus partes dicha resolución.¹⁵

- Mediante Resolución 054 del 14 de febrero de 2014 se resuelve recurso de apelación interpuesto por las entidades sancionadas contra la Resolución 173 de 2013, confirmando el artículo primero de dicha resolución en lo que respecta a la sanción impuesta contra COMFAMILIAR y revocó los artículos 2 y 3 con relación a las sanciones impuestas a BUSCAMOS LTDA. y SIPROSALUD S.A.S.¹⁶

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

De los hechos probados a lo largo del proceso se advierte que la entidad demandante fue sancionada a pagar una multa correspondiente a 200 smlmv a favor del SENA, debido a que incurrió en intermediación laboral, a través de las empresas BUSCAMOS LTDA. y SIPROSALUD S.A.S.

Se observa que en la Resolución 173 del 2013, por medio de la cual se sancionó a la entidad demandante al pago de una multa por haber contratado con las empresas BUSCAMOS LTDA. y SIPROSALUD S.A.S. trabajadores para que desempeñaran funciones misionales propias de COMFAMILIAR CARTAGENA, el MINISTERIO DEL TRABAJO sostuvo que se configuró la prohibición establecida en el ordenamiento jurídico especialmente en el artículo 63 de la ley 1429 de 2010, puesto que dicha entidad debió vincular de manera directa el personal para que llevaran a cabo las labores, sin acudir a intermediación laboral.

Por su parte, el Juez de primera instancia determinó que las sociedades BUSCAMOS LTDA. Y SISTEMAS PRODUCTIVOS EN SALUD –SIPROSALUD- S.A.S. no son cooperativas o precooperativas de trabajo asociado, razón por la cual no era dable imponer la sanción prevista para el caso de celebración de contratos con este tipo de asociaciones que implican intermediación laboral, pues en este caso COMFAMILIAR celebró los contratos de prestación de servicios con otro tipo de personas jurídicas, teniendo en cuenta lo establecido en el decreto 2025 de 2011 y la Ley 1429 de 2010, por lo que no se cumplía con el requisito de tipicidad de la conducta.

Por lo anterior, el a-quo declaró la nulidad de las resoluciones 173 de 2013, 422 de la misma anualidad y la 054 de 2014 expedidas por la Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio del Trabajo.

La parte demandada no está de acuerdo con la decisión del fallador de primera instancia y manifiesta que es evidente que la entidad demandante vulnera las normas sobre prohibición a la intermediación laboral a través de cualquier tipo de empresas, que impliquen el envío de trabajadores en misión para desempeñar

¹⁵ Folios 35-67 cdr.1

¹⁶ Folios 68-86 cdr.1





13001-33-33-011-2014-00397-01

labores directamente relacionadas con el objeto misional de la empresa, de manera permanente.

Para resolver esta problemática, se debe observar en primera medida, lo consignado en el acto demandado que impuso la sanción, el cual contiene las siguientes fundamentaciones normativas y fácticas:

(...) la Ley 1429 del 2010, advierte en su artículo 53 que está prohibido contratar "actividades misionales permanentes" - aquellas que tienen que ver con las actividades principales de la empresa y con cooperativas que hagan intermediación laboral.

En virtud del artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965 y modificado por los artículos 97 de la Ley 50 de 1990 y 20 de la Ley 584 de 2000, los funcionarios competentes de este Ministerio tendrán el carácter de autoridades de policía para la vigilancia y control del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social; así mismo, están facultados para imponer las sanciones pertinentes a aquellas personas jurídicas o naturales que realicen actos que impidan o retarden el cumplimiento de la actividad de policía en mención.

(...) la empresa EPS. COMFAMILIAR CARTAGENA NIT. 890.480.110-1, no está cumpliendo con las obligaciones que como empleador le impone la normatividad vigente, toda vez que se encuentran ejerciendo prácticas no ajustadas a Ley y que vulnera notoriamente el Decreto 2025 de 2011 y el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, omitiendo vincular directamente el personal que tenía con las Cooperativas de Trabajo Asociado: UCICOOP, COOPSALUDORAL, COOSAL, COOTRAUXSALUD, LABCCOP, GEIPSCCOP y siendo contratado por las empresas BUSCAMOS LIMITADA Y SIPROSALUD S.A.S., en las mismas actividades y oficios que venían desempeñando.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, este Despacho entra a determinar el monto de la sanción a imponer a las empresas infractoras. Al respecto es menester manifestar que el artículo 9 del Decreto 2025 de 2011, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, fija la tarifa legal para la imposición de las mismas, tomando como parámetro del monto el número total de trabajadores asociados y no asociados a la cooperativa o precooperativa de trabajo asociado que haya incurrido en intermediación laboral. Por otro lado, el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, nos señala que este Ministerio 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.



13001-33-33-011-2014-00397-01

En este orden de ideas, considera el Despacho que como quiera que las empresas infractoras no son ni cooperativas ni pre-cooperativas de trabajo asociado, lo procedente es tasar las multas teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010."

El Consejo de Estado ha mantenido una línea jurisprudencial en lo que respecta al tema del presente asunto y dispone que habrá lugar a imponer la sanción cuando se vincule a un trabajador con el fin de desempeñar funciones misionales, a través de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o cualquier otra forma de vinculación que implique intermediación laboral de carácter permanente.¹⁷

Igualmente, la normatividad referenciada en el acápite normativo denota una finalidad común de protección al trabajador, en el sentido de prohibir la intermediación laboral para la prestación de servicios en actividades misionales de carácter permanente, sin importar la denominación que se le de por parte de las empresas contratantes, así como a través de empresas no autorizadas por la Ley.

Se debe recordar que el legislador ha querido que solo sean determinadas empresas las que presten ese servicio, ello para mantener la vigilancia y control con miras a que la figura de la intermediación no sirva para menguar los derechos de los trabajadores.

En este entendido, se observa que los reproches y faltas descritas en los actos acusados, sobre la ilegalidad de la conducta desplegada por la parte demandante, al disponer la vinculación permanente de personal a través de empresas intermediarias no autorizadas por la Ley, para el desarrollo de su objeto misional, se encontraban debidamente fundamentadas en las normas referenciadas que prohibían este tipo de conductas.

En este orden de ideas, el argumento expuesto por el Juez de primera sobre la inexistencia de tipicidad de las sanciones, no fue acertado, pues como se ha visto la tipicidad en materia administrativa sancionatoria es flexible y permite acudir a normas generales e integración de conceptos normativos contenidos en otros preceptos, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, marzo del 2015.





13001-33-33-011-2014-00397-01

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-860 de 2006 señaló que: *"Cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador"*.

Bajo este parámetro, resultaba claro que el conjunto de normas que reglamentan la intermediación laboral, a las cuales hizo referencia el acto acusado, prohíben de manera categórica que las empresas dispongan de este tipo de contrataciones para desarrollar actividades misionales de carácter permanente, así como a través de empresas no autorizadas por la ley.

Del mismo modo, en dicho acto se estableció de manera clara que la empresa demandante dispuso de este tipo de vinculación a través de intermediarios para desempeñar sus labores propias con un carácter permanente, vulnerando así la normativa que sirvió de sustento a los actos administrativos acusados.

En este sentido, la fundamentación argumentativa señalada por el Juez de primera instancia no se halla acorde con los postulados normativos y jurisprudenciales que prohibían la intermediación laboral y las consecuentes sanciones por su incumplimiento.

Contrario sensu a lo expuesto por el Juez de instancia, no es dable autorizar la intermediación laboral a través de empresas no autorizadas por la ley para prestar esa actividad, así como no se puede permitir que los trabajadores bajo esta modalidad se dediquen de forma permanente a prestar servicios misionales, ello desnaturalizaría esa institución dispuesta en el derecho laboral.

En conclusión, la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad y validez de las sanciones que fueron impuestas a través de los actos acusados, por lo que habrá lugar a revocar la decisión de primera instancia y en su lugar disponer mantener la legalidad de los actos acusados.



13001-33-33-011-2014-00397-01

6. Condena en Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante quien resultó vencida en virtud a la revocatoria del fallo de primera instancia, las cuales se liquidaran por el juez de primera instancia de conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo de Cartagena, y en su lugar **NIEGUENSE** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas de primera y de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con los artículos 365 y 366 del CGP, las cuales serán liquidadas por el a-quo.

TERCERO: Désele cumplimiento a la presente sentencia en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS