

# BOLETÍN

## NOVEDADES LABORALES

Presentamos, a continuación, algunas novedades en materia laboral que consideramos de su interés:

**Nueva Resolución del Ministerio del Trabajo para la inspección de la intermediación laboral y el suministro de bienes y servicios:** esta Resolución es la 2021 del 09 de mayo del presente año, y su título es “por la cual se establecen lineamientos respecto de la inspección, vigilancia y control que se adelanta frente al contenido del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010”.

### 1. PARTE MOTIVA

De la parte motiva de esta Resolución, son de destacar los aspectos siguientes:

- a. Distingue entre intermediación laboral y “tercerización” o subcontratación.
  - La intermediación laboral corresponde a tres figuras:
    - El envío de trabajadores en misión, actividad que únicamente puede ser desarrollada por las empresas de servicios temporales, de acuerdo con el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.
    - El servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo a que hace referencia el artículo 2.2.6.1.2.17 del Decreto 1072 de 2015, cuyo objetivo es registrar a demandantes y oferentes de mano de obra y vacantes, hacer orientación ocupacional, preseleccionar y remitir los oferentes a los demandantes de mano de obra y de esa manera generar una relación laboral con el tercero que contrata el servicio, sin que el intermediario adquiera responsabilidad laboral alguna.
    - El simple intermediario, figura prevista en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.
  - La “tercerización” o subcontratación es el suministro de bienes o servicios mediante una relación comercial o civil, en la que el tercero que suministra el servicio ejecuta su actividad con autonomía e independencia, situación prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

- b. La “tercerización” o subcontratación no es ilegal, ni prohibida por la legislación colombiana.
- c. Hay intermediación ilegal cuando el envío de trabajadores es realizado por personas diferentes a las empresas de servicios temporales, o cuando estas empresas de servicios temporales son utilizadas para casos diferentes a los contemplados en la Ley.

## 2. PARTE DISPOSITIVA

La parte dispositiva tiene ocho artículos.

El artículo primero señala lo que debe entenderse por intermediación laboral, y alude: **i.** al envío de trabajadores en misión por parte únicamente de las empresas de servicios temporales; y **ii.** al servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo previsto en el artículo 2.2.6.1.2.17 del Decreto 1072 de 2015. Este artículo, a diferencia de lo dicho en la parte motiva, no alude a la figura del simple intermediario prevista en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

El artículo segundo reitera que ninguna persona diferente a las empresas de servicios temporales puede suministrar personal a un tercero.

El artículo tercero menciona que a las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado les está prohibido, en todos los casos, realizar actividades de intermediación laboral.

El artículo cuarto trae una lista de conductas con el fin de determinar si se incurrió, o no, en la prohibición prevista en el artículo tercero. Estas conductas son las mismas que están contempladas en el artículo tercero del Decreto 2025 de 2011.

El artículo quinto trae unos criterios “cuando el personal requerido por las instituciones públicas y/o empresas privadas para el desarrollo de sus actividades misionales permanentes, se encuentre vinculado bajo otras modalidades de vinculación diferentes a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, que vulneren los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes de los trabajadores, a través del desarrollo de actividades de intermediación laboral de manera ilegal...”.

Los criterios de este artículo quinto dependen de si el personal está, o no, vinculado mediante empresas de servicios temporales. Si lo está, es preciso verificar que ello sea

# BOLETÍN

conforme lo establecido en la Ley 50 de 1990. Si no está, los criterios son similares a los que traía el derogado Decreto 583 de 2016.

El artículo sexto trae los casos en los que hay intermediación laboral ilegal.

En el proyecto de resolución que publicó el Ministerio del Trabajo, este artículo incluía un literal, según el cual, “si el contratista desarrolla actividades misionales permanentes y si la vinculación del personal afecta de alguna manera los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas vigentes, nos encontramos ante una intermediación laboral ilegal, tipificada en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, infracción cometida tanto por el contratista como por el usuario”.

La ANDI solicitó la eliminación de este numeral, ya que los abusos de las figuras jurídicas previstas en la legislación laboral, civil y comercial son censurables, tanto en las actividades misionales permanentes como en las que no lo son, y grave sería dar la idea de que si la actividad no es misional permanente, hay licencia para vulnerar derechos constitucionales, legales y prestacionales. Ahora, cuando no hay abuso de las figuras jurídicas y, consecuentemente, no hay vulneración de derechos constitucionales, legales y prestacionales, dichas figuras jurídicas caben incluso en las actividades misionales permanentes.

El artículo sexto de la Resolución 2021 de 2018 no incluye el literal mencionado.

De acuerdo con este artículo sexto, hay intermediación laboral ilegal cuando:

- a.** Si se presta el servicio de envío de trabajadores en misión sin estar autorizado como empresa de servicios temporales.
- b.** Si el contratista actúa como tercero aparente, esto es, sin desarrollar la prestación del servicio con autonomía y libertad en su ejecución.
- c.** Si hay uso de contratos sindicales cuyo único fin sea el suministro de personal.
- d.** Si la empresa de servicios temporales presta sus servicios en casos diferentes a los señalados en la Ley.
- e.** Si se presta el servicio de colocación de empleo sin estar autorizado como agencia de gestión y colocación.

El artículo séptimo alude a las sanciones correspondientes.

# BOLETÍN

El artículo octavo deroga expresamente la Resolución 5760 de 2016 que establecía unos criterios indicativos a los inspectores del trabajo..

**En resumen**, de la Resolución 2021 de 2018 del Ministerio del Trabajo puede decirse que es un instrumento que da claridad en lo que respecta con la intermediación y la “tercerización” laboral, y señala que dicha “tercerización” no es ilegal, ni prohibida por la legislación. En general, son válidos los criterios que trae para tener en cuenta en la evaluación de si hay, o no, intermediación ilegal.

**Para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es necesario acudir al inspector del trabajo cuando la terminación del contrato de trabajo con una persona con discapacidad termina por justa causa:** así lo manifiesta en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018 (Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo; radicación No. 53394); Sentencia cuyos apartes pertinentes dicen:

“En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

“Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que *‘ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación’*, lo que, *contrario sensu*, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

“Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

“Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia,

# BOLETÍN

procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“Es en tal dirección que, a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador *‘por razón de su limitación’* y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales.

“Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

“**2.1.** Ahora, la Sala no desconoce que con arreglo al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con la sentencia C-531-2000 de la Corte Constitucional, la terminación del contrato de trabajo de un trabajador con discapacidad debe contar con la aprobación del inspector del trabajo. Sin embargo, considera que dicha autorización se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades laborales a cargo del trabajador discapacitado sea *‘incompatible e insuperable’* en el correspondiente cargo o en otro existente en la empresa, en cuyo caso, bajo el principio de que nadie está obligado a lo imposible o a soportar obligaciones que exceden sus posibilidades, podría rescindirse el vínculo laboral, con el pago de la indemnización legal.

“En esta hipótesis la intervención del inspector cobra pleno sentido, pues en su calidad de autoridad administrativa del trabajo debe constatar que el empleador aplicó diligentemente todos los *ajustes razonables* orientados a preservar en el empleo al trabajador, lo cual implica su rehabilitación funcional y profesional, la readaptación de su puesto de trabajo, su reubicación y los cambios organizacionales y/o movimientos de personal necesarios (art. 8 de la L. 776/2002). Por lo tanto, solo cuando se constate que la reincorporación es inequívocamente *‘incompatible e insuperable’* en la estructura empresarial, podrá emitirse la autorización correspondiente.

“... ”

“Así las cosas, para esta Corporación:

“(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

“(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

“(c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas”.

**La estabilidad laboral reforzada del “prepensionable” no aplica cuando el único requisito que falta para acceder a la pensión es el de la edad:** así lo dice la Corte Constitucional en sentencia SU-003 de 2018; sentencia cuyos apartes pertinentes dicen:

“58. La resolución del segundo problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el *numeral 2 supra*, supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada.

“59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser

# BOLETÍN

cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez...

“

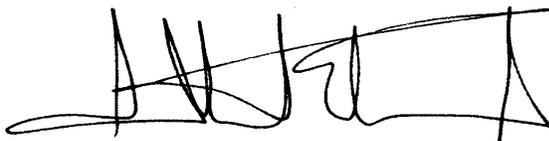
“61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de ‘prepensionables’ las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

“62. La ‘prepensión’ protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

“63. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de ‘prepensión’, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

“64. En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente”.

Esperamos que esta información sea de utilidad,



Alberto Echavarría Saldarriaga  
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos