

Bogotá, D.C.

08SE201812030000048002 de 10 de diciembre de 2018
Al responder por favor citar este número de radicado

**Asunto: Radicados Radicado N° 02EE201841060000066233 / 06EE201812000000062639
Vinculación con ESE – Contrato sindical.**

Respetado Señor (a), reciba un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud, mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto al alcance jurídico de la resolución 2021 de 2018, mediante la vinculación de personal mediante contrato sindical, esta oficina Asesora Jurídica se permite informarle lo siguiente:

Esta oficina Asesora Jurídica solo estaría habilitada para **emitir conceptos generales y abstractos** en relación con las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011 y por ende **no le es posible realizar declaraciones de carácter particular y concreto**. De igual manera, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el art. 41 del D.L. 2351 de 1965, modificado por el art. 20 de la ley 584 de 2000, dispone que los **funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias** cuya decisión esté atribuida a los jueces.

Así mismo es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Por consiguiente, este Despacho no se pronuncia sobre casos puntuales, sino que se manifiesta respecto del asunto jurídico consultado en abstracto, fundamentándose en la legislación laboral vigente de derecho del trabajo individual – trabajadores particulares - y colectivo – trabajadores particulares / oficiales y empleados públicos, según aplique en el evento.

No obstante, lo anterior esta oficina se permite hacer las siguientes precisiones de carácter legal que podrán servir de orientación respecto a su interrogante.

En lo que respecta a la vinculación de personal en el sector salud, es pertinente señalar que mediante Sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-171 de 2012, declaró exequible el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, condicionando la contratación de las Empresas Sociales del Estado con operadores externos, exclusivamente para actividades o funciones puramente temporales y reiterando la H. Corte Constitucional lo señalado en los precedentes judiciales anteriormente referido, en el sentido que las



actividades permanentes de las entidades públicas se deben desarrollar con personas vinculadas a la Planta de Personal de la Entidad.

En este mismo sentido en concordancia con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, es competencia de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado la adopción o modificación de la Planta de Personal de la Entidad, para lo cual el Gobierno Nacional debe dar la orientación correspondiente.

Incluso el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra que los organismos y entidades a los cuales se les aplica la mencionada ley podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio, con el fin de suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales.

Adicionalmente los Ministerio de Salud y Trabajo en Circular Conjunta No. 042578 del 22 de marzo de 2012, dirigida a Gobernadores, Alcaldes y Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, insto para que se adopten las medidas pertinentes con el fin de garantizar la prestación de servicios de salud a la población y dejo a libre criterio de los funcionarios públicos el cumplimiento de los precedentes legales y Constitucionales, al manifestar que se puede seguir contratando mediante Empresas Temporales o Contratos Sindicales, sin ningún tipo de restricción, en el entendido que el 80% de las actividades permanentes de las ESE, se encuentran vinculada mediante contratos de prestación de servicios y que los contratos con Empresas Temporales o los contratos sindicales son formas de contratación de prestación de servicios proscritas por la Corte Constitucional para el desarrollo de actividades permanentes.

Dicha circular, señaló:

“(...) en consecuencia, las entidades, del sector salud, dependiendo del carácter público o privado, podrán utilizar las siguientes formas de vinculación:

- a) *Creación de plantas temporales, si se dan las condiciones establecidas en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1227 de 2005.*
- b) *Vinculación de personal supernumerario, en los casos contemplados en el Decreto Ley 1042 de 1978*
- c) *Contratación de las Empresas Sociales del Estado con terceros para desarrollar las funciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 y en los términos de la sentencia C-171 de 2012.*
- d) *Contratación con empresas de servicios temporales.*
- e) *Contratos sindicales.*



- f) *Contratos de Asociación Publico Privada, cuyo objeto sea el mejoramiento o equipamiento de la infraestructura o parte de ella con los servicios conexos, mantenimiento y operación, de acuerdo a la Ley 1508 de 2012.*
- g) *Contratos de Prestación de Servicios en observancia de los dispuesto en la Sentencia C-614 de 2009”*

Es necesario de igual manera hacer mención a lo contemplado en la Ley 1429 de 2010, mediante la cual se busca la formalización y la generación de empleo así como la materialización de los derechos laborales a quienes presten sus servicios; asimismo, en su artículo 63, señalo la prohibición de contratar personal para desarrollar actividades misionales permanentes a través de Cooperativas de Trabajo Asociado o bajo cualquier otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

En este mismo sentido ha de tenerse en cuenta que la **intermediación laboral sólo está permitida ejercerla a las Empresas de Servicios Temporales**, pues, la Ley 1429 de 2010, por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo, la prohíbe expresamente de la siguiente manera:

*"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.**" (Negrillas fuera de texto original)*

Por consiguiente, se ordena expresamente la no contratación del personal que se requiera para el desarrollo de actividades misionales permanentes mediante Cooperativas de Trabajo Asociado que ejerza intermediación laboral o mediante algún otro modo de vinculación que atente o vulnere los derechos de los trabajadores recogidos en nuestra Constitución Política, así como en las leyes de nuestro país.

El Decreto 2025 de 2011, reglamentó parcialmente la Ley 1429 de 2010 y señaló lo que se entendería como *"intermediación laboral"* a efectos del artículo 63 de la mencionada ley señalando directamente que dicha actividad sólo está permitida a las Empresas de Servicios Temporales:

*"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. "(Negritas fuera de texto original)

Claro lo anterior, debe tenerse en cuenta que son las Empresas de Servicios Temporales, constituidas con previa autorización de este Ministerio, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y en el Decreto reglamentario 4369 de 2006, las que se encuentran legalmente facultadas para ejercer labores de intermediación laboral.

Adicionalmente, mediante la Resolución 2021 de 2018 se establecieron los lineamientos respecto de la inspección, vigilancia y control que se adelanta frente al contenido del artículo 63 de la ley 1429 de 2010, la cual en su artículo 5 contempla:

“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 pre cooperativas de trabajo asociado, que vulneren los derechos constitucionales, legales o prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes de los trabajadores a través del desarrollo de actividades de intermediación laboral de manera ilegal, las direcciones territoriales adelantaran las investigaciones administrativas necesarias e impondrán las acciones correspondientes, para lo cual deberán tener en cuenta lo siguiente:

- a) *Se debe determinar si en la institución pública y/o empresa privada hay trabajadores que estén prestando servicios en la misma sin estar contratados directamente por esta o a través de un contrato de prestación de servicios.*
- b) *En caso de verificarse lo anterior, se debe indagar si dicho personal está siendo contratado a través de una empresa de servicios temporales. En caso de ser así deberá verificarse que tal provisión de personal se realice conforme a lo establecido en la Ley 50 de 1990 y el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo No. 1072 de 2015.*
- c) *Si dicho personal no está contratado por una empresa de servicios temporales se debe determinar:*



- i. A que título se presta el servicio.*
- ii. Si el trabajador contratista hace las mismas o sustancialmente las mismas labores que realizan los trabajadores del contratante y a qué tipo de labores corresponden dentro las actividades propias del contratante.*
- iii. Si los trabajadores actuales del contratista han sido trabajadores del contratante o de cualquier otro contratista que este último haya tenido.*
- iv. Si el contratista tiene independencia financiera del contratante.*
- v. Si el contratista tiene algún vínculo societario con la empresa contratante.*
- vi. Si el contratista tiene la autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten.*
- vii. Si el contratista ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o, por el contrario, si la misma la ejerce el contratante.*
- viii. Si las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores del contratista en circunstancias de tiempo, modo y lugar son impartidas por el contratante.*
- ix. Si el contratista ha realizado el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social de sus trabajadores o si por el contrario éstas han sido asumidas directamente por el contratante.*
- x. Si el contratante ha fraccionado o dividido, mediante uno o más contratistas, a trabajadores afiliados a un sindicato inscrito o a trabajadores que hayan realizado la asamblea de constitución o la reunión inicial de constitución de un sindicato.*
- xi. Si el contratista y el contratante incurren en conductas violatorias de los principios y normas laborales vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une.*

Así las cosas, las entidades públicas y privadas deberán tener en cuenta a la hora de vincular personal lo establecido en la norma preinserta, so pena de las sanciones administrativas a que hubiere lugar.

Para terminar, se hará mención de los contratos sindicales y su reglamentación. El artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, lo define así:

“Artículo 482. Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios patronos o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical, debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio del Trabajo, a más



tardar quince (15) días después de la firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo.”

Esta modalidad de contratación colectiva ha sido reglamentada por el Decreto 1429 del 28 de Abril de 2010, que en su artículo primero lo define como un acuerdo de voluntades de naturaleza colectivo laboral, cuyas características principales es ser solemne, nominado y principal, para la prestación de servicios o la ejecución de obras en ejercicio de la libertad sindical y con autonomía administrativa e independencia financiera. Este tipo de contratos se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo.

Dicho Decreto establece que cuando se vaya a contratar la prestación de servicios o ejecución de obras los empleadores deberán evaluar en primer lugar la posibilidad de contratar por medio del contrato sindical, el cual por su propia naturaleza privilegia la participación de los trabajadores sindicalizados en la ejecución de tareas en la misma empresa, se trata por demás de una figura que ha sido contemplada por la OIT a través de sus convenios, bajo el objetivo de proteger a los sindicatos independientemente de la forma de asociación.

De lo anteriormente señalado se desprende que el contrato sindical es una modalidad especial de contratación con sujetos específicamente señalados y regulados por la legislación laboral colectiva para la prestación de servicios o ejecución de obras, **sin que los afiliados participen tengan la calidad de trabajadores y mucho menos el sindicato obre como empleador.**

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

DENNYS PAULINA OROZCO TORRES

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a
Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica



GOBIERNO
DE COLOMBIA



MINTRABAJO

Transcriptor: Yadira R.
Elaboró: Yadira R.
Revisó: Denis O.
Aprobó: Denis O.

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial
Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita
018000 1125183
Celular
120