

Bogotá D.C.,

08SE2018120300000006487

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EEI2017741100000016566/17 -
11EEI2017741100000016567/17 -11EEI2017120000000067339/17
Tercerización laboral como crédito en liquidación voluntaria

Respetado(a) Señor(a)

De manera atenta le damos respuesta a su comunicación, con la que consultó lo siguiente:

“(...) Cuando una sociedad regida por las estipulaciones del Código de Comercio ha sido liquidada voluntariamente, las acreencias que se adeudan por concepto de tercerización laboral, tales como temporales, sindicatos médicos, cooperativas, entre otros, ¿Se consideran laborales, es decir créditos de primera clase o se consideran quinta clase en la prelación de créditos?”.

Antes de dar trámite a su consulta, es necesario aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica absuelve de modo general las consultas con relación a las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011, **sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal**. En tal sentido, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 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 de la República.**

Respecto a la tercerización laboral:

Con el 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*”, en su artículo primero establece cuando se presenta la intermediación laboral, norma que a la letra dice:

“Artículo 1- 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” (resaltado fuera de texto)

Igualmente, la misma disposición establece la sanción de multa a que se hace acreedora un tercero que realice intermediación laboral, norma que a la letra dice:

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

Además de las sanciones anteriores, las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que incurran en estas prácticas quedarán incursas en causal de disolución y liquidación. La Superintendencia de la Economía Solidaria y las demás Superintendencias, para el caso de las cooperativas especializadas, cancelarán la personería jurídica.

Al tercero que contrate con una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado que incurra en intermediación laboral o que esté involucrado en una o más de las conductas descritas en el artículo anterior o que contrate procesos o actividades misionales permanentes, se le impondrá una multa hasta de cinco mil (5.000) smlmv, a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 4 del artículo 7o de la Ley 1233 de 2008, con base en el cual el inspector de trabajo reconocerá el contrato de trabajo realidad entre el tercero contratante y los trabajadores.

Ningún trabajador podrá contratarse sin los derechos y las garantías laborales establecidas en la Constitución Política y en la Ley, incluidos los trabajadores asociados a las <sic> la Ley 149 <sic>, es 1429> de 2010.

Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. Si adelantada la correspondiente investigación, el inspector de Trabajo, en ejercicio de sus competencias administrativas, concluye que el tercero contrató con una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado incurriendo en intermediación laboral o que concurren cualquiera de los otros presupuestos de hecho y de derecho para que se configure un contrato de trabajo realidad, así deberá advertirlo, sin perjuicio de las sanciones establecidas en el inciso anterior, y de las facultades judiciales propias de la jurisdicción ordinaria laboral.

PARÁGRAFO. En caso de reincidencia de los terceros contratantes, se aplicará en todo caso la multa máxima.

En todo caso, será de resorte de la Justicia Laboral el definir las controversias laborales y declarar los derechos, así como del Ministerio de Trabajo, la responsabilidad de realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas laborales, cuando ha existido transgresión normativa o vulneración de algún derecho de los trabajadores o se haya presentado alguna conducta de intermediación no consentida por la Ley, pues las normas de competencia se lo autorizan, así como también por ser el rector de la política laboral en Colombia y por ser la Cartera Ministerial del Trabajo, la que en sus actuaciones refleja la política gubernamental y el respeto a las normas constitucionales, legales y los tratados internacionales que rigen en la materia.

Es del caso indicar que, las Empresas de Servicios Temporales están facultadas para el suministro y administración de personal al servicio de un tercero, de conformidad con lo señalado en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015, so pena de las sanciones y multas que podrían ser impuestas por el Ministerio del Trabajo. La Ley 50 de 1990 en su artículo 71 establece que:

“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”.

Asimismo, los artículos 82 y 83 de la Ley 50 de 1990 establecen que:

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

1. Constar por escrito.

2. Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.

3. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.

4. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78. de la presente ley.

Artículo 82. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aprobará las solicitudes de autorización de funcionamiento a las empresas de servicios temporales que cumplan con los requisitos exigidos en esta ley.

Artículo 83. Para efectos de la autorización contemplada en el artículo anterior, a las solicitudes se deben acompañar los siguientes requisitos:

1. Escritura pública de constitución y certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio.

2. Acreditar un capital social pagado igual o superior a trescientas (300) veces el salario mínimo legal mensual vigente en el momento de la constitución.

3. El reglamento interno de trabajo de que trata el artículo 85 de esta ley.

4. Allegar los formatos de los contratos de trabajo que celebren con sus trabajadores y con los usuarios del servicio.

5. Constituir una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo mensual vigente, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa. La póliza correspondiente debe depositarse en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual podrá hacerla efectiva por solicitud de los trabajadores beneficiarios de la garantía.

La cuantía de esta garantía debe actualizarse anualmente, tomando como base las modificaciones al salario mínimo legal vigente”. (Negrita y subrayado fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1072 de 2015, decreto único reglamentario del sector trabajo, compilatorio del Decreto 4369 de 2006, establece que:

“ARTÍCULO 2.2.6.5.11. Constitución de póliza de garantía. Las Empresas de Servicios Temporales están obligadas a constituir una póliza de garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, a favor de los trabajadores en misión, para asegurar el pago de sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales, la cual deberá depositarse en el Ministerio del Trabajo.

(Decreto 4369 de 2006, art. 11) (...)

ARTÍCULO 2.2.6.5.17. Póliza de garantía. La póliza de garantía deberá constituirse en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo legal mensual vigente, para asegurar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión, en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales.

Dicha póliza deberá actualizarse anualmente, tomando como base las modificaciones al salario mínimo legal mensual vigente.

El funcionario competente de la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, ordenará a la Empresa de Servicios Temporales, mediante acto administrativo debidamente motivado, reajustar el valor de la póliza de garantía, aplicando la tabla de valores que elabora el Ministerio del Trabajo, a través del Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección, con base en los siguientes parámetros:

<i>Hasta 150 trabajadores</i>	<i>500 salarios mínimos mensuales legales vigentes.</i>
<i>De 151 a 200 trabajadores</i>	<i>600 salarios mínimos mensuales legales vigentes.</i>
<i>De 201 a 250 trabajadores</i>	<i>700 salarios mínimos mensuales legales vigentes.</i>
<i>De 251 a 500 trabajadores</i>	<i>1.100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.</i>

De 501 a 750 trabajadores	1.600 salarios mínimos mensuales legales vigentes.
De 751 a 1.000 trabajadores	2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

PARÁGRAFO 1. Para efecto de determinar el número de trabajadores en misión, se contabilizarán tanto los del domicilio principal de la Empresa de Servicios Temporales como los de sus sucursales.

PARÁGRAFO 2. La póliza de garantía deberá constituirse por un año. Se entiende por anualidad, el lapso comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de cada año. En consecuencia, la primera póliza de garantía debe actualizarse durante el mes de enero del año inmediatamente siguiente a la fecha de la resolución que autoriza su funcionamiento.

(Decreto 4369 de 2006, art. 17)

ARTÍCULO 2.2.6.5.18. Efectividad de la póliza de garantía. La póliza de garantía se hará efectiva a solicitud de los trabajadores en misión, cuando la Empresa de Servicios Temporales se encuentre en iliquidez la cual se presumirá, sin necesidad de estudios económicos, cuando ocurra uno o más de los siguientes eventos:

- 1. Que el funcionario competente del Ministerio del Trabajo compruebe que por razones de iliquidez, la Empresa ha incumplido en el pago de dos o más períodos consecutivos de salario, de acuerdo con lo establecido en el contrato de trabajo.*
- 2. Que exista mora en el pago de los aportes a la seguridad social por más de cuarenta y cinco (45) días, sin perjuicio de la cancelación de la autorización de funcionamiento de que trata el artículo 3° de la Ley 828 del 2003.*
- 3. Que durante más de tres (3) ocasiones en una anualidad, exista mora en el pago de aportes a la seguridad social.*
- 4. Que la Empresa de Servicios Temporales entre en el proceso de acuerdo de reestructuración de obligaciones.*
- 5. Que la Empresa de Servicios Temporales se declare en estado de iliquidez.*

Cuando un grupo de trabajadores presente queja formal por presunta iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales, el funcionario competente solicitará al Ministerio del Trabajo que realice el correspondiente estudio económico y determine dentro de los treinta (30) días siguientes, si se encuentra o no en estado de iliquidez.

Determinado el estado de iliquidez, sea por la ocurrencia de uno de los hechos descritos en el presente artículo o a través del estudio económico, el funcionario competente procederá por solicitud de los trabajadores en misión, a hacer efectiva la póliza de garantía, mediante acto administrativo que declara el siniestro y ordenará directamente a la compañía de seguros realizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con base en las liquidaciones que para el efecto elabore el Inspector de Trabajo del lugar donde se prestó el servicio.

(Decreto 4369 de 2006, art. 18)

ARTÍCULO 2.2.6.5.19. Funciones. Las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo tendrán las siguientes funciones, en relación con las Empresas de Servicios Temporales: (...)

3. Exigir y mantener en depósito la póliza de garantía y hacerla efectiva en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales”.

En consecuencia, el siniestro de la póliza se dará si acaece la iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales. La póliza de garantía se hará efectiva a solicitud de los trabajadores en misión, cuando la Empresa de Servicios Temporales se encuentre en **iliquidez**, por las causales anteriormente citadas. La póliza debe estar vigente desde la autorización de funcionamiento de las empresas de servicios temporales, la cual debe ser actualizada cada año, y es un requisito para celebrar los contratos con sus usuarios.

El grupo de trabajadores es quien presenta la queja formal por presunta iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales, la cual también puede ser presentada por su apoderado judicial. Esta queja se presenta ante la correspondiente Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo.

En cuanto a la prelación de los créditos laborales:

Es de aclarar que los créditos laborales gozan de prelación, de conformidad con los artículos 157 y 345 (de igual contenido) del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los artículos 2594 y 2495 del Código Civil:

“ARTICULO 157. PRELACION DE CREDITOS POR SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES. <Artículo modificado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás.

El juez civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del {empleador}.

Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos.

Los créditos laborales podrán demostrarse por cualquier medio de prueba autorizado por la ley y, cuando fuera necesario, producidos extrajudicialmente con intervención del juez laboral o del inspector de trabajo competentes.

PARAGRAFO. En los procesos de quiebra o concordato los trabajadores podrán hacer valer sus derechos por sí mismos o por intermedio del Sindicato, Federación o Confederación a que pertenezcan, siempre de conformidad con las leyes vigentes”.

ARTICULO 2494. <CREDITOS PRIVILEGIADOS>. <Ver Notas del Editor> Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase.

ARTICULO 2495. <CREDITOS DE PRIMERA CLASE>. <Ver Notas del Editor> La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran: (...)

4. <Ver Notas del Editor> <Numeral subrogado por el artículo 1o. de la Ley 165 de 1941. El nuevo texto es el siguiente:> Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo (...).”

En virtud de lo expuesto, el pago de la liquidación de prestaciones sociales pagaderas en el marco de la liquidación debe respetar el privilegio de los créditos de primera clase, dentro del cual está los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo.

Sobre el particular, al Superintendencia de Sociedades, con el oficio 220-06899 del 22 de enero de 2018, conceptuó que:

“a. Tratándose de obligaciones laborales ciertas, en concepto de esta oficina es indudable que las mismas siguen la prelación definida en el Código Civil, en el sentido de que, en un proceso de liquidación voluntaria, pertenecen a créditos de primera clase.

Sobre este particular, se ha de precisar que la certeza sobre la calidad de la obligación laboral, está determinada por la existencia de una relación laboral directa entre empleado y empleador, o bien, porque en el evento de trabajo tercerizado, exista un pronunciamiento administrativo o judicial que le haya definido el carácter de contrato realidad, con violación de los derechos de los trabajadores.

Por consiguiente, para que una obligación derivada de una relación de trabajo tercerizado pueda incluirse como una obligación laboral en la primera clase de créditos, debe ser en criterio de este

Despacho, que previamente haya sido reconocida o declarada así por la autoridad administrativa o judicial correspondiente.

b. Frente a la inquietud sobre si las obligaciones tercerizadas deben ser calificadas como créditos de quinta clase en la prelación de créditos, no es pertinente en esta instancia hacer tal afirmación, puesto que en cada caso será preciso efectuar las consideraciones a que haya lugar en atención a las circunstancias particulares que las acompañan. Deben verificarse efectivamente las condiciones de la relación contractual específica de que se trate, en tanto que pueda tratarse de créditos garantizados, de acreedores quirografarios o cualquier otra circunstancia que incida en la graduación, situación que corresponderá definirla al liquidador”.

En consecuencia, las acreencias que se adeudan por concepto de tercerización laboral se consideran laborales si un juez establece que el vínculo surgió directamente entre la sociedad en liquidación voluntaria (empleador) y el trabajador inicialmente tercerizado; a efectos de establecer la prelación de créditos; habida cuenta la primacía de la realidad.

Es de aclarar que los trabajadores en misión, en calidad de beneficiarios, cuentan con la póliza de seguro obligatoria tomada por la empresa de servicios temporales, en el caso de la iliquidez de esta, para salvaguardar sus derechos laborales de carácter económico.

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.

Finalmente, invitamos a que visite la página web del Ministerio del Trabajo www.mintrabajo.gov.co, en la sección normatividad; en donde pondrá consultar diversos conceptos sobre la normatividad laboral y de seguridad social expedidos por la Oficina Asesora Jurídica.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

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

Transcriptor- Proyectó: D. Adames

Revisó: María Teresa G.
Aprobó: Marisol P.

Ruta electrónica: C:\Users\Usuario\Dropbox\Ministerio del Trabajo-Grupo de Consultas\2018\Febrero 2018\Febrero semana 2\Babel 16566 16567 67339 17 tercerización laboral y créditos laborales en liquidación Fernnado Hernández Vélez .docx