



Libertad y Orden

MINISTERIO DEL TRABAJO**RESOLUCIÓN NÚMERO 0388
(DICIEMBRE 10 DE 2020)****POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE APELACIÓN****LA DIRECTORA TERRITORIAL DEL VALLE DEL CAUCA**

En uso de sus atribuciones legales y en especial las que le confiere el Decreto 4108 de Noviembre 2 de 2011, la Resolución 02143 del 28 de Mayo de 2014, en concordancia con lo establecido en la Ley 1437 del 18 de Enero de 2011, y

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución N° 0813 del 16 de octubre de 2019, la Coordinadora del Grupo de Prevención, Inspección, y Control de la Dirección Territorial del Valle del Cauca, decide imponer sanción a la Entidad **METRO CALI S.A.** identificado con NIT. 805.013.171-8; por haber incurrido en conductas de intermediación laboral.

Que el Acto Administrativo antedicho fue notificado en debida forma a los intervinientes, presentándose con posterioridad y dentro de los términos legales, Recurso de Reposición y en subsidio de Apelación, por parte de la investigada y sancionada.

Que a través de Resolución N° 1045 del 02 de diciembre de 2019, se decidió recurso de reposición, resolviendo no reponer la decisión adoptada y en razón de ello, conceder recurso de Apelación, que corresponde decidir a este Despacho, de conformidad con las competencias asignadas.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

En su escrito presentado el 14 de noviembre de 2019 la Doctora **ALEJANDRA BAEZA GONZÁLEZ**, apoderada de la entidad **METRO CALI S.A.** manifiesta lo siguiente: "... 1. **INSUFICIENTE PROBAORIA DE LA CONDUCTA O INFRACCIÓN:** Porque la decisión sancionatoria exige un "juicio de imputabilidad" para deducir de manera inequívoca la responsabilidad del sujeto investigado, esto es: las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se verificó la infracción y la conducta del investigado que abren paso a la sanción... Por ello, los numerales 2 y 3 del artículo 49 del CPACA desarrollan el principio de la necesidad de la prueba para sustentar la infracción, con mayor razón, cuando la carga de la prueba corresponde al ente sancionador, pues la motivación del acto sancionatorio debe comprender una descripción completa, precisa, clara y de cada uno de los supuestos de hecho a partir de los cuales se adelanta el proceso de adecuación típica, que viene predeterminado desde la imputación formulada en el liego de cargos. Tal congruencia es la que facilita el adecuado ejercicio de los derechos de contradicción y defensa en la actuación administrativa... En este sentido, el alcance y contenido de cada uno de los componentes de la infracción deben ser definidos por el Ministerio como parte de ese proceso de razonamiento lógico – jurídico que caracteriza la adecuación típica de la conducta atribuida al investigado en la norma que la describe. Por tanto, cada uno de los componentes que integran tal descripción requiere una interpretación razonada y

razonable que debe ser explícita en el acto, de manera que una vez se fijen el contenido y alcance de los componentes normativos, el funcionario debe examinar el material probatorio recaudado, para determinar punto por punto si la conducta encaja en los supuestos normativos que definen el tipo infractor... Por esta razón, la decisión de sancionar debe estar acompañada de una intensa valoración probatoria por parte del Ministerio. No se está en presencia de una actividad discrecional de la Administración ni de un sistema de intima convicción, sino de una ajustada realidad fáctica de la actuación; por ello, el valor de los medios de pruebas practicados en el proceso deben provenir de su estudio específico y detallado, en aras de adoptar la decisión sobre las bases de la sana crítica, y con más veras, cuando se va a imponer una sanción por 700 SMMLV... Y es precisamente por esta razón que la decisión aquí recurrida debe ser revocada, pues evidentemente carece de manera absoluta de la prueba de la infracción, es decir, no se satisface la exigencia de la carga de probar la conducta sancionable, denominada por el Ministerio como **"abuso de las figuras constitucionales y legales para vulnerar la formalización en el empleo(...)"**, simplemente haciendo sumas y restas entre contratistas y empleados, cuando el único material que sirve de sustento para la decisión es: ... "Un acta de visitas... * Unas entrevistas... * Correos por los cuales se trámite una formalización de empleo... * Un mapa de procesos... * Un listado de servidores públicos... Y, contrario al insuficiente material recaudado por el Ministerio, existe una presunción en derecho para la contratación bajo la modalidad de prestación de servicios, la cual se presume cierta por disposición legal mientras no se pruebe lo contrario, y es aquella según la cual, **"En ningún caso estos contratos generan relación laboral"**... Por lo tanto, no existe ni se encuentra probado ningún abuso de las figuras en el caso bajo estudio, por cuanto no pueden predicarse condiciones desiguales o vulneración en la formalización de empleo en situaciones fácticas diversas entre sujetos que han prestado servicios en forma evidente y diferente dentro de Metro Cali S.A., unos a través de una relación contractual y otros mediante una relación laboral de origen contractual, legal o reglamentario. La misma naturaleza, características y elementos esenciales del vínculo que los une a la entidad, determina que la regulación legal sea diametralmente opuesta, dadas las situaciones fácticas diversas en que unos y otros se desempeñan, en cuanto a las finalidades, obligaciones, y responsabilidades que cumplen, y ello o puede ser desacreditado simplemente a partir de actas de visitas, listados, ni correos. Ni mucho menos, reitero, sumando y restando contratistas y empleados públicos o trabajadores oficiales. Ello requiere una exigencia probatoria muy superior a la intuición del funcionario para imponer una sanción de 700 SMMLV... Ahora, como bien es sabido por el Ministerio, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo; y no hay una sola prueba que permita tener tan siquiera un indicio de que los elementos del contrato de trabajo se encuentran presentes en cada uno de los contratistas para de este modo constreñir con la sanción administrativa para la vinculación de contratistas... **En efecto, la sola superioridad numérica entre contratistas y empleados de planta que tanto aterra al Ministerio no es óbice para imponer una sanción. La responsabilidad objetiva está proscrita en el sistema sancionatorio** y, por ello, en las actuaciones que adelanten las autoridades administrativas, antes de imponer la sanción, éstas tienen la obligación de garantizar al administrado el derecho fundamental al debido proceso, el cual se concreta, entre otras cosas, con la garantía de la presunción de inocencia, lo que conlleva que la responsabilidad del administrado se defina con base en hechos probados imputables al mismo, quedando proscrita la imposición de sanciones de plano amparadas sólo en el creer del funcionario... Finalmente, para concluir este punto, nótese como no existe una sola prueba sobre los servicios prestados por los contratistas, la descripción de sus actividades, las condiciones en que se presta el servicio, o, siquiera, sobre los estudios previos que sustentan la necesidad del contrato u otras similares. No existe nada de ello que permita desdibujar la vinculación contractual vigente para transformarla en una relación laboral... Por tanto, en observancia del principio de necesidad de la prueba, la sanción debe estar basada en actos o medios probatorios adecuados y la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia y, en todo caso, cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio que corresponde a la plena aplicación del principio *indubio pro administrado*... 2. **AUSENCIA DE LESIVIDAD:** Porque el criterio "daño o peligro a los

intereses a los intereses jurídicos tutelados... es la ratificación de que el ejercicio de la potestad sancionadora está sujeta a la verificación del elemento antijuridicidad de la infracción, esto es, un ataque a un bien jurídico protegido. Por tanto, desde el punto de vista lógico y una interpretación conforme a la Constitución, no hay antijuridicidad si la acción típica no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico tutelado... En consecuencia, cuando el art. 50-1 del CPACA menciona este criterio, más que un parámetro de graduación de la sanción, **lo que contiene es una causal eximente de responsabilidad administrativa, puesto que si el investigado prueba que no se produjo daño o peligro, no es procedente imponer una sanción debido a la ausencia del elemento antijuridicidad, o en sentido contrario, si el ente sancionador no prueba que se produjo el daño, tampoco es procedente la sanción...** En este caso, según la formulación de cargos efectuada por el Ministerio, el bien jurídico tutelado es "LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO". Partiendo de este modo de la intuición infundada de que los contratistas son empleados, cuando no hay asomo de una sola prueba de ello, y en sentido contrario, como se dice líneas atrás, la ley en cambio presume que en ningún caso la prestación de servicios genera relación laboral... Por tanto, la sola superioridad numérica de contratistas que, reitero, tanto ha aterrado al Ministerio, no es suficiente para desdibujar los elementos del contrato de prestación de servicios y, de contera, convertirlos automáticamente en una relación laboral, con el fin de aplicarle los principios propios de dicha institución, a tal punto de sancionar sobre un daño inexistente como sería la afectación a la estabilidad en el empleo, donde no hay un empleo y las implicaciones que ello acarrearán... En síntesis: no puede afectarse el bien jurídico tutelado denominado "ESTABILIDAD EN EL EMPLEO", sin que exista el empleo. Existe una vinculación contractual de prestación de servicios y la ley presume que EN NINGÚN CASO se genera relación laboral. No hay daño, y en consecuencia la conducta no es antijurídica... 3. **AUSENCIA DE CULPABILIDAD:** ... Esto, porque en las actuaciones administrativas sancionatorias, la demostración de culpabilidad por parte de la autoridad competente para imponer la sanción ocupa un papel principal bajo las prescripciones del debido proceso. Quiere ello decir que, existe un límite a la imposición de sanciones objetivas o, mejor dicho, a la responsabilidad objetiva, pues como ya lo ha expresado reiteradamente la Corte Constitucional, en todos los ámbitos de derecho sancionador, y en particular en el campo del derecho administrativo sancionatorio, "esta proscrita toda forma de responsabilidad objetiva", pues por esa vía se desconoce la garantía a la presunción de inocencia consagrada expresamente en el artículo 29 de la Carta Política, la cual se constituye en núcleo esencial del derecho al debido proceso, y cuyo significado se concreta en que nadie puede ser culpado de un hecho hasta tanto su responsabilidad no haya sido plenamente demostrada... Siendo ello así, no es posible que se sancione a Metro Cali S.A., si previamente no se le ha garantizado un debido proceso, y se ha establecido plenamente su culpabilidad en la comisión e la falta o infracción, pues la imposición de sanciones deben ajustarse a las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción, en especial al principio constitucional de la presunción de inocencia, por lo que, adoptar una modalidad legal de contratación, que en este caso es la de prestación de servicios, no conlleva a afectar o lesionar el bien jurídico tutelado de la "ESTABILIDAD EN EL EMPLEO", pues, no puede ignorarse por parte del Ministerio que, la estructura de la administración pública se complementa con la exigencia de que "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", de tal suerte que la racionalización de la función pública configura seguridad para quienes prestan el servicio público por cuanto para el ingreso, permanencia y ascenso deben satisfacer los requisitos y las condiciones que para el efecto fije la ley, basados en los méritos y calidades de los aspirantes, según lo que establezca el sistema de carrera, con las excepciones constitucionales y legales, **por lo que, caprichosamente no es legal generalizar que todos los contratistas presten sus servicios de la misma manera y bajo las mismas condiciones que los empleados públicos o trabajadores oficiales, cuando ello debe ser fijado por la ley y el reglamento y no por el Ministerio del Trabajo mediante la imposición de sanciones...** En consecuencia, el Estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar sus fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz y ello no configura ninguna infracción... Esa facultad de contratación por parte del Estado se desarrolla

dentro de un marco legal regido por el estatuto general de contratación de la administración pública, normatividad que subordina la actuación de las entidades estatales y en consecuencia la de sus servidores públicos en la ejecución de todas las etapas contractuales. Adicionalmente, tales funciones, como actividad estatal que son, tienden a lograr la obtención de resultados positivos bajo estricta sujeción, tanto para su regulación y realización, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que gobiernan la función administrativa en general... En conclusión, para efectos de enrostrar responsabilidad e imponer la sanción administrativa, se debe acreditar que la conducta es típica, antijurídica y culpable. El ente sancionador tiene la carga de desvirtuar la inocencia del investigado y, la duda respecto de cualquier elemento de la responsabilidad se traduce en la plena aplicación del principio indubio pro administrado... Como punto relevante y prioritario se debe indicar además que el Ministerio del Trabajo con la sanción que impuso a Metro Cali S.A., se está extra limitándose en sus funciones al declarar derechos laborales, una declaratoria que solo está en el ámbito de competencia de los Jueces de la República, no de las autoridades administrativas... El Ministerio ha realizado sin duda alguna un juicio de valor que le está expresamente prohibido por ley, pues no tiene la facultad para declarar contratos laborales ni las obligaciones o derechos que se derivan de estos... Adicional a la falta de tipicidad y de la ausencia de pruebas, existe sin duda alguna una presunción de ilegalidad que no fue en ninguna medida comprobada: Aunado a todo lo previamente expresado, frente a los contratos misionales que argumenta el Ministerio de Trabajo se debe indicar que el Decreto 4369 de 2006 reglamentario de los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990 se ocupó con extensión de regular el alcance de las acciones de las empresas de servicios temporales, fijar sus obligaciones y los derechos de los trabajadores en misión, en medio del cual no se hizo si quiera mención alguna a la discriminación de actividades misionales o complementarias de las empresas beneficiarias de servicio. Así pues, si la ley ni siquiera ha determinado o discriminado las actividades misionales, mal podría hacerlo cualquier interprete... Solo fue hasta la expedición de la Ley 1429 de 2010 cuando en la legislación laboral se hizo referencia específica a las actividades misionales de una compañía, para precisar el alcance de las denominadas acciones de intermediación laboral. En efecto el artículo 63 de la citada Ley señaló que "el personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrán estar vinculadas a través de cooperativas de servicios de trabajo asociado que haga intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes"... De esta manera entonces limitó expresamente la vinculación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado "que hagan intermediación laboral" y a través de cualquier otra modalidad de vinculación que afecte derechos laborales, para realizar "actividades misionales permanentes" (Asunto no probado en el caso que nos ocupa)... Nada realmente novedoso se ha dispuesto en la normatividad traída a colación respecto de la obvia prohibición de utilizar cualquier modalidad de vinculación que violente derechos laborales – que incluso ya estaba contenida en la Ley 1429 de 2010 que fue posteriormente retirada del ordenamiento jurídico. En estricta lógica subyace de lo anterior entre otras conclusiones que: a) solo se considera intermediación laboral la actividad de enviar trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. b) la intermediación laboral solo puede ser ejercida legítimamente por las empresas de servicios temporales en los términos de los artículos 71 y siguientes de la ley 50 del 90, c) las actividades desarrolladas, por el ejemplo de contratistas independientes en el marco de las normas que regulan su actividad. NO SON INTERMEDIACIÓN ILEGAL, y tampoco prueba alguna de una trasgresión a las normas laborales o derechos fundamentales de la legislación laboral... Nótese entonces como de dichas conclusiones no se deduce con claridad el incumplimiento de METRO CALI S.A., pues no se comprobó la existencia de contratos misionales, y respecto de aquellos celebrados por prestación de servicios no hay una prueba que indique que no son reales o verdaderos, o que trasgreden derechos de los contratistas, ahora bien, se reitera que la competencia para determinar la existencia de tales, corresponde exclusivamente al juez laboral y no al Ministerio de Trabajo. No puede deducirse que por la cantidad de contratistas de la entidad existe entonces un ocultamiento de contratos laborales, es que no existe prueba de ello, está partiendo de una suposición sin fundamento fáctico o legal... Resulta entonces incontestable que mientras se respeten los derechos laborales de los trabajadores y la independencia

de los contratistas y sus derechos, se analice la gestión realizada por parte de la entidad, la cual fue proactiva de acuerdo a sus posibilidades (ingresos), no debería existir motivo alguno de reproche administrativo por parte del Ministerio de Trabajo... No obstante la aparente claridad de todo lo anterior, es desconocida por parte del Ministerio de Trabajo, al considerar que la concepción de las actividades misionales permanentes por regla general no pueden ser objeto de tercerización, como tampoco pueden existir contratos de prestación de servicios, suponiendo equivocadamente que este tipo de subcontratación o apoyo a la gestión implica la violación de derechos laborales, cuando precisamente la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes autorizan este tipo de contratación, esta concepción es nociva para el quehacer empresarial como quiera que limita el campo de acción de la sociedad, es tan irracional y ausente de fundamentos jurídicos, que si el mismo raciocinio jurídico se aplicara a otros eventos se debería concluir que deben ser prohibidos los contratos civiles o de prestación de servicios y salir del ordenamiento jurídico, situación que no ha ocurrido, pues la norma que faculta este tipo de contratación tiene análisis de constitucionalidad a favor...

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA... 1- El Auto... por medio del cual se inició el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Metro Cali S.A., se habla de una conducta desarrollada por el investigado que fue tipificada expresamente como **"abuso de las figuras constitucionales y legales válidas para vulnerar la formalización en el empleo (...)"**, enrostrándole al investigado ser presuntamente responsable de trasgredir los artículos 25 y 53 superiores y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, por vincular personal requerido para desarrollar las actividades misionales, lo cual no se ajusta a la realidad, pues en METRO CALI S.A. no hay una sola contratación con figuras como tercerización o cooperativas, ni tampoco de aquellas encaminadas a camuflar una verdadera relación laboral, es decir que en el expediente no obra una sola prueba de las personas vinculadas bajo la modalidad reprochada por el Ministerio, así como tampoco quedó demostrada la afectación de derechos del personal vinculado mediante prestación de servicios, lo que no permite efectuar una adecuación típica de la conducta de Metro Cali S.A. con el supuesto de hecho de la norma que conlleve a la imposición de la sanción... Basada en ello debo recordar que las disposiciones administrativas que establecen conductas sancionables, deben satisfacer el principio de legalidad y, en consecuencia, el principio de tipicidad que le es inminente. Este principio exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma con anterioridad a los hechos materia de investigación. Por ejemplo el principio de tipicidad implícito en el de legalidad hace referencia a que la norma debe definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión... En este orden de ideas valga la pena resaltar que el pliego de cargos indicados en la Resolución impugnada es bastante amplio y no deja ver la realidad de la falta que se pretende impugnar, pues cabe resaltar que, como se probó dentro del plenario, METRO CALI S.A. no recurre a la figura de cooperativas de trabajo asociado o empresas temporales prestadoras de servicio como se aduce en la resolución... La entidad, itero, realiza contratos de prestación de servicios de acuerdo a lo estipulado en el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993, esto es, la celebración de contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad con personas naturales al no poderse desarrollar las mismas con el personal de planta o cuando se requieran conocimientos especializados. Modalidad legal plenamente válida en Colombia, por cuanto no se puede decir que por el solo hecho de celebrar algo que permite la propia ley se está incurriendo con una violación a los derechos de los contratistas, pues para probar ello se requieren muchos asuntos – primacía de la realidad sobre las formas. Un estudio minucioso y cuidadoso sobre cada contratista de la entidad, no se puede desprender del solo hecho de que la entidad tenga mayor número de contratación mediante esta modalidad es ya per se un encubrimiento de relaciones laborales... Los contratistas vinculados por la entidad, en su mayoría, son contratados en razón del conocimiento técnico y experticia frente a determinados temas en los que los funcionarios de planta no tienen la formación profesional o porque no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente... Se les respeta de manera absoluta la independencia y autonomía para

la ejecución de las actividades contractuales, y no existe ningún tipo de subordinación demostrada, que permita inferir, como lo indica el acto administrativo sancionatorio, que la entidad se encuentra vulnerando las normas de orden público y de orden laboral ni mucho menos generando daño a los intereses jurídicos de los contratistas... Las actividades desarrolladas por los contratistas de la entidad no son las mismas, ni sustancialmente parecidas a las labores realizadas por las personas de planta, no corresponden a las actividades propias del contratante... De las pruebas valoradas por el despacho, se evidencia que el Ministerio tuvo en cuenta las entrevistas realizadas por el Dr. Leoncio Hurtado Angulo, sin embargo, no entiende la entidad, porque a pesar si en ellas también se reflejó la autonomía y total independencia de ciertos contratistas entrevistados, esto no fue valorado por el Ministerio, en ese sentido lo que hizo fue un análisis sesgado en contra de mi representada... Se recalca demás que durante todo el proceso de investigación **se demostró que la entidad no fue pasiva y que también fue consciente, sincera y responsable**, en el entendido de que por más que se quisiera formalizar algunos empleos (sin aceptar por ello que la entidad se encontraba vulnerando derechos, si no reconociendo la importancia que genera para nuestra ciudad implementar empleos formales), supedito dicha voluntad (recordemos que METRO CALI S.A. sin requerimientos o coacción fue quien se acercó de manera oficiosa al Ministerio de trabajo manifestando su intención de formalizar 200 empleos (sin aceptar por ello que en la actualidad no encontremos vulnerando derechos, si no reconociendo la importancia que genera para nuestra ciudad implementar empleos formales) a que el sistema contara con ingresos, lo anterior atendiendo a que los ingresos de la entidad, provienen del 7% de participación que le corresponde de la tarifa que paga el usuario del Sistema, en ese sentido sino hay aumento de demanda, no habrá ingresos... **Entre algunos de los actos que realizó la entidad, se tienen:** ... (i) El trámite de autorización ante el órgano máximo (Junta Directiva) el día 11 de diciembre de 2015, la cual condicionó la formalización de algunos empleos (sin aceptar por ello que la entidad se encontraba vulnerando derechos, si no reconociendo la importancia que genera para nuestra ciudad implementar empleos formales) siempre que se contara con recursos correspondientes a garantizar la sostenibilidad del SITM-MIO, en ese sentido **determinó como lineamiento base para proceder con la nueva panta, que el gasto del personal no excediera el 60% del presupuesto del ingreso de METRO CALI S.A., asociado a su participación porcentual sobre la tarifa recaudada del usuario del sistema MIO para la vigencia del 2015.** Asunto que aún el día de hoy, no se ha cumplido... Es por ello que **el día 16 de octubre de 2018, el presidente de la época, Nicolás Orejuela Botero, envió informe al Ministerio aportando toda la gestión adelantada frente a la pretendida formalización (sin aceptar por ello que la entidad se encontraba vulnerando derechos, si no reconociendo la importancia que genera para nuestra ciudad implementar empleos formales), pero igualmente indicando que la condición dada por la Junta en el año 2015 a la fecha no se había cumplido, situación que fue la que conllevó que no se hubiera podido llevar a cabo la misma, se trataba claramente de una situación ajena a la entidad, sin embargo, contrario a lo anterior, el Ministerio aplicó en contra de mi representada la responsabilidad objetiva, la cual, como lo explique al inicio de este recurso está proscrita en el sistema sancionatorio** ... (ii) En ese sentido, y como consecuencia de lo anterior, tampoco tuvo en cuenta el Ministerio, que en esa misma fecha, esto es, desde el 16 de octubre de 2018, se le requirió ampliación del plazo en dieciocho (18) meses para dicha formalización, **los cuales se cumplen el 17 de abril de 2020**, eso si, nuevamente siendo responsable la entidad, siempre y cuando se lograra en incremento de ingresos, pues la demanda no superaba los 500 pasajeros. Es de precisar que esa comunicación aparte que no fue valorada tampoco fue atendida por parte del Ministerio, nótese que a la fecha aún no se han cumplido los dieciocho (18) meses... (iii) Tampoco tuvo en cuenta el Ministerio que la entidad pese a dicha situación convocó a Concurso de Méritos N°915.108.5.03.2019 para contratar los servicios que realizarán la actualización del estudio técnico de panta óptima" concurso que puede ser consultado en la plataforma SECOP... De lo anterior se puede concluir entonces que se han presentado factores externos y no imputables a la entidad que han impedido la formalización que voluntariamente se comunicó, pero siempre bajo el entendido que se contara con ingresos... De haber tenido en cuenta estas acciones entre otras, y no una responsabilidad objetiva, conforme a derecho, otra hubiera sido la decisión adoptada. No sobra decir además que la sanción impuesta no resulta ni razonada ni proporcional... 2. Es necesario indicar que en la actualidad METRO CALI S.A. se encuentra admitida e proceso de reestructuración empresarial a partir de la Resolución N°10873

del día 11 de octubre de 2019 proferida por la Superintendencia de Transporte. La decisión tuvo su origen en la variación negativa de su patrimonio por presentar un endeudamiento que supera el 50% del mismo, lo que ha hecho más gravosa la situación que fue reseñada en la gráfica desde el año 2016 la fecha... Estar en reestructuración empresarial implica para la entidad, conforme lo consigna el artículo 17 de la ley 550 de 1999, que existían algunas operaciones restringidas de acuerdo con el monto que se requiera para la ejecución de las mismas; esto, con el propósito de salvaguardar la posibilidad de concreción del acuerdo de pago como finalidad primordial de la solicitud de reestructuración... Lo anterior, de forma clara constituye un impedimento para llevar a cabo una gestión de formalización, pues esto implica un elevado gasto financiero que sin duda afectaría el flujo de caja con el cual se deberá atender el pago de las obligaciones sometidas al proceso de reestructuración... Se debe indicar finalmente, que el proceso de reestructuración empresarial brinda protección constitucional a empresas como METRO CALI S.A. para preservar su viabilidad permitiendo que pueda atender ordenadamente el pago de todas las obligaciones a su cargo... Con todo ello quiero resaltar que las pruebas demostraron que no ha sido, desinterés, mala fe, o negligencia de la entidad la formalización de los empleados (sin aceptar por ello que la entidad se encontraba vulnerando derechos, si no reconociendo la importancia que genera para nuestra ciudad implementar empleos formales), sino la falta de recursos para atender dicho compromiso, circunstancia esta que de ninguna manera puede interpretarse como actitud negativa caprichosa o evasiva, pues se reitera, lo anterior es tan solo una aplicación del principio general del derecho según el cual "**nadie puede ser obligado a lo imposible**"... 3. La sanción del Ministerio de Trabajo asciende a la suma de \$579.681.200, 700 salarios mínimos mensuales legales vigentes, la cual o es solo desproporcional si no que no se ajusta a la tasación de sanciones del Ministerio conforme la Ley 1610 de 2013... Frente a la graduación de las sanciones que contempla dicha ley, frente a esta investigación el Ministerio no ha atendido de forma oportuna y certera los criterios impuestos, pues: No existe prueba alguna del presunto daño ocasionado a los derechos de contratistas, tampoco se probó el peligro generado a los intereses jurídicos tutelados, de los cuales reitero hay falencias, METRO CALI S.A. no ha obtenido en ninguna medida un beneficio económico frente al presunto incumplimiento, esta es la primera investigación que se realiza en contra de la entidad, no ha habido reincidencia alguna, y se injurió porque fue METRO CALI S.A. quien se acercó al Ministerio de trabajo a mostrar su intención de formalización, no porque hubiese requerimiento o queja alguna de parte de un colaborador de la entidad, sino porque la entidad reconoce la importancia que genera para nuestra ciudad implementar empleos formales. No ha habido ni por una sola vez resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión. Por el contrario, METRO CALI S.A. ha aportado todo lo que se ha requerido, los apoderados hemos realizado múltiples gestiones encaminadas a demostrar que la entidad ha obrado de buena fe y que realmente ha desplegado acciones en pro de cumplir. De todo ello se puede desprender con facilidad que por parte de nosotros ha existido un grado de prudencia y diligencia frente a los deberes impuestos. Son todos estos factores que al momento de tasar la sanción ha debido tener en cuenta el Ministerio de Trabajo, aunado a ello el hecho de que actualmente nos encontramos inmersos en un proceso de reestructuración que no nos permite acceder a nuevos acuerdos... Es claro que esta sanción aparte que no resulta procedente agrava sin justificación la situación de METRO CALI S.A. lo cual conllevaría incluso a terminar con múltiples contratos de prestación de servicios, que repito o son ilegales ni pretenden camuflar relaciones laborales... **En consecuencia, se debe absolver a Metro Cali S.A, porque en el expediente: ... No está acreditado que se hay incurrido en conducta alguna que se encuentre tipificada en la ley como infracción. La escogencia de una u otra modalidad de vinculación del personal que presta los servicios a la entidad no es una decisión arbitraria y caprichosa, sino que se trata de una decisión discrecional y reglada que se rige por los principios que rigen la función pública y la contratación estatal que encuentran amparo constitucional y legal...** No esta tampoco acreditada la antijuridicidad de la conducta por la protuberante inexistencia del daño. No puede afectarse el bien jurídico tutelado denominado "ESTABILIDAD EN EL EMPLEO", sin que exista el empleo y, en materia de prestación de servicios el Estatuto de Contratación Pública presume que EN NINGUN CASO se genera relación laboral, y tal presunción no fue desvirtuada... Se reitera entonces que en relación con los cargos imputados a METRO CALI S.A. y la normatividad traída a colación en la resolución impugnada en este escrito se

puede identificar de forma clara que los mismos no son congruentes con la decisión final, no hay un nexo directo entre las supuestas afectaciones con el ordenamiento jurídico presuntamente violado, es claro que se realizó una indebida adecuación típica... Resaltando este hecho, y que conforme a la ley vigente en Colombia los contratos de prestación de servicios son plenamente válidos –Ley 80 de 1993– hace converger de una manera no autorizada una conducta de la administración con una prohibición no prevista en la norma, careciendo de todo sustento factico y jurídico las presuntas violaciones indicadas, pues tanto el análisis jurídico realizado en la Resolución en mención, como las normas que se señalan en ella adolecen de una descripción clara que le permita conocer a mi representada la comisión de la presunta falta imputada... Por otro lado dentro de la valoración de pruebas realizada por el Ministerio de Trabajo, se limitan a nombrar los documentos aportados y las entrevistas realizadas por el inspector encargado en una sola visita a mi representada, pero no hay prueba alguna de acción que haya desplegado la entidad que le permita verificar de forma fehaciente el incumplimiento reprochado, no hay un nexo entre las pruebas arrimadas al expediente y la sanción impuesta, de hecho, son todas pruebas que permiten verificar el cumplimiento de METRO CALI S.A. No se evidencia con ninguno de dichos documentos afectación alguna reprochable a METRO CALI S.A.... Reitero nuevamente que la contratación por prestación de servicios se realiza de forma adecuada y bajo la modalidad permitida, es decir para las excepciones que consagra la ley conforme indiqué en la parte introductoria de este recurso, así las cosas no existe la tercerización que presume el Ministerio de Trabajo, tampoco el trabajo mediante cooperativas de trabajo y menos se realizan este tipo de contratos para realizar actividades misionales, de lo cual se deriva que no ha habido incumplimiento o trasgresión de la normatividad relacionada en la Resolución... **PETICIÓN...** Como apoderada de la empresa METRO CALI S.A. solicito respetuosamente se reponga para REVOCAR en todas sus partes la resolución número 0813 CGPVC del 16 de octubre de 2019 y en su lugar se proceda a ABSOLVER de las sanciones a la empresa METRO CALI S.A. específicamente las decisiones contenidas en el RESULEVE de la resolución conforme las razones y motivos que expuse en esta sustentación del recurso... **APELACIÓN.-** En caso de no reponer, desde ahora formulo recurso de apelación, que deberá surtirse ante la directora Territorial Del Valle del Cauca, sustentado con las consideraciones y, con los argumentos expuestos, cuando se estudie nuevamente el caso, pido se proceda conforme su prudente juicio REVOCANDO totalmente la resolución accediendo a las peticiones del recurso...".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Observa el Despacho que con posterioridad a las diferentes actuaciones y recaudo de material probatorio, procedió la Coordinadora del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial del Valle del Cauca, a proferir acto administrativo de decisión final, en el cual decide sancionar a la investigada por la infracción a las normas laborales, determinando que esta había incurrido en conductas de intermediación laboral.

Al entrar a realizar el estudio del escrito que sustenta el recurso de reposición y en subsidio apelación presentado: Por parte de la Doctora **ALEJANDRA BAEZA GONZÁLEZ**, en su calidad de Apoderada de la empresa **METRO CALI S.A.**, cabe aclararle a la recurrente que conforme a los planteamientos constatados a través de la investigación administrativa llevada a cabo, ha quedado claro que para la prestación del servicio, la empresa ha vinculado a mucho más del 90% de su población trabajadora, a través de contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, tengamos en cuenta los siguientes conceptos sobre los contratos de prestación de servicios dentro de la administración pública:

Veamos la Sentencia de Unificación sobre Contratos de Prestación de Servicios del Consejo de Estado:

"UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

I. LA DEMANDA DE NULIDAD SIMPLE CONTRA EL ART. 1º DECRETO 4266 DE 2010

En el presente proceso se pretendía la nulidad parcial del inciso primero del artículo 1º del Decreto 4266 de 2010, texto reproducido en el Art. 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012 y hoy en el Artículo 81 del Decreto 1510 de 2013.

*Artículo 1º. Modificación del artículo 82 del Decreto 2474 de 2008. El artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, quedará así: "Artículo 82 (...)

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión correspondiente a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. (...) (Subrayado fuera de texto original) "

Para el Consejo de Estado es claro que la inclusión del texto resaltado no impone, de manera inflexible, este tipo de actividades deban ser acometidas por vía de alguno de estos dos tipos de contratos de prestación de servicios en específicos, pues, como se ha dicho, es la misma Administración Pública la que tiene una razonada discrecionalidad para estructurar en términos técnicos, económicos y jurídicos el contrato estatal que desea suscribir; de donde se deriva, grosso modo, que la definición del tipo contractual a celebrar correrá por cuenta de las estadísticas ad-hoc que realice la entidad, todo ello conforme al principio de planeación.

El Consejo de Estado negó la pretensión de nulidad de los apartados contenidos en el artículo 1 del Decreto 4266 de 2010, norma reproducida en el art. 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012 y el artículo 81 del Decreto 1510 de 2013, por considerar que no se excedió en la facultad de reglamentación, porque se entiende que las expresiones (operativas, logísticas o asistenciales) son apenas una ejemplificación enunciativa dentro de un universo de muchas otras que pueden tener cabida dentro de las tipologías contractuales específicas de los contratos de prestación de servicios (bien sean profesionales o de simple apoyo a la gestión); todo de conformidad con los estudios previos del contrato y las recomendaciones que planea la disponibilidad de este.

II LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Ley 80 de 1993. Art. 32. Numeral 3º - Ley 1150 de 2007. Art. 2º Núm. 4)

El Consejo de Estado, UNIFICÓ "jurisprudencia en punto al alcance legal de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión".

La contratación directa tiene dos elementos normativos de carácter imperativo para su procedencia:

1. El primero, nos indica que la norma opera de manera sistemática en relación con los contratos de prestación de servicios, determinados en la ley 80 de 1993 y que requieran las entidades establecidas para el cumplimiento de sus metas, pero tan solo en dos claros eventos negociales de esta naturaleza:

(i) En aquellos que tengan por objeto la **prestación de servicios profesionales, y**

(ii) En todos aquellos otros casos en que los requisitos de la entidad estatal tengan por objeto otros **servicios de apoyo a la gestión** de la entidad que deban desarrollarse con personal no profesional;

2. El segundo, determina la procedencia de la causal en relación con un grupo especialísimo de contratos, la jurisprudencia de la Corporación ha venido subsumiendo dentro del género de los de "prestación de servicios", pero que por razones didácticas los analizamos de manera separada, y aquellos que tienen por objeto la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden abarcar a personas naturales.

A continuación, el Consejo de Estado procederá a definir cada uno de los contratos para unificar su jurisprudencia de la siguiente forma:

Unificación de jurisprudencia.

Naturaleza y características de los contratos de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Análisis de la Ley 1150 de 2007. Art. 2° Núm. 4

Los contratos que tienen por objeto propiamente la "prestación de servicios", los cuales requieren la base de la causal de contratación directa del literal h) del número 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

GENERALIDADES

El numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades establecidas para desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no pueden ser realizadas con personal de planta o requerir conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos tienen relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable".

La realidad material de las expresiones legales "... para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ..." engloba a una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definidos en el artículo 32 No 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma, que en esencia no implican de manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas.

Se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus problemas y finalidades cuando estas por sí solas, ya través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclamar conocimientos específicos que no pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades.

El contrato de prestación de servicios resulta ser ante todo un contrato vital para la gestión y el funcionamiento de las entidades estatales porque suple las deficiencias de estas.

Algo evidente de todo contrato de prestación de servicios, modificación de su modalidad, es su intangibilidad, como consecuencia de una actividad inteligente del ser humano ejecutor del contrato o, tratándose de personas jurídicas, de quienes prestan el servicio en nombre y representación de las mismas...".

Ahora bien, veamos cómo define el Consejo de Estado el contrato de prestación de servicios profesionales y contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión:

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

"Serán entonces contratos de "prestación de servicios profesionales" todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades involucradas en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyando o apoyando, al igual que desarrollar estas actividades en aras de proporcionar, contribuir, apuntalar, mejorar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos dispositivos estén incluidos personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demanda la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado...".

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN

"Se entiende por contratos de "apoyo a la gestión" todos aquellos otros contratos de "prestación de servicios" que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades legalmente pero cuya ejecución no requiere, de manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planificación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas.

Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993, esto es, lo que implican cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc., según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o el funcionamiento de la entidad correspondiente, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha publicitado, se reservan exclusivamente para el "contrato de prestación de servicios profesionales", y no para parámetros de simple "apoyo a la gestión"...".

Así las cosas y realizando un estudio al acervo probatorio allegado al expediente y para tomar una decisión respecto a las peticiones de la recurrente se debe tener claro los siguientes conceptos:

Ley 1429 de 2010, Artículo 63 que dice:

"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." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

ACTIVIDAD MISIONAL PERMANENTE

Aquellas directamente relacionadas con la producción de los bienes o servicios característicos de la empresa, es decir las que son inherentes, consustanciales o sin cuya ejecución se afectaría la producción de los bienes o servicios característicos del beneficiario.

TIPOS DE EMPRESAS TERCERIZADORAS

Teniendo en cuenta la **Resolución 2021 del año 2018 del Ministerio de Trabajo** la figura de tercerización se evidencia en este tipo de empresas:

1. EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES:

En la **Ley 50 de 1990** se introducen nuevas reglamentaciones de subcontratación en el código Sustantivo de Trabajo, dentro de las cuales está el trabajo temporal; el cual consiste en brindar el servicio de labores ocasionales en ausencias de personal por licencias, vacaciones, picos de producción etc... siempre y cuando la labor del colaborador no se relacione con el objeto social de la empresa que solicita el servicio. Este tipo de subcontratación tiene una máxima duración de seis meses, prorrogables a seis meses más. Es decir, un año.

2. COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO:

El objetivo principal de estas empresas era prestar servicios completos a otras organizaciones, el problema de las CTA surgió por su mal manejo en realizar intermediación laboral y la violación de derechos y garantías de los asociados, razón por la cual hoy en día ya casi no existen. **Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010** "*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 modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes*".

3. CONTRATO SINDICAL:

En el artículo 482 del Código Sustantivo de Trabajo "*Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados*". Este tipo de contratos son legales ante la ley, los sindicatos son los responsables de velar por los derechos laborales de sus afiliados. Su mal uso puede terminar definiéndose como un caso de intermediación ilegal.

4. OUTSOURCING:

Muchas personas y empresas confunden este concepto con la intermediación laboral, la modalidad outsourcing consiste en la contratación externa de un servicio a una empresa especializada en el tema. Esto, establecido por el **Artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo**, en el cual prima la solidaridad para los colaboradores.

Para finalizar y responder a la pregunta del título. La tercerización laboral en Colombia si es legal, siempre y cuando se maneje de acuerdo a lo establecido en la ley, en cambio, la intermediación laboral si se entiende como un acto ilegal. Pero, las únicas empresas que pueden hacer uso de esta

modalidad de subcontratación son las empresas de servicios temporales, de acuerdo a su reglamentación.

A los beneficiarios y proveedores que incurran en las prohibiciones mencionadas en este capítulo se les impondrán, a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo, sanciones consistentes en multas hasta de cinco mil (5.000) SMMLV, de conformidad con lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 7 de la Ley 1610 de 2013 según el número total de trabajadores con base en los parámetros señalados en el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y lo de Contencioso Administrativo, el artículo 12 de la Ley 1610 de 2013 y el artículo 2.2.8.1.49 del presente Decreto.

Ahora bien, a través de la Resolución 2021 del 9 de mayo de 2018, el Ministerio del Trabajo estableció lineamientos en relación con las funciones de inspección, vigilancia y control a que hace referencia el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, más conocida como la Ley de Formalización y Generación de Empleo (LFGE).

"En este artículo, se faculta al entonces Ministerio de la Protección Social, a través de las direcciones territoriales, para imponer multas a quienes incumplan las reglas sobre contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Puntualmente, el artículo 63 señala que "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 (...)".

Al expedir la Resolución 2021 de 2018, el Mintrabajo trazó lineamientos sobre la intermediación laboral, dentro de los que se destacan, entre otros, los siguientes:

Primero, define qué se entiende por esta actividad las ejercidas por las empresas de servicios temporales autorizadas por esa cartera.

Segundo, establece para las empresas que presten el servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo, la obligación de cumplir con las normas legales y reglamentarias sobre la materia. Al respecto añade: "Este servicio se encuentra hoy prestado por las agencias públicas y privadas de gestión y colocación de empleo y aquel que no se acredite como tal incumple la Ley. En todo caso, la agencia no tiene calidad de empleador sobre los trabajadores objeto del servicio prestado, ya que dicha calidad la ostentará el demandante de la mano de obra".

Tercero, la resolución es tajante al advertir que "Ninguna persona natural o jurídica diferente de las Empresas de Servicios Temporales puede suministrar personal de manera directa, indirecta o encubierta a un tercero con el cual tengan una relación contractual (...) puesto que al hacerlo se encontrará incurso en una Intermediación Laboral Ilegal. El suministro de personal no puede hacerse a través de ninguna otra modalidad de contratación u otra figura jurídica, incluyendo los Contratos Sindicales".

Así mismo, la norma prohíbe a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, la realización de actividades de intermediación laboral, pues estas serían abiertamente ilegales y estarían expuestas a sanciones por parte de las direcciones territoriales del Mintrabajo. Las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que ya hubieren sido sancionadas con multa por intermediación laboral ilegal podrán perder su personería jurídica".

Igualmente la Resolución 2021 de 2018 en su artículo Tercero y Cuarto dice:

***TERCERO:** A las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado les está prohibido en todos los casos, la realización de actividades de intermediación laboral en los términos del Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008 y de la Ley 1429 de 2010, de hacerlo se encontraran incursas en una Intermediación Laboral Ilegal y que con ello se vulneren los **derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes**, la cual será sancionada en la forma que la Ley ha establecido y que se referencia en el artículo séptimo de la presente resolución.

CUARTO: Con el fin de determinar la ocurrencia de la infracción señalada en el punto anterior, la Direcciones Territoriales adelantarán las actuaciones administrativas necesarias e impondrán las sanciones correspondientes...". (Negrilla fuera de texto).

Los inspectores deberán verificar la ocurrencia de las siguientes conductas:

- a) Si existe personal prestando servicios a favor del contratante, sin tener contrato de trabajo.
- b) De verificarse lo anterior, se deberá indagar si se trata de personal en misión vinculado a través de una empresa de servicios temporales. Si es así, se verificará que la actividad se realice en los términos de la Ley 50 y el Decreto 1072.
- c) Si no es así, se deberá determinar:
 - i. A qué título se presta el servicio.
 - ii. Si los trabajadores del contratista hacen las mismas labores que realizan los del contratante (cargos espejo).
 - iii. Si los trabajadores del contratista han sido trabajadores del contratante previamente.
 - iv. Si el contratista tiene independencia financiera, o si tiene algún vínculo societario con el contratante.
 - v. Si el contratista tiene autonomía en los medios de producción y en la ejecución de procesos.
 - vi. Si el contratista ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, y si da instrucciones en circunstancias de tiempo, modo y lugar.
 - vii. Si el contratista paga las obligaciones laborales y de seguridad social de sus trabajadores.
 - viii. Si el contratante ha fraccionado, mediante contratistas, a trabajadores afiliados a un sindicato o que se hayan reunido para ello.
 - ix. Si contratista y contratante incurrir en conductas violatorias de normas laborales, en la celebración o ejecución de la figura que los une.

Verificado lo anterior, es posible que los inspectores se encuentren con situaciones que constituyan una intermediación laboral indebida como:

1. El envío de trabajadores en misión por parte de una empresa no autorizada para prestar servicios temporales.
2. La prestación de servicios contratados sin autonomía ni libertad en su ejecución, encontrándose el personal del contratista bajo subordinación del contratante.
3. El uso de contratos sindicales para suministrar personal.
4. La prestación del servicio de colocación de empleo, sin tener autorización para ello.

En todos los casos, la infracción la comete tanto el que ofrece el servicio como quien lo recibe.

De acuerdo a lo anterior, observa el despacho que en la resolución recurrida, se sanciona por la vulneración a la ley 1429 de 2010 en su artículo 63 que dice: "... 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." (Negrilla y subrayado fuera de texto). Por lo cual se debe hacer un análisis jurídico, detallado y comparativo que permita establecer la afectación de los derechos constitucionales, legales y prestacionales acorde con lo establecido en la Ley 1429 de 2010 artículo 63 y Resolución 2021 de 2018, con el personal de planta de la empresa METRO CALI S.A., más dentro del plenario no se observa la realización de dicho comparativo con el personal directamente vinculado a la planta de

cargos y los contratados a través de contrato de prestación de servicios, sobre las actividades ejecutadas, salarios y beneficios legales y extralegales, para así tener la certeza de la afectación de los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes por parte de la investigada. No obstante haber quedado determinado en la investigación que la empresa **METRO CALI S.A.**, tiene vinculado por Contrato de Prestación de Servicios a más del 90% de su población trabajadora.

En la formulación de cargos aparece como normas presuntamente violadas el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se hace importante tener en cuenta respecto a la Tercerización e Intermediación, lo siguiente:

El Ministerio del Trabajo expidió, el 9 de mayo de 2018, la Resolución 2021 de 2018, que distingue los dos conceptos, expresando en sus considerandos que "la figura de la tercerización, subcontratación u "outsourcing", se encuentra encaminada a que mediante una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, a que requiere se le suministre bienes y/o servicios contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia, situación igualmente establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 34, el cual no solo establece lo señalado sino que presenta la figura de la solidaridad como garantía de los derechos de los trabajadores".

Situación bien diferente a la de la "intermediación laboral", que debe entenderse como "el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades. Esta actividad únicamente podrá ser desarrollada por las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 hoy incorporado en el decreto único reglamentario número 1072 de 2015. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a ninguna persona natural o jurídica que no esté debidamente acreditada como Empresas de Servicios Temporales a través de una autorización otorgada por este Ministerio y solo se adelanta en los casos que la Ley así lo haya autorizado".

Hecha esta claridad y ateniéndonos a las disposiciones vigentes en el país, tenemos, de acuerdo con las distinciones reseñadas, que en Colombia la actividad de la "tercerización" está prevista para el caso de los contratistas independientes, las cooperativas de trabajo asociado, las empresas asociativas de trabajo y el contrato colectivo sindical. Basta con solo revisar el objeto social de cada una de estas figuras para constatarlo.

Y cuando se trata de "intermediación laboral", debe entenderse el envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en el desarrollo de sus actividades misionales permanentes. Cabe preguntarse: ¿qué debe entenderse por ese tipo de actividades? Pues las propias del usuario contratante, o sea, las misionales permanentes, que, para el caso particular de la prestación del servicio temporal, se definen como "aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa" (D. 1072/15, art. 2.2.8.1.41, tercer párrafo).

En este contexto, la medida de temporalidad aplica a los servicios específicos y concretos de colaboración que se presenten en la actividad de un tercero beneficiario de ese servicio, que la ley llama usuario, en los eventos o situaciones que se reseñan en la ley como remplazos de personal por diferentes razones, incrementos en la producción, ventas o transporte, sector agrícola y cualquier tipo de servicio (L. 50/90, art. 77), es decir, la medida de temporalidad no aplica al trabajador en misión, ni al cargo que este desempeña, ni al oficio, sino que corresponde a la naturaleza del evento previsto por la ley.

De lo afirmado podemos concluir:

- No se debe confundir la intermediación laboral (envío en misión de trabajadores a terceros para colaborar temporalmente en desarrollo de sus actividades misionales permanentes) con la tercerización de bienes y de servicios.

- El término "intermediación laboral" es el correcto en la normativa colombiana, en lugar de "tercerización laboral".
- El término "tercerización" aplica cuando se acude a terceros para obtener un resultado final en la producción de un bien o la prestación de un servicio y que se ejecuta por el contratado con sus propios recursos técnicos, administrativos, financieros y humanos, y con plena autonomía.
- Los únicos autorizados por ley para intermediar laboralmente en labores misionales permanentes de forma temporal son las empresas de servicios temporales (EST).
- Que los trabajadores en misión de las EST son contratados directamente por estas con contrato laboral como cualquier otro empleador en el país, dado que este carácter se lo otorga la misma ley (L. 50/90, art. 71).
- En la intermediación laboral, la contratación de trabajadores en misión es directa y no indirecta, ni precaria. Es el mecanismo previsto por la ley para la formalización del trabajo flexible.
- Quienes hacen tercerización tienen limitación para hacer intermediación laboral, mas no para el desarrollo y/o ejecución de actividades de producción de bienes y prestación de servicios en labores misionales del tercero. Su restricción es para hacer intermediación laboral.

Visto lo anterior, podemos ver que dentro de la resolución recurrida no está claramente argumentado la forma en que la empresa **METRO CALI S.A.**, **afecta los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes**, como se dijo anteriormente, lo que conllevaría una violación al debido proceso en la presente investigación, por lo que la Directora Territorial del Valle del Cauca, al no observar la realización de dicho comparativo con el personal directamente vinculado a la planta de cargos y los contratados a través de prestación de servicios, sobre las actividades ejecutadas, salarios y beneficios legales y extralegales, para así tener la certeza de la afectación de los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes por parte de la investigada, no obstante haber quedado determinado en la investigación que la empresa **METRO CALI S.A.**, tiene vinculado por Contrato de Prestación de Servicios a más del 90% de su población trabajadora, este Despacho considera viable dejar sin efecto y proceder a revocar la resolución recurrida.

Por todo lo anterior, revocaremos la decisión con base a lo manifestado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la administración puede modificar o revocar sus propios actos por causales taxativas determinadas en la Ley, a través de dos mecanismos: con los recursos de reposición y apelación a instancia del interesado y la revocatoria directa, de oficio o a petición de parte.

La revocatoria de los Actos Administrativos es un privilegio estatal, consagrado en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es entonces una compuerta para dejar sin efectos jurídicos los Actos desde su nacimiento.

Por lo tanto, de conformidad con los planteamientos expuestos en párrafos precedentes y acorde con las competencias legales establecidas a los funcionarios del Ministerio del Trabajo, en acatamiento a los principios que rigen las actuaciones administrativas, especialmente al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 3 numeral 1° de la Ley 1437 de 2011., y el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, procederá a revocarse la Resolución recurrida.

En mérito de lo anteriormente expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR la Resolución N° 0813 del 16 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar en debida forma a los interesados, de conformidad a lo establecido en la Ley 1437 de 2011. A la empresa **METRO CALI S.A.**, en la Avenida Vasquez Cobo N°23Norte-59 de Cali-Valle.

ARTICULO TERCERO: Contra la presente providencia no procede recurso alguno.

Dada en Santiago de Cali, a los diez (10) días de diciembre de dos mil veinte (2020).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GIOVANNY SAAVEDRA LASSO
Directora Territorial del Valle del Cauca

Elaboró: Mana Danelly P.
Revisó/Aprobó: Giovanny S.



El empleo
es de todos

Mintrabajo

Santiago de Cali, 23 de marzo de 2021

Al responder por favor citar este número de radicado

MEMORANDO

PARA: Doctora
GIOVANNY SAAVEDRA LASSO
Directora
DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL VALLE DEL CAUCA
MINISTERIO DE TRABAJO
Santiago de Cali, Valle del Cauca

DE: Auxiliar Administrativo

ASUNTO: Solicitud de Publicación Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación

ACTO ADMINISTRATIVO: RESOLUCION NUMERO 0388 del 10 diciembre de 2020

ID: 198271

Cordial saludo,

Con el objetivo de solicitar la publicación para el día de hoy (23 de marzo de 2021) de la Notificación por Aviso No.08SE2021747600100001683 del 04 de febrero del año en curso; dirigida a la empresa METRO CALI SA con NIT 805.013.171-8; la cual debe ser enviada al Correo irojasm@mintrabajo.gov.co correspondiente al funcionario JOHAN ANDRES ROJAS.

Ruta de publicación dentro de la página Web:

<http://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/atencion-al-ciudadano/notificaciones/actos-administrativos>.

Comunicación con su respectivo Acto Administrativo, en formato PDF de acuerdo en (8) folios.

REPRO

Revisó/Aprobó: Mariana Garcia G.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

DT Valle del Cauca
Dirección: Avenida 3N 23AN 02
Piso 3 San Vicente
Teléfonos PBX
(57-1)3779999

Atención Presencial
Avenida 3N 23AN 02
dtvalle@mintrabajo.gov.co
Puntos de atención
PBX (57-1) 3779999

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co