



Bogotá D.C.,

08SE201812030000045974 del 28 de noviembre de 2018
Al responder por favor citar esté número de radicado

**ASUNTO: Respuesta Radicado No. ID 125000/ 2017
Simple intermediario y cláusulas ineficaces**

Respetado Señor (a), reciba un cordial saludo:

Le presentamos disculpas por la demora en la respuesta a su comunicación, pero dificultades de índole administrativo nos imposibilitaron atenderla de manera oportuna.

De manera atenta le damos respuesta a su comunicación mediante la cual consultó lo siguiente:

“(...) queremos consultar la viabilidad y la legalidad del Contrato Laboral que suscribimos con el Contador con esa cláusula especial de la auxiliar contable, pues la anterior contratación se hizo así teniendo en cuenta que la jornada del contador no es tiempo completo y que él necesita auxiliar contable para desempeñar bien su labor.

Queremos conocer los riesgos si es que los hay por incluir esta cláusula, la verdad es que en la realidad se dan las condiciones expuestas anteriormente”.

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.**

Simple intermediario:

En atención a su consulta, el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo ordena que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, obligando no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.



Luego, el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo establece las obligaciones especiales del empleador con el trabajador, entre ellas la de brindarle, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.

Por otra parte, el artículo 35 del código sustantivo del trabajo establece lo siguiente:

“ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

1. *Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*
2. *Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*
3. *El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas”.*

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con la sentencia de 17 de febrero de 2009, sobre el simple intermediario, consideró que:

“Con todo, importa precisar que, a la luz de lo que encontró acreditado, la conclusión del Tribunal sobre la ausencia de la figura de la intermediación laboral en este caso no es jurídicamente equivocada, si se tiene en cuenta lo que sobre el particular ha sostenido esta S. en la sentencia del 27 de octubre de 1999, radicación 12187, cuyo texto es del siguiente tenor:

“El asunto medular materia de elucidación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es saber cuándo se dan los elementos configurantes del instituto de la intermediación dado que la parte recurrente la invoca con persistencia por considerar que se tipifica en el sub examine. Es innegable que ese tema constituye uno de los más elevados vericuetos en el derecho del trabajo colombiano, pues en ocasiones resulta verdaderamente complejo determinar si se está en presencia de él o de figuras cercanas o similares como la representación patronal, el contratista independiente y las empresas de servicios temporales.

*“Aun cuando no es dable sentar en esta materia criterios rígidos, en especial cuando se da una pluralidad de los síntomas característicos de estas figuras, nuestro derecho positivo contiene algunas pautas sobre el particular. Así, la figura del **simple intermediario** está regulada en el artículo 35 del CST, que es del siguiente tenor:*



“Son **simples intermediarios** las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

“Se consideran como **simples intermediarios**, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para beneficio de este y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.”

“Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de **intermediarios**:

“a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del **simple intermediario**, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

“b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el **intermediario** durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el **intermediario** puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al **intermediario** “representante” del empleador.

“La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del CST y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (R.. 11843) y 13 de mayo de 1997 (R.. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el **simple** testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.

“Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del



beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.”

Cumple anotar que si bien el intermediario laboral es representante del empleador, ello no significa que el representante a su vez sea intermediario, pues entre esas dos figuras, según surge de la sentencia transcrita, existen diferencias sustanciales, que se reflejan en la responsabilidad que surge de ellas, en la medida en que la solidaridad respecto de las obligaciones laborales del empleador sólo se predica del intermediario y no del representante, que podrá llegar a ser responsable laboralmente, pero sólo en los eventos excepcionales puntualizados por la jurisprudencia que, en todo caso, no se presentan en el asunto aquí debatido.

Son simples intermediarias quien contrate servicios de una persona natural para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Que se diferencian, según lo establece el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, de los contratistas independientes y, por lo tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Cláusulas ineficaces:

En atención a su consulta, el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo establece:

“ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES. *En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente”.*

Es de aclarar que los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo establecen lo siguiente:

“ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS. *Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.*



ARTICULO 14. CARACTER DE ORDEN PUBLICO. IRRENUNCIABILIDAD. *Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.*

ARTICULO 15. VALIDEZ DE LA TRANSACCION. *Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”.*

De acuerdo con las citadas normas, los derechos y prestaciones sociales establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo son el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores, los cuales son irrenunciables. **No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.** Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

Son ineficaces las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto, en los términos del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo. Aclarando que todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por si mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente

En consecuencia, corresponde a un Juez Laboral determinar la naturaleza jurídica de lo pactado entre las partes y la responsabilidad de cada una de estas.

Si considera se está presentando infracciones a la normatividad laboral, puede acudir ante el Inspector de Trabajo, para que este Ministerio, probadas las mismas, imponga las sanciones administrativas correspondientes. Asimismo, ante el inspector del trabajo, a través del dialogo social, el trabajador y el empleador pueden conciliar el conflicto laboral. Si estima que sus derechos o los de un tercero, de carácter laboral, están siendo vulnerados, puede exponer la situación presentada ante la jurisdicción laboral, por ser el Juez del Trabajo el único funcionario competente para declarar derechos y definir situaciones jurídicas laborales, previo el trámite de un proceso laboral.

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 1° 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.



GOBIERNO
DE COLOMBIA



MINTRABAJO

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]

DENNYS PAULINA OROZCO TORRES

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

Transcriptor-proyectó: D. Adames
Revisó: Marisol P.
Aprobó: Dennys O.

Ruta electrónica: C:\Users\DiegoAdames\Dropbox\Ministerio del Trabajo-Grupo de Consultas\2018\Noviembre 2018\Noviembre entrega 5\125000 Cláusulas ineficaces y simple intermediario Luz Alexandra Toro White .docx

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

www.mintrabajo.gov.co