**SUSCRIPCIÓN DE CONTRATO – Trabajador en misión – Empresas usuarias – Naturaleza – Efectos jurídicos**

Entre el trabajador en misión y la entidad usuaria o beneficiaria del servicio no existe vínculo contractual o laboral, por cuanto el empleador de los trabajadores en misión es la empresa de servicios temporales y no la entidad estatal usuaria.

**CONTRATO COMERCIAL – Empresa de servicios temporales – Empresas usuarias**

El contrato suscrito entre una entidad estatal, y la empresa de servicios temporales es un contrato estatal. Por lo tanto, de acuerdo con los artículos 40 y 41 de la Ley 80 de 1993, para su existencia debe acordarse el objeto, la contraprestación y constar por escrito. Así mismo, deberá contener las estipulaciones que correspondan a su naturaleza, de acuerdo con las normas civiles, comerciales, la Ley 80 de 1993, las reglas especiales definidas en la Ley 50 de 1990 y las normas que las reglamenten. Respecto a los requisitos de validez, el contrato no debe incurrir en alguno de los supuestos de nulidad absoluta previstos en el artículo 44 y 45 de la Ley 80 de 1993. Finalmente, tenga en cuenta que el efecto derivado del perfeccionamiento del contrato estatal está dado por el artículo 1602 del Código Civil, esto es, “es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Bogotá D.C., **18/12/2019 Hora 9:42:12s**

**N° Radicado: 2201913000009383**

Señor

# Juan Carlos Rodríguez Mesa

Profesional Senior

Gerencia de Defensa Judicial Banco Agrario de Colombia Carrera 8 No 15 – 43

Bogotá D.C.

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201913000006813

**Temas:** Prestación de servicios, otros

**Tipo de asunto consultado:** Contratos con empresas de servicios temporales

Estimado señor Rodríguez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 3 de octubre de 2019, remitida por el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia laboral de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Trabajo mediante radicado No 08SE2019120300000036215, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

# Problema planteado

El peticionario contextualiza su consulta en el Decreto 4369 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015, en lo relacionado con la posibilidad que tienen los empleadores para contratar empresas de servicios temporales. Al respecto solicita aclarar los siguientes interrogantes:

“1. ¿Cuál es la naturaleza y efectos jurídicos del contrato suscrito entre el Trabajador en misión y la empresa usuaria?

“2. ¿Cuáles son los elementos de existencia y de validez del contrato comercial suscrito entre las Empresas de Servicios Temporales y las Empresas usuarias y que efectos genera Inter partes la suscripción del contrato mencionado?”

# Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente es competente para absolver consultas relacionadas con la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública[[1]](#footnote-1), por lo cual, los argumentos expuestos en la presente consulta se enmarcarán en el contrato suscrito entre entidades estatales de que trata el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y las Empresas de Servicios Temporales del artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

De acuerdo con el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales son las que contratan “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”.

En primer lugar, se debe determinar si las entidades estatales pueden suplir la necesidad de personal a través de la contratación de empresas de servicios temporales o deben acudir a los mecanismos previstos en la Ley 909 de 2004. Al respecto, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990[[2]](#footnote-2) y el artículo 21 de la Ley 909 de 2004[[3]](#footnote-3) establecen los eventos en los cuales procede la contratación de empresas de servicios temporales o la creación de empleos de carácter temporal, respectivamente.

Los contratos de servicios temporales únicamente se pueden celebrar en los supuestos definidos por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y en el artículo 2.2.6.5.6. del Decreto 1072 de 2015, los cuales son: i) cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo, ii) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, iii) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Por su parte, las entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004 pueden contemplar, excepcionalmente en sus plantas de personal, empleos de carácter temporal o transitorio cuando de acuerdo con el artículo 21 de la citada Ley se presentan cualquiera de las siguientes condiciones: i) cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la Administración; ii) desarrollar programas o proyectos de duración determinada; iii) suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; iv) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

De la confrontación de las dos normas, es posible identificar que se tratan de supuestos diferentes en cuanto a las causas que dan origen a la necesidad del personal temporal, sin embargo, la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de noviembre de 2014, en el radicado No. 05001-23-33-000- 2012-00275-01 (3222-13) con ponencia de Gerardo Arenas Monsalve, señaló:

(…) considera la Sala que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo.

En este sentido, es claro para el Consejo de Estado que tratándose de empleos que impliquen subordinación y que no puedan desempeñarse con personal de planta, la entidad debe crear empleos temporales o transitorios dentro de la planta de personal, de acuerdo con las condiciones previstas, y solo cuando se reúnan los presupuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 acudir a los contratos con empresas de servicios temporales.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de noviembre de 2016, en el radicado No. 47977 , con ponencia de Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló respecto de las tres causales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990: “el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual- normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria”.

Los contratos de servicios temporales, cuando se suscriben con entidades estatales, se enmarcan en los denominados “contratos de prestación de servicios”, definidos en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y son aquellos celebrados para “desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”. La norma precisa que “estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales” y se “celebrarán por el término estrictamente indispensable”, el cual, para el caso de los contratos de servicios temporales, es de seis meses prorrogable hasta por seis meses más[[4]](#footnote-4).

De los contratos de servicios temporales se derivan dos tipos de contratos o vinculaciones. Por un lado se encuentra el contrato suscrito entre la empresa de servicio temporal y el tercero beneficiario o usuario, quien es la persona que contrata los servicios y que para efectos de la consulta es la entidad estatal, por lo cual es un contrato estatal.

Por otro lado, está la relación laboral de la empresa de servicio temporal y el trabajador vinculado a esta empresa, el cual puede ser “trabajador de planta”, que es la persona que desarrolla su actividad en las dependencias propias de la empresa de servicios temporales, o “trabajador en misión”, que es la persona que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos[[5]](#footnote-5). Sobre las relaciones jurídicas que surgen de los contratos celebrados con empresas de servicios temporales, sus trabajadores en misión y las empresas usuarias, la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, en el radicado No. 41001-23- 33-000-2012-00041-00(3308-13), con ponencia de la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

(…) las empresas de servicios temporales conforman una modalidad de trabajo en la que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo y el trabajador que lo realiza o presta el servicio.

Ahora, existe una pluralidad de vínculos jurídicos que se desprenden de la relación contractual existente entre las empresas de servicios temporales y el trabajador que presta la labor o servicio. Así como también, se genera una relación jurídica entre el tercero beneficiario o empresa usuario, el trabajador y la Empresa de Servicios Temporales.

Pues bien, respecto de la primera, es decir, la relación jurídica existente entre la empresa de servicios temporales y el trabajador en misión que lleva a cabo la prestación personal del servicio existe un verdadero contrato de trabajo o relación laboral, regido por la normatividad laboral del Código Sustantivo del Trabajo[[6]](#footnote-6).

Entre la Empresa de Servicios Temporales y el tercero beneficiario o empresa usuaria, se genera una relación jurídica regida por un contrato de prestación de servicios, el cual debe reunir los requisitos señalados por el artículo 81 de la prementada normatividad.

El contrato de prestación de servicios temporales, de acuerdo con los artículos 39 y 40 de la Ley 80 de 1993, debe constar por escrito y contener las estipulaciones que correspondan a su esencia y naturaleza, de acuerdo con las normas civiles, comerciales, la Ley 80 de 1993, las reglas especiales definidas en la Ley 50 de 1990[[7]](#footnote-7) y las normas que las reglamenten. Así, el artículo 2.2.6.5.8. del Decreto 1072 de 2015 define el contenido mínimo de estos contratos:

Artículo 2.2.6.5.8. Contratos entre la Empresa de Servicios Temporales y la empresa usuaria. Los contratos que celebren la Empresa de Servicios Temporales y la usuaria deben suscribirse siempre por escrito y en ellos se hará constar que la Empresa de Servicios Temporales se sujetará a lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo para efecto del pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores. Igualmente, deberá indicar el nombre de la compañía aseguradora, número de la póliza, vigencia y monto de la misma, con la cual se garantizan las obligaciones laborales de los trabajadores en misión.

La relación entre la empresa usuaria y la Empresa de Servicios Temporales puede ser regulada por uno o varios contratos, de acuerdo con el servicio específico a contratar.

Cuando se celebre un solo contrato, este regulará el marco de la relación, la cual se desarrollará a través de las órdenes correspondientes a cada servicio específico.

Por su parte, el vínculo laboral entre la empresa de servicios temporales y los trabajadores en misión, por disposición expresa del artículo 75 de la Ley 50 de 1990, “se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral”.

Ahora bien, tenga en cuenta que si su consulta esta referida al Banco Agrario de Colombia, las consideraciones expuestas deben ser interpretadas de acuerdo con el régimen jurídico laboral y de contratación aplicable, el cual, en concordancia con el artículo 233 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero[[8]](#footnote-8), corresponde al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

De esta manera, según lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, “las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”. Por su parte, el artículo 39 de los Estatutos Sociales del Banco Agrario de Colombia, dispone:

Artículo 39º. Régimen Jurídico. Son trabajadores oficiales los empleados que presten sus servicios al BANAGRARIO mediante contrato directo de trabajo, a excepción de su Presidente y del Jefe de Auditoría Interna, quienes son empleados públicos.

En cuanto al régimen de contratación, los artículos 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007 disponen que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado “que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados”, y las entidades financieras de carácter financiero, no están sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Lo anterior es desarrollado en el artículo 49 de los Estatutos Sociales del Banagrario que señala:

Artículo 49º. Régimen Jurídico de los Actos, Contratos y demás Actos Societarios. De conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007, la actividad contractual del Banco Agrario de Colombia S.A., se rige por el derecho privado, encontrándose en todo caso sometida a los principios rectores de la función administrativa, consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, así como a los principios de selección objetiva y planeación.

Parágrafo Primero: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, las actividades y contratos celebrados en desarrollo de su objeto social, se regirán por la normatividad aplicable a las entidades financieras, en particular por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Conforme a lo expuesto, el Banco Agrario deberá determinar conforme a su manual de contratación y a la forma de provisión de sus empleos, si se reúnen los presupuestos establecidos en la Ley 50 de 1990 para la contratación de empresas de servicios temporales.

# Respuesta

“1. ¿Cuál es la naturaleza y efectos jurídicos del contrato suscrito entre el Trabajador en misión y la empresa usuaria?”

Entre el trabajador en misión y la entidad usuaria o beneficiaria del servicio no existe vínculo contractual o laboral, por cuanto el empleador de los trabajadores en misión es la empresa de servicios temporales y no la entidad estatal usuaria.

“2. ¿Cuáles son los elementos de existencia y de validez del contrato comercial suscrito entre las Empresas de Servicios Temporales y las Empresas usuarias y que efectos genera Inter partes la suscripción del contrato mencionado?”

El contrato suscrito entre una entidad estatal, y la empresa de servicios temporales es un contrato estatal. Por lo tanto, de acuerdo con los artículos 40 y 41 de la Ley 80 de 1993, para su existencia debe acordarse el objeto, la contraprestación y constar por escrito. Así mismo, deberá contener las estipulaciones que correspondan a su naturaleza, de acuerdo con las normas civiles, comerciales, la Ley 80 de 1993, las reglas especiales definidas en la Ley 50 de 1990 y las normas que las reglamenten.

Respecto a los requisitos de validez, el contrato no debe incurrir en alguno de los supuestos de nulidad absoluta previstos en el artículo 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, tenga en cuenta que el efecto derivado del perfeccionamiento del contrato estatal está dado por el artículo 1602 del Código Civil, esto es, “es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Proyectó: Fredy Alexander Rodríguez Ardila

1. Decreto Ley 4170 de 2011, numeral 5 del artículo 3 y numeral 8 del artículo 11. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

“1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.

“2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”. [↑](#footnote-ref-2)
3. “Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

“1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

“a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

“b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

“c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; “d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

“2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

“3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 50 de 1990, artículo 77 y Decreto 1072 de 2015, artículo 2.2.6.5.6. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 50 de 1990, artículo 74 y Decreto 1072 de 2015, artículo 2.2.6.5.4. [↑](#footnote-ref-5)
6. **“**Artículo 75**.** A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 50 de 1990, “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”. [↑](#footnote-ref-7)
8. “Artículo 233. Naturaleza Jurídica -Banco Agrario De Colombia S.A. El Banco Agrario de Colombia

S.A. (Banagrario) es una sociedad de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, organizado como establecimiento de crédito bancario y vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural”. [↑](#footnote-ref-8)