

**OUTSOURCING DE LA EMPRESA EN CONFLICTO CON LOS DERECHOS DE
LOS TRABAJADORES; DE CÓMO DEVOLVERLE AL OUTSOURCING LO QUE ES
EL OUTSOURCING; UNA DECISIÓN ECONÓMICA.**

José Alejandro Vélez Saldarriaga

María Alejandra Ossa Botero

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADOS

Asesor:

CAMILO PIEDRAHITA VARGAS

Profesor Universidad EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2015

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN:.....	4
CAPÍTULO I. OUTSOURCING.....	6
1.1 DEFINICIÓN.....	6
1.2 LA EMPRESA COMO ORGANIZACIÓN ESTRATÉGICA.....	10
1.3 LA EMPRESA EN DESARROLLO.....	11
1.4 CRECIMIENTO, ESTABILIDAD, Y PERMANENCIA.....	13
1.5 ¿POR QUÉ SE HACE OUTSOURCING?.....	15
1.6 ¿QUÉ SE TERCERIZA?.....	16
1.7 EL OUTSOURCING COMO DECISIÓN ESTRATÉGICA.....	19
1.7.1 Cambio en el modelo técnico productivo:.....	19
1.7.2 Eficiencia e innovación:.....	24
1.7.3 El tamaño justo de la empresa.....	26
1.7.4 Abaratamiento de costos laborales:.....	28
1.7.5 Aptitudes del personal en el mercado:.....	29
1.7.6 Búsqueda de desarticulación de los sindicatos:.....	30
1.8 Aspectos negativos de la subcontratación.....	32
CAPITULO 2. PREOCUPACIONES E INTERVENCIÓN DEL DERECHO LABORAL.....	36
2.1 Contratista independiente.....	36
2.2 Contrato sindical:.....	64
2.3 Cooperativas asociadas de trabajo.....	67
2.4 Empresas de servicios temporales E.S.T.	72
CAPITULO 3. EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY 1429 DE 2010: EL CONCEPTO DE <i>CORE</i> <i>BUSINESS</i> , GIRO ORDINARIO, ACTIVIDAD MISIONAL PERMANENTE.....	75
CAPITULO 4. CONCLUSIONES.....	121
REFERENCIAS.....	125

Ibid. Ibidem. Tomado del mismo lugar.

Op. Cit. opus citat: obra citada

Sic. Tomado tal cual.

ss. y sucesivas.

C.S.T: Código sustantivo del trabajo

E.S.T: Empresas de servicios temporales.

C.A.T: Cooperativas asociadas de trabajo.

OUTSOURCING DE LA EMPRESA EN CONFLICTO CON LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES; DE CÓMO DEVOLVERLE AL OUTSOURCING LO QUE ES EL OUTSOURCING; UNA DECISIÓN ECONÓMICA.

INTRODUCCIÓN:

Hoy en día es difícil encontrar un trabajo actualizado, completo, organizado, crítico y claro que permita entender la problemática del outsourcing como método de organizar la producción, en un ordenamiento jurídico como el colombiano. A pesar de ese vacío, es totalmente vital para los empresarios y los actores públicos, entender las nuevas relaciones y figuras que se presentan entre las fuerzas de trabajo en un contexto de globalización y de perspectivas económicas sobre la empresa y ver si el ordenamiento jurídico está acorde a la actualidad económica o si por el contrario está sacrificando condiciones de eficiencia en aras de buscar encontrar condiciones de justicia o equidad.

Este trabajo se justifica por la proliferante utilización de nuevas figuras que tornan más problemática la utilización del outsourcing y el hecho de que se ha puesto el foco en el fenómeno, por haber sido excusa para que algunos busquen disfrazar relaciones de subordinación y dependencia, desmejorando o haciendo nugatorios los derechos laborales. En ese sentido es necesario fijar al menos unos parámetros mínimos, conceptos básicos, que permitan que no se trunque el desarrollo económico o competitivo de una empresa y conocer a fondo los problemas que trae una normatividad incompleta, confusa, ambigua como forma de

aportar a un perfeccionamiento normativo sobre las figuras lícitas y necesarias en el contexto actual para ser competitivos sin descuidar los principios constitucionales del derecho al trabajo y su especial protección.

Con el presente trabajo se pretende analizar si en Colombia es viable la tercerización de servicios y productos así como la intermediación laboral tal y como lo demanda la economía actual o si por el contrario son prácticas prohibidas y castigadas por el ordenamiento jurídico; así mismo identificar el marco normativo al cual se encuentran sometidas las personas al momento de decidir tercerizar productos o servicios en terceros actores o acudir al mecanismo de la intermediación laboral, así como las razones económicas y organizacionales que llevan a esta decisión.

Como complemento se busca crear un marco conceptual, a través del estudio de las figuras jurídicas que regulan el fenómeno económico del outsourcing y sus relaciones, el cual permita acercar al gremio de los empresarios con las organizaciones sindicales sobre el entendimiento de si son deseables o no tales figuras, partiendo del conocimiento de estas y no de los ideales negativos que se generalizan fácilmente sobre estas figuras, que en ocasiones carecen de fundamentos. Por último, el presente trabajo buscará lograr una clara delimitación lingüística de los fenómenos a través de los cuales se presenta el outsourcing, de tal manera que permita al lector distinguir claramente las situaciones que se presentan en la actualidad económica toda vez que el derecho no se ha preocupado por hacerlo y en cambio ha tratado de equipararlas en

falso, de forma que procuraremos dar una visión diferente soportada en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales adoptados en Colombia para castigar la indebida tercerización y los autores que han escrito sobre tal fenómeno.

CAPÍTULO I. OUTSOURCING.

1.1 DEFINICIÓN.

“En la subcontratación lo que se obtiene siempre, aun cuando no sea lo que se busque es la transferencia de responsabilidades, sacarlas hacia afuera, por distintos motivos” (Echeverría, M, 2003, p. 41).

Para empezar, claramente debemos establecer una definición de lo que es el outsourcing, usando una serie de definiciones académicas sobre el término que facilitan su comprensión, para Rothery & Robertson (1996) autores del libro Outsourcing:

Outsource podría definirse como un servicio exterior a la compañía y que actúa como extensión de los negocios de la misma pero que es responsable de su propia administración, en tanto que outsourcing podría definirse como la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de una compañía. (p. 4)

Por otro lado, estos mismos autores se refieren a la definición de Freddy de Kraker, director general de la Internacional Federation Of Purchasing And Materials Managment: “Outsourcing

significa realmente encontrar nuevos proveedores y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes y servicios. Significa utilizar el conocimiento, la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores a los que anteriormente no se recurría”. (Robertson & Rothery, 1996, p. 4)

Sin embargo la definición más sencilla, que se cita y nosotros acogeremos es la que brinda Paul Neale Director de ISL de IBM cuando define el outsourcing:

[Es] la práctica de transferir la planeación, administración y operación de ciertas funciones a una tercera parte independiente” la cual se complementa con la afirmación de Rothery y Robertson de que “para entender plenamente el outsourcing, este también debe considerarse a la luz de otras dos decisiones gerenciales: la cuestión sobre fabricar o comprar y la fijación correcta del tamaño, es decir, encontrar el tamaño correcto, o la cantidad correcta de personal para una organización. Ambas decisiones son centrales para la estrategia del outsourcing. (Robertson & Rothery, 1996, Pp. 4-5)

Adicionalmente, para contextualizar el término, necesitamos definir el objeto del outsourcing, pues su alcance podrá variar según las definiciones que se tengan para este en la legislación y doctrina de cada país.

Hay una distinción que propuso la OIT en 1995 entre subcontratación de bienes y servicios por un lado y subcontratación de trabajo por otro; sin embargo consideramos que la palabra subcontratación solo debe referirse a la tercerización de producción de bienes o la prestación de

servicios por parte de un tercero, esto pues el código del trabajo trata tangencialmente la subcontratación haciendo referencia expresa al *contratista independiente*¹, donde una entidad independiente realiza tales actividades por su cuenta y riesgo, para otro, con autonomía técnica, directiva y financiera. Por otro lado si lo que se terceriza² es trabajo, trabajadores concretamente, nos referiremos al término de *intermediación laboral* propio de la ley 1429 o en algunos autores (Echeverría, 2003, p. 10) lo que se denomina *el suministro de personal*.

Sobre el particular problema lingüístico que subyace a este fenómeno, ha habido fuertes discusiones en la Comisión de Trabajo en Subcontratación en la OIT pero no se ha llegado a grandes acuerdos por la dificultad que implica la cantidad de acepciones y términos usados. Sostiene Bronstein que la dificultad se presenta mundialmente: “(...) para una mayoría de países de lengua inglesa el término subcontracting tiende a aplicarse a la sustitución de una relación de trabajo por un contrato comercial (por ejemplo el conductor asalariado de una empresa deviene en transportista autónomo, con contrato con ella, sin que la naturaleza de sus tareas haya variado), mientras que contract labour correspondería al suministro de mano de obra mediante intermediación laboral. Ahora bien Para los países de lengua española subcontratación se identifica a veces con el suministro de fuerza de trabajo, pero otras veces (como en España) se emplea dicho término para la subcontratación de obra (en este caso se habla de contrata), *reservándose el de intermediación para la de trabajo*³ (*cursivas propias*). A su vez los de lengua francesa distinguen entre la sous-traitance para los servicios y la sousentreprise para la mano de obra, a la que también pueden denominar marchandage si

¹ Artículo 34 C.S.T Colombiano. (TRIANA, 2015)

² Cuando hablamos de externalización de mano de obra lo hacemos en el entendido que el trabajador es externo, no media entre la empresa usuaria y el trabajador un contrato de trabajo, el cual si tiene el trabajador con la E.S.T quien es su empleadora y también externa a la empresa.

³ Es así como vamos a entenderlo para efectos de nuestro trabajo.

asume una forma prohibida por la ley, o mise a disposition (de trabajadores) cuando la ley lo permite (por ejemplo cuando se hace con la intermediación de una empresa de trabajo temporal)” (Bronstein, 2007, Pp. 4-5).

Para otros autores, las modalidades de contratación o flexibilización laboral⁴ son cuatro: **(a.)** la subcontratación en sentido estricto y amplio **(b.)** La intermediación laboral **(c.)** El suministro de mano de obra temporal y **(d.)** La utilización de trabajadores autónomos e independientes (Triana, 2015, p. 25). Como hemos planteado, nosotros entendemos que las modalidades de outsourcing válidas en el ordenamiento colombiano y en la medida en que sean usadas de manera correcta, pueden dividirse tranquilamente y por facilidad académica simplemente en dos (que se verán a lo largo de todo el presente trabajo), por un lado **(a.)** La contratación de servicios o productos a un tercero (tercerización o subcontratación) y por el otro **(b.)** la intermediación laboral⁵, propia de las Empresas de Servicios Temporales.

Otros autores sobre tercerización y conceptos jurídicos cercanos como Julio Puig Farras y Viviana Osorio comparten parcialmente nuestra distinción e indican que subcontratación o tercerización (en inglés outsourcing) son en realidad un mismo concepto y estos se distinguen pues el de la subcontratación es el más antiguo y usado por legislaciones laborales mientras que el segundo y el tercero (el neologismo) no lo son tanto, pero explican mejor el fenómeno de lo que en realidad se está haciendo (Osorio & Puig, 2014, p. 15).

⁴ Flexibilización en el sentido de que no acude al contrato de trabajo como marco tradicional de las relaciones de producción.

⁵ Hay que tener de presente que existe otro fenómeno que es el de la intermediación simple de las bolsas de empleo por ejemplo, regulado para pocas entidades expresamente y que trataremos solo de manera tangencial por no coincidir con el objetivo del trabajo.

Para abordar correctamente el tema del outsourcing como método de planeación estratégica, al marco de las múltiples discusiones que frente a esta práctica han surgido con su aplicación en un país como el nuestro, donde la regulación formal surge de manera posterior a la práctica económica, consideramos adecuado hacer un análisis global del tema: Comenzando por la empresa como unidad económica, con su naturaleza, surgimiento, dinámica y ante todo, su relación necesaria tanto con el estado en el que se encuentra, como con el personal que la integra y hace posible su funcionamiento.

1.2 LA EMPRESA COMO ORGANIZACIÓN ESTRATÉGICA.

Es interesante tener en cuenta para empezar, los análisis realizados por el economista y abogado británico Ronald Coase en 1937, en su artículo “The Nature of the Firm”. A lo largo de este texto, Coase llega a varias conclusiones importantes, aún hoy, luego de que la empresa como unidad económica lleva decenas de años operando y transformándose como resultado de sus propias dinámicas, pues los motivos para que esta exista, y que los agentes del mercado no se limiten a ir adquiriendo día a día en el mercado las cantidades exactas que van necesitando, sino que decidan programar y organizar relaciones formales a largo plazo, todavía persisten. .

En este artículo, Coase afirma que la razón por la que el mercado da pie a que nazcan las empresas, es principalmente por lo que él mismo denominó los costos de transacción: costos en los que se incurren por estar realizando constantemente transacciones en el mercado y que

pueden ser aminorados cuando su realización se hace de manera programada, anticipada y por tanto menos periódica y en condiciones menos variables. (Coase, 1937, p.8) De esta forma se encuentra una razón económica para organizar y planificar las transacciones necesarias, proyectándolas y unificándolas para sacar provecho del ahorro en los costos de transacción, de forma que se logre ofrecer un producto o un servicio competitivo al mercado; y facilitando al mismo tiempo la coordinación de personas y procesos en un mismo lugar y con un mismo propósito. Si se analiza la naturaleza de la existencia de la empresa en los términos de Coase a lo largo de su bibliografía, esta se justifica en la medida en que es una organización funcional, que permite minimizar los costos de transacción por medio de un plan de negocios.

Es la empresa, ante todo y como se refleja más adelante, el resultado de un plan de negocios. Con esta introducción al análisis económico para crear una empresa, surgen asuntos que se refieren a su administración, desarrollo y permanencia en el tiempo. La decisión de subcontratar, constituye indudablemente una medida que impactará todos estos asuntos.

1.3 LA EMPRESA EN DESARROLLO

Se parte de que las empresas, cuando tienen una buena estrategia, tienden a ser acogidas en el mercado. Luego de encontrar un punto de equilibrio, supongamos que genera un buen margen de utilidades y la demanda de su producto o servicio aumenta, a lo que surge la duda de si estas utilidades deben reinvertirse en la empresa misma, de forma que esta desarrolle más transacciones internas para abarcar el mercado, o si por el contrario es más rentable y seguro, mejorar las condiciones en las que se ofrece el producto o se presta el servicio, de modo que se

logre mayor eficiencia de la empresa, con demanda en aumento y sin hacer de esta una cadena incontrolable de mando.

No está claro hasta este punto, cual es el tamaño ideal que debe adquirir una empresa, o si acaso deberá parar y dejar de atender la demanda creciente, que en todo caso no puede atender de manera eficaz con los mismos recursos con los que ya cuenta. Mencionó Ronald. Coase al escribir sobre el tema, que el equilibrio entre el tamaño y la eficiencia parece radicar en que el tamaño de la empresa no se desborde de tal manera que deje a su coordinador sin control sobre las transacciones y de sus costos, pues la toma de decisiones jerárquica es un componente propio de la estructura empresarial. Afirma que el tamaño justo, se identifica “Cuando los costos de organizar una transacción extra dentro de la empresa sean iguales a los costos implícitos en el mercado abierto o en los costos de organización de otro empresario” (Coase, 1937, p. 7).

Lo anterior, parece aclarar un poco el panorama en cuanto al tema que queremos abordar frente a las dinámicas organizacionales de la empresa en la actualidad y la reiterada duda entre producir internamente o subcontratar una actividad adicional, para tener la capacidad de abarcar los mercados que se tengan planeados.

Alcanzar el tamaño justo, será fácilmente la situación principal que dejará ver la necesidad de encontrar soluciones para reorganizar la estructura empresarial, pues normalmente la duda

surge en el momento en el que se ve copada la capacidad de la empresa, o cuando hace falta un elemento adicional para satisfacer al consumidor. En este punto, aparece el outsourcing como una opción, acompañado de los factores para la toma de decisión, que más adelante desarrollaremos a fondo.

1.4 CRECIMIENTO, ESTABILIDAD, Y PERMANENCIA

La duración de la empresa depende en gran medida, de que se logre llegar a un equilibrio entre la rigidez para mantenerse firme en el tiempo y la flexibilidad de adaptarse a los cambios en las dinámicas sociales y del mercado; tener la capacidad de actualizarse rápidamente y mantenerse vigente. Con esto nos referimos a que la empresa como unidad económica, es sin duda un reflejo de las dinámicas sociales, por lo que si bien su estructura interna debe estar claramente definida y proyectada, en muchas ocasiones debe permitirse la transformación cuando la realidad lo exige, cuando las necesidades cambian o aparecen nuevas formas de organización y alternativas diferentes que pueden ser correctamente implementadas a favor de la empresa; pues su incapacidad para responder rápidamente, lleva fácilmente a su liquidación definitiva.

Cuando se vigila de cerca el funcionamiento interno de la empresa y se está enterado de los cambios que el mundo globalizado exige, van a encontrarse siempre métodos de organización que permiten hacer más eficientes los costos en el manejo de la información, en los costos fijos y en los de transacción, pues la oferta de estrategias en esta época, es amplia y de fácil acceso.

En particular, pasemos a remitirnos al caso colombiano, **teniendo a todos los grandes directivos empresariales enterados de las dinámicas mundiales en el ámbito de manejo de empresas y su interés común en expandirse e integrarse dentro de las grandes cadenas de valor de las empresas internacionales**, como lo ha evidenciado la ANDI en su estudio contenido en el libro “Estrategia para una nueva Industrialización” para el caso colombiano. Entre los nuevos modelos económicos propuestos en este estudio, se defiende la tesis según la cual el conocimiento debe ser lo más específico posible, de la misma forma que la actividad empresarial, pues se comienza a descubrir que en muchos casos, la empresa que realiza procesos internos que no están realizados con su actividad económica principal, incurre en un gasto tanto de esfuerzos, como de dispersión del conocimiento y flujo de recursos hacia áreas que no le generan ninguna utilidad o valor competitivo.

Se soportan las teorías propuestas, en que las empresas que logran mantenerse en las cadenas de valor nacionales e internacionales, tienen como factor común su alta especialización en el manejo de un servicio o producto determinado, que las hace competitivas y atractivas para las demás empresas, quienes deciden acudir estratégicamente para explotar y de la misma manera diferenciarse en el mercado en el que se encuentran. Es decir, la empresa 1 identifica su actividad que lo diferencia; encuentra los procesos relacionados con esta que son necesarios; encadena al empresario 2 que es probablemente quien mejor puede desarrollar esta actividad o producto y así lograría la empresa 1, con los encadenamientos que considere necesarios,

ofrecer un producto o servicio con una calidad óptima que lo diferencien sustancialmente de los demás ofrecidos.

Las áreas específicas que le agregan valor a una empresa que subcontrata pueden ser detectadas cuando se realiza el análisis de cada empresa y su actividad principal en particular, lo que da lugar al surgimiento de nuevas empresas dedicadas exclusivamente a desarrollar pequeñas labores con altos grados de calidad que ofrecen en el mercado a muchas otras compañías, las cuales prefieren pagar a estas para que los realicen y no tener que desplazar costos innecesarios y esfuerzos inútiles de su misma empresa para la realización de estas transacciones que en todo caso soportan su actividad principal.

1.5 ¿POR QUÉ SE HACE OUTSOURCING?

En los sectores de manufactura y servicios, se ha acudido cada vez con más frecuencia a formas de organizar la producción que involucran participación de terceros. En ese contexto hay sectores de la economía que históricamente han acudido con mayor frecuencia a la tercerización para ejercer la actividad, verbigracia la construcción, la minería y la agricultura. Lo que de verdad nos ocupa actualmente y le da interés al tema es la expansión del fenómeno, que pasó de ser una excepción en algunas actividades, a una práctica recurrente de los empresarios en todos los sectores de la economía, tanto en las actividades manufactureras como de prestación de servicios, lo que además cobra importancia si se tiene en cuenta que hoy no hay un límite definido entre las empresas manufactureras (o de producción) y las de

prestación de servicios, pues los servicios se incluyen constantemente como foco de negocio en las manufacturas, con el fin de ofrecer un valor agregado al cliente.

No hay univocidad de respuesta a por qué se hace outsourcing; no hay un solo concepto, ni un solo motivo, ni una sola forma; el fenómeno es dinámico y puede ir desde la necesidad de pedir una prestación de servicios liberales como los de un abogado o un médico, quienes tienen una sociedad legalmente constituida, con conocimiento y solvencia económica suficiente para soportar y sobrellevar correctamente las actividades impuestas; pasando por la inserción de materiales que llevan implícitos esfuerzos desarrollados con años de investigación y trabajo, hasta buscar un simple ocultamiento por parte del empleador de una relación laboral a través de artimañas disfrazadas de contratos de prestación de servicios con apariencia de legalidad para tener un trabajador sin los derechos a que tiene lugar (Echeverría, 2003, Pp 5 y ss).

1.6 ¿QUÉ SE TERCERIZA?

- Subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios:

La tercerización u outsourcing ha cambiado de forma significativa las relaciones laborales, en el ámbito de la contratación, toda vez que establece condiciones contractuales distintas a las que el marco laboral clásico ofrecía (Triana, 2015, p.21).

Este modelo se refiere al ámbito de la relaciones que se establecen entre dos empresas, o empresarios en donde una encarga a otra, o contrata con otra, la producción de etapas, partes o

partidas completas⁶ de producción de bienes o prestación de servicios, que la segunda se compromete a llevar a cabo por sí misma y con sus propios recursos, financieros, materiales y humanos; en este caso la única relación laboral es la que existe es la de la empresa contratista⁷ con sus trabajadores.

Existen tres tipos básicos de subcontratación; en el primero la empresa que terceriza antes realizaba una actividad o producto y se deshace de ese proceso para entregarlo al tercero⁸ y ya no con recursos propios; en el segundo terceriza procesos nuevos que nunca ha realizado⁹ y en el tercero confía al tercero la realización de actividades de manera transitoria o definitiva pues no alcanza a cubrirlas con su personal de planta¹⁰.

Lo fundamental aquí, han planteado algunos autores es que lo que se descentraliza son ciertas labores *especializadas o secundarias* que pasan a ser prestadas por otra empresa, la que cuenta con un patrimonio y una organización empresarial propia dedicada a prestar tales servicios o actividades.(Villavicencio, 2004, p.146). Sin embargo los límites de las labores que pueden ser objeto de tercerización se desdibujan, en la medida en que las nuevas tecnologías facilitan por un lado el traslado cada vez mayor de tareas (Raso, 2000, p.41) y en segundo lugar las facultades que tiene una sociedad como las S.A.S por ejemplo, donde la ley les permite

⁶ En principio esta sería la lógica pero como veremos se ha planteado la posibilidad de que nos sean partidas completas cuando se trata de tercerización por volumen.

⁷ Contratista independiente en el término usado por la legislación laboral colombiana.

⁸ Autores como Racciatti (1997) y (Watanabe 1974) afirman que esta es la única tercerización pues de otro modo, se corre el riesgo de llegar al extremo de denominar como subcontratadas toda compra de servicios o bienes confundiendo la tercerización con la relación entre proveedores.

⁹ A esto se le denomina subcontratista de especialización.

¹⁰ Subcontratación de volumen o capacidad.

dedicarse a cualquier actividad lícita ya que pueden ser de objeto indeterminado y sin que en algún momento pueda definirse cuál es su actividad principal y cuales las periféricas.

Tanto así, que en virtud del nuevo ideal de las empresas, con su visión dinámica que se adapta fácilmente a la demanda de la sociedad, el objeto social principal de estas, o su “core business” podría ser fácilmente modificable si así lo decide su administrador o quien esté al mando de las decisiones estratégicas de la empresa, de forma que con el cambio de la demanda, no se pierda lo que esta puede tomar como ventaja competitiva frente a las demás. De esta forma, se evidencia aún más como las actividades que pueden ser objeto de outsourcing dependen preferiblemente de una decisión estratégica, de competitividad y constituye en otros términos una táctica. Lo anterior, ha sido soportado por el autor Juan Raso cuando plantea que “puede externalizarse cualquier tipo de actividad, en la medida en que la empresa principal conserve el control del proceso productivo. En efecto, si se perdiera tal control, no estaríamos ante una hipótesis de outsourcing, sino ante una sustitución de empresas” (Raso, 2000, p.41).

Los servicios a los que se acude mediante un tercero pueden prestarse dentro de la empresa¹¹ o fuera de ella¹² y el beneficiario es el contratante, por lo que el lugar de prestación de los servicios no es elemento esencial para diferenciar ambos tipos de subcontratación (Echeverría, 2003, p. 17); sin embargo esta posición no es compartida por algunos quienes establecen como criterio de delimitación de subcontratación el establecimiento físico de la empresa contratante. Esta visión es arbitraria pues muchas tareas pueden ser altamente

¹¹ Se habla también de subcontratación laboral interna o *in house*.

¹² También llamada subcontratación externa.

dependientes de la empresa contratante y por eficiencia y costos debe prestarse en sus instalaciones.

Aunque crear parámetros fijos para tener en cuenta las actividades que no deben tercerizarse es un tema profundamente subjetivo y está estrechamente ligado a cada modelo de negocio existen en general actividades que se recomienda especialmente mantener bajo control interno, tales como las planteadas por (Werther & Davis, 2002, p.135):

- La administración de la planeación estratégica.
- La tesorería.
- El control de proveedores.
- Administración de calidad.
- Servicio de inconformidad del cliente.
- Distribución y Ventas.

1.7 EL OUTSOURCING COMO DECISIÓN ESTRATÉGICA

Aunque no hay una única respuesta, lo que sí podemos hacer mediante el presente trabajo es encontrar los factores principales que pueden llevar a la decisión de acudir al outsourcing desde el análisis económico:

1.7.1 Cambio en el modelo técnico productivo:

El éxito de una empresa hoy, no es directamente proporcional al tamaño de esta; actualmente este se vincula a la capacidad de adaptación y velocidad de respuesta de las mismas a los cambios del entorno, y gran parte de esta capacidad, se deriva de la flexibilidad que logran en el proceso de atracción, contratación y retención de sus clientes. La necesidad de los clásicos productores de bienes de incorporar los servicios especializados para agregarle valor que pueda ser percibido por el cliente, es una obviedad en el mercado de hoy. Por medio de estudios, investigaciones y conocimiento integrado a las clásicas cadenas de producción, se logra que una empresa llegue de una mejor forma al mercado, y entre más especializada sea una compañía, es más probable que la ayuda experta necesaria sólo pueda encontrarse fuera, no dentro de la compañía. (Bastidas, 2011, p.175)

Más que concentrar ejércitos de trabajadores rasos como en las grandes industrias de producción estandarizada, hoy las empresas se concentran en conseguir mantenerse en el mercado, satisfaciendo las demandas de calidad. Ben Schneider considera que “La diseminación del conocimiento contribuye con el actual e intenso proceso de globalización, y esta, a su vez, contribuye con el aumento de la competencia” (Schneider, 2004, p.271). La situación de competencia en la que se encuentran estrechamente las empresas dentro de los mercados, que adicionalmente comienzan a interconectarse entre sí, implica el aumento de los distintos bienes y servicios, con precios y características semejantes en circulación. Por eso, debe considerarse que “Las empresas de nuestro entorno no son ajenas al presente (...) han tenido que integrar en sus actividades operativas nuevas herramientas que les permitan abordar en mejor forma dichas transformaciones, siendo una de esas herramientas, tal como se ha señalado a lo largo de este documento, el outsourcing” (Bastidas, 2011, p.187)

En la economía mundial, con las nuevas tecnologías, integración de los mercados y acceso al conocimiento, se dio un paso de una producción estandarizada a una producción flexible, es decir de una empresa que producía grandes series a producir por partidas específicas, variables y *sobre pedido*. En los países industrializados, toma cada vez más fuerza la idea de las economías de servicios, que aunque no están aún bien definidas, se sabe que abarcan una amplia gama de actividades, que tienden a imponerse como un importante sector de la economía, y que hoy en países como el nuestro, clásicamente industriales, ya son un elemento a tener en cuenta.

Los servicios, “son productos heterogéneos, generalmente consisten en cambios en las condiciones de las unidades que los consumen y que son el resultado de las actividades realizadas por sus productores a demanda de los consumidores. Los caracteriza, la participación del cliente en su especificación o en su producción” (Lausen, 2003, p.569). Se entiende que con la prestación servicios, se aumenta la capacidad de satisfacer las necesidades del cliente y que estos generan mayores niveles de crecimiento y bienestar.

Entre las actividades que podemos definir como de servicios, encontramos a modo de ejemplo las clasificadas por la Licenciada Mariana Marín en su texto sobre La economía de Servicios (Fernández, 2012, párr 5):

- Las actividades que generan transformaciones físicas en el estado de los bienes materiales, producidos por los sectores primario y secundario: como serían los servicios de asesoría en venta y post-venta.

- Otros servicios tienen que ver directamente con las personas, bien afectándolas físicamente: transporte, cirugía, peluquería o de modo social y psicológico: entretenimiento, educación, asesoría.
- Otros, tienen carácter informativo: telecomunicaciones, consultoría, software, servicios de noticias.
- Algunos, tienen muchas características en común con los bienes: las industrias relacionadas con el suministro, el almacenamiento, la comunicación y la difusión de la información, el asesoramiento y el entretenimiento.

Los servicios prestan un soporte imprescindible dentro de la actividad económica y complementan la mayoría de las actividades y productos ofrecidos en el mercado hoy en día, pues el cliente con su conocimiento y la competencia en mente, es cada vez más exigente en cuanto al valor que le ofrece el producto.

La tercerización de servicios a entidades especializadas en ofrecer servicios complementarios o necesarios, sin duda contribuirán a la flexibilidad, adaptabilidad y personalización.

En este contexto, vemos como en el desarrollo de crecimiento para la globalización, predomina la demanda variable y es necesario contar con una rápida capacidad de reacción y adaptación empresarial. Como efecto de lo anterior se busca tercerizar actividades secundarias o periféricas para reducir los costos y mano de obra utilizada directamente; el paso del paradigma productivo fordista al toyotista (Villavicencio, 2004, p. 144), conduce a una mayor

especialización productiva y a la tercerización de actividades de la cadena de producción, lo que a su vez permite una reducción de costos y esfuerzos, mientras se aumenta la calidad de los bienes y servicios incluidos en la cadena, mediante la especialización y concentración del conocimiento en la actividad diferenciadora de la empresa.

Es absolutamente pertinente el comentario realizado por el reconocido experto en administración Peter Drucker acerca del outsourcing: *“Believe me, the trend toward outsourcing has very little to do with economizing and a great deal to do with quality”* (Drucker, 2012, p.3)

De acuerdo con la “La productividad es el principal motor de crecimiento en el largo plazo, entendiendo ésta no sólo “cómo producir más”, sino más importante aún “cómo producir mejor”” (OECD, 2015):

Por otro lado, con la transformación socio técnica de la producción se ha hecho una dualidad según el proceso productivo, entre los procesos productivos complejos que necesitan capacitación y experticia y los que suponen baja calificación e inestabilidad. La moneda tiene dos caras, por un lado existe la tendencia hacia a tercerizar la especialización en las actividades estratégicas con mayor nivel tecnológico, que genera mayor valor agregado y por el otro la tendencia a tercerizar actividades periféricas o no vinculadas al núcleo central.

Esta última decisión, dependerá en gran medida del estudio interno que realice la empresa donde identifique sus puntos fuertes y sus debilidades: el outsourcing debería ser una solución a las actividades débiles que ponen en desventaja a la empresa a la hora de competir, por lo que

no quisiéramos determinar como una generalidad cuál de las tendencias de especialización de las actividades estratégicas es mejor o más válida: existirán empresas con grandes administradores y estrategas, sin fuerza de trabajo que las produzca; así como asociaciones de trabajadores que están desorganizados y necesitarán de un estratega que los guíe y les permita competir.

1.7.2 Eficiencia e innovación:

La competitividad, ya mencionada en el contexto de la globalización, implica dos variables que constituyen un reto para las empresas: La eficiencia real en relación con sus procesos y utilidades y la innovación en su actividad.

Para Robertson & Rothery “Outsourcing significa realmente encontrar nuevos proveedores y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes y servicios. Significa utilizar el conocimiento, la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores a los que anteriormente no se recurría” (Robertson & Rothery, 1996, p.93).

La tercerización de productos o servicios por una empresa, tiene indirectamente un beneficio que debe considerarse, y es que el material que llegará es fresco, desarrollado con creatividad, soluciones nuevas y espacios de discusión; son propuestas que probablemente, en el ambiente interno de trabajo no hubieran surgido, por la relación entre empleados que internamente se genera con el tiempo, volviéndose mecánica y rutinaria, que sega el desarrollo de nuevos procesos, ideas, soluciones, propuestas, productos o métodos de servicio.

Considera la ANDI en su libro *Estrategia para una nueva Industrialización*, que “Los mercados, productos y condiciones, se están modificando permanentemente de ahí que la capacidad para ajustarse a estos cambios se convierte en un requisito para la supervivencia de las empresas” (ANDI, 2015, cap. 4) Esto, en el marco de la propuesta de la flexibilización laboral, como impulso para el logro del crecimiento y los espacios de creación de soluciones.

En el mundo contemporáneo las empresas se diferencian por el contenido innovador en su propuesta de valor. Realmente lo que se propone con la inclusión de la innovación y la eficiencia en la planeación estratégica de las empresas, es que estas encuentren y desarrollen una ventaja competitiva frente a las demás empresas en el mercado. El concepto de ventaja competitiva, fue desarrollada por Michael Porter en el año 1987, en su libro llamado “Ventaja competitiva: Creación y sostenimiento de un desempeño superior.” Una ventaja competitiva, se ofrece cuando se tiene un valor agregado o beneficio constante que recibe el cliente, creado y proporcionado por la empresa en forma superior a como lo hace la competencia”. Es necesario entonces contar con la calidad y diferenciación de los productos o servicios en las preferencias de los consumidores, de modo que estos estén dispuestos a pagar el valor que se ofrece, y que este valor en todo caso sea superior al costo de ofrecer el producto o servicio.

El análisis de la ventaja competitiva que tiene una empresa, es fundamental no sólo como lo hemos venido reiterando en el texto, para especializarse y concentrarse en la actividad que la produce, sino que es el resultado de realizar el análisis a la cadena de valor, propuesto igualmente por Michael Porter, de modo que se logre descomponer la empresa en sus

actividades con relevancia estratégica, con el fin de lograr entender el comportamiento de los costos y las fuentes existentes y potenciales de diferenciación. (Porter, 1987)

Una empresa logra con más facilidad una ventaja competitiva al llevar a cabo estas actividades estratégicamente importantes en una forma más barata o mejor que sus competidores. De este análisis, se desprenderán también las actividades que pueden ser entregadas en outsourcing.

1.7.3 El tamaño justo de la empresa

Aunque este tema ya fue abordado como uno de los más probables acarreadores de la duda de implementar o contratar ante una nueva necesidad, queremos recurrir a él, para profundizar en un asunto más. Es claro hasta aquí que el tamaño justo de la empresa, puede determinarse que ha llegado el punto en el que el costo de implementar un nuevo proceso (costo de transacción) es el mismo o mayor que el valor que otra empresa cobraría por desarrollarlo, siendo este su especialidad. De la misma forma, cuando se considera que la cadena jerárquica de mando ha perdido el control y la dirección de sus dirigidos, o esta se vuelve demasiado compleja, tediosa y tiende a desmejorar las condiciones del producto o servicio ofrecido.

Estos motivos, podrían llevar a tomar una decisión de tercerización, que evidentemente ahorraría costos y mejoraría la calidad o cantidad demandada en el mercado. Sin embargo, hay un concepto más que quisiéramos traer al análisis, pues aunque es un concepto técnico, con su adaptación a un supuesto que nos competirá, tiene soluciones bastante ilustrativas de la situación.

El análisis marginal, estudia el aporte de cada producto/servicio/cliente a las utilidades de la empresa. Concretamente, dentro de este análisis, se encuentra la ley de la utilidad marginal decreciente, que es la aplicable precisamente a este argumento.

En el sentido lógico de una empresa, se espera que cada cliente, empleado o producto, aporte una utilidad más, de modo que las utilidades crezcan proporcionalmente a la contratación de un nuevo empleado o la venta de un nuevo producto o servicio. Sin embargo, comenzaremos con un ejemplo ilustrativo básico del fenómeno de la utilidad marginal decreciente: Si una persona compra un almuerzo, saciará su hambre y su necesidad de comer estará satisfecha. Sin embargo, si pretendiera y pudiera comprar un segundo almuerzo, este ya no le generaría una utilidad adicional, pues sus necesidades físicas están satisfechas, lo mismo ocurriría con el tercer o cuarto almuerzo que este quisiera comprar: no le generarían más satisfacción y físicamente, su cuerpo no tendría la capacidad de consumirlos, por lo que seguir comprando almuerzos sería inútil.

Nuestro caso, debemos entenderlo como la empresa que ha ido estructurando su cadena de valor competitiva, adquiriendo lo necesario para estructurar los diferentes procesos productivos que esta incluye y a medida que implementa otro proceso de los que considera necesario, estos le generan una utilidad adicional.

Sin embargo, cuando ya tiene satisfechos todos los procesos que constituyen para ella una ventaja competitiva, llega un proceso que necesita desarrollar, pues es una formalidad que debe

cumplir, pero esta no le genera ninguna utilidad adicional. Implementar este nuevo proceso, le costaría tiempo, movilización de recursos para consultar lo necesario, capacitación y adecuación de un nuevo lugar, implementos de trabajo y demás. Por el contrario, otra empresa ofrece la realización de este servicio a las otras empresas de la ciudad, con conocimientos técnicos y autónomos que serán desarrollados desde sus dependencias.

¿Qué sentido tendría implementar este proceso internamente, cuando implicaría dejar a un lado por un momento su actividad generadora de utilidades, cuando incluso el precio a pagar es menor de los costos en los que yo incurriría? Su oferta claramente, saca provecho de los costos de transacción ahorrados por la planeación en los costes de transacción, costos que no ahorraría en este caso la contratante.

1.7.4 Abaratamiento de costos laborales:

El abaratamiento de costos laborales, es en el sentido del outsourcing un término subjetivo. Es claro que los costos laborales cuando se utiliza la tercerización pueden disminuir notablemente, pero no es cierto que esto se logra por medio del desconocimiento de derechos laborales. Al respecto, afirma Ben Schneider: “Existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero outsourcing. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa”,¹³ (Schneider, 2004, p. 31)

Esto se podría lograr por el contrario, mediante el uso de trabajadores capacitados y conocedores, que conocen su aptitud para realizar tareas asignadas con calidad y lograr los objetivos encargados, por lo que comúnmente cobran los honorarios por la prestación de sus servicios por las tareas que realizan y en relación con los resultados alcanzados por el cliente. En este sentido, el éxito en la relación del outsourcing, radicaría en “la colaboración, el desarrollo de alianzas estratégicas con los proveedores y en contar con una asesoría objetiva e independiente para saber qué delegar, qué retener y cómo hacerlo” (Acero & Naranjo, 2007, párr. 11) Este cliente, ante la eficiencia que obtiene, tiende a convertir al subcontratado en un aliado estratégico, es decir una especie de socio, de modo que lo pagado constituye más un mecanismo de retribución de lo obtenido: por un lado se motiva al contratado para que continúe al tanto de la calidad y eficiencia del servicio prestado, mientras la empresa mejora su desempeño con la capacidad que adquiere a través de este y por tanto, sus ganancias.

1.7.5 Aptitudes del personal en el mercado:

Los cambios dinámicos en la sociedad guiada por la tecnología y las comunicaciones, implican directamente en la forma en la que las fuerzas de trabajo están siendo formadas y su visión en cuanto al trabajo. Los trabajadores de hoy, tienen un perfil muy diferente al tradicional, impulsados por el acceso a la educación promovido por el gobierno y las entidades financieras, así como por su acceso al conocimiento.

Viene al caso, la consideración y recomendación directa de la ANDI al gobierno nacional, cuando menciona la flexibilidad laboral como elemento necesario para la competitividad:

El trabajador moderno se caracteriza por una alta calificación basada en competencias, por ser polivalente, con disposición para trabajar en equipo, creativo, con sentido de pertenencia en la empresa y capaz de solucionar problemas, entre otros. La principal urgencia en materia de empleo es contar con una mano de obra calificada, capaz de manejar los procesos productivos modernos, basados en alta tecnología.” (ANDI, 2015, p.79)

En este sentido, son los trabajadores cada vez más competentes para desarrollar procesos y prestar servicios de calidad con conocimiento profundo de la causa, de forma que lo ideal, es que este sea aprovechado al máximo en el área de conocimiento que domina, cuando además este tiene la capacidad de integrarse en los diferentes contextos por medio del análisis de las diferentes situaciones, capacitar su equipo de trabajo, programar las ejecuciones y cubrir las necesidades para que al largo plazo, se logran los objetivos globales en los diferentes entornos de trabajo.

Sabemos que las empresas alineadas en los nuevos objetivos de competitividad y eficiencia, buscarán personal que tenga la capacidad y el conocimiento suficientes para ofrecer soluciones de calidad y a su vez, quienes tienen estas calidades, querrán hacerlo como bien saben, y no bajo subordinación y mando del demandante, sino con sus propios procesos y conocimientos técnicos, especializados y científicos.

1.7.6 Búsqueda de desarticulación de los sindicatos:

El outsourcing, argumentan contantemente los representantes de los sindicatos, implica necesariamente el desconocimiento de los derechos laborales protegidos por los sindicatos, como se afirmó durante XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología:

“ El outsourcing se ha convertido en un negocio rentable y demandado por las empresas, ya que éstas se deslindan de compromisos legales, incrementan la flexibilidad del empleo y disminuyen sus costos de producción. Sin embargo, los derechos de los trabajadores no se cumplen: no cuentan con contratos definidos, trabajan en horarios flexibles, no crean antigüedad y son contratados por empresas especializadas distintas a aquella donde prestan sus servicios. ” (López Pedroza, 2009, p.1)

Sin embargo, estas afirmaciones podrían perder su fundamento con argumentos que hemos tenido en cuenta a lo largo de este escrito, principalmente, porque constantemente suelen describir el outsourcing o la subcontratación sin tener en cuenta la reglamentación y distinción que existe entre esta y la intermediación laboral.

En este sentido, es claro que si lo que realiza la empresa es intermediación laboral disfrazada con un falso outsourcing, o la contratación de una persona con las obligaciones de un empleado del contratante, detrás de un supuesto contratista independiente, sí se estarían desconociendo los derechos de los trabajadores como lo anuncia el autor citado, pero existen mecanismos de defensa legales para que en ningún caso sea el outsourcing una estrategia para

que sean desconocidos los derechos laborales a los que estos tienen derecho: por un lado la reglamentación de las EST y por otro la declaración del contrato realidad.

Sin embargo, aunque exista la falsa creencia de que con la implementación del outsourcing se busca la desarticulación de los sindicatos y evadir los beneficios para los trabajadores sindicalizados, consideramos que si la empresa lo hace por este motivo, tiene una decisión en falso, con consecuencias que le serán a futuro incluso más onerosas. Por un lado, por las contingencias laborales que surgirán a futuro, que no representarán ninguna ganancia, y por otro lado, la falta de una razón racional para subcontratar, dificultará que la empresa, cuando descubra que no tiene un motivo real y decida volver a organizar sus procesos internos, ya no contará con el personal comprometido y conocedor del tema con el que podía contar. Esta entonces, parece una falsa motivación económica.

1.8 Aspectos negativos de la subcontratación

Es necesario que se conozcan de la misma forma, lo que consideramos un punto esencial a tener en cuenta en el proceso de análisis del outsourcing: sus aspectos negativos. Aunque es cierto que su implementación puede traer grandes beneficios para la empresa tomadora del servicio de outsourcing, este se trata de una decisión interna, estratégica y enfocada a obtener unos logros específicos que deben ser analizados con anterioridad y ejecutados cuidadosamente durante todo el proceso. (White, 1998, p.234)

Ignorar la condición del outsourcing como estrategia empresarial premeditada, puede traer pérdidas a la empresa que difícilmente podrá superar, pues estas podrían ir desde la falta de personal para realizar determinadas labores, por la falta de empatía de sus empleados hacia su lugar de trabajo, hasta pérdidas económicas que podían preverse con la planeación, de forma que si no se hace un análisis particular y cuidadoso al momento de entregar una labor en outsourcing, se puede fracasar no solo en lograr el objetivo sino en el desarrollo del negocio a futuro.

A modo de ilustración, podrían ser otras eventuales consecuencias negativas de tercerizarlas siguientes (Ruiz, 2004, p.43):

- La empresa pierde contacto con las nuevas tecnologías que ofrecen los terceros por ser estos quienes las controlan y acceden: por eso hay que crear motivaciones internas que incentiven las prácticas de actualización constante.
- El suplidor externo puede aprender y tener conocimiento del producto en cuestión que se le confía y existe la posibilidad de que los use para empezar una industria propia y se convierta de suplidor en competidor: por ello debe incluirse cláusulas de confidencialidad y no competencia en la contratación.
- El costo ahorrado con el uso de outsourcing puede que no sea el esperado: Debe calcularse y pactarse cuidadosamente antes de tomar la decisión.

- Las tarifas incrementan la dificultad de volver a implementar las actividades que vuelvan a representar una ventaja competitiva para la empresa: Si se entrega una actividad que eventualmente dejó de ser una ventaja competitiva, pero esta es viable nuevamente, difícilmente se recuperará rápido. Los costos se incrementarán pues deberá hacerse una inversión en la readecuación y toma de control de la actividad.
- Alto costo en el cambio de proveedor en caso de que el seleccionado no resulte satisfactorio: Por la necesidad de realizar un nuevo proceso de selección y entrenamiento. Es necesario vigilar muy de cerca al seleccionarlo.
- Reducción de beneficios con el paso del tiempo, si el contratado pierde el interés, incumple o se vuelve reticente. Es necesario incluir las condiciones de rendimiento claramente en la contratación e ir la adecuando.
- Pérdida de control sobre la producción: luego de que esta se entrega a manos técnicas e independientes, son ellos quienes tienen el control y la obligación de entregar resultados, pero el control difícilmente se recupera.

Para algunos, la flexibilización de los derechos laborales en sí, es una de las consecuencias negativas que se derivan del modelo económico neoliberal que se ha instaurado a nivel mundial. En México (y por extensión en Colombia) la importancia de este fenómeno radica en la alegada precarización de las condiciones con las que pueden ser contratados los trabajadores. En algunos textos se plantea que la tercerización significa un grave y lamentable retroceso

histórico para los derechos laborales individuales y colectivos que la sociedad había logrado conseguir a base de luchas que provocaron la muerte de miles de personas (Curiel, 2013, p. 213).

Como hemos ya planteado a lo largo del presente trabajo el término outsourcing¹⁴ es utilizado como sinónimo de subcontratación, externalización, tercerización, reubicación o intermediación, entre otros; sin embargo, aunque sean diversos términos (y tengan diferentes significados como hemos establecido), para algunos autores todos significan lo mismo: para el empleador, plusvalía¹⁵, disminución y abaratamiento de costos en mano de obra y extinción de responsabilidades con los trabajadores; Para el trabajador por el contrario estos términos significan pérdida y precarización de los derechos laborales, disminución del salario, e inexistencia de estabilidad en el empleo (Curiel 2013, p.214), entre otros.

Nuestra posición es que si se utilizan de manera inadecuada las figuras no tradicionales de construir el modelo de producción, es claro que esta situación sí puede llegar a ser sinónimo de precarización, empleos mal remunerados, supresión de los derechos del trabajador, abaratamiento de mano de obra, mayor explotación del trabajador, pero no es cierto que la flexibilización y sus figuras hayan respondido únicamente a “la visión fundamentalista de la doctrina neoliberal, que consiste básicamente en una apertura indiscriminada de la economía, la disminución del Estado hasta llevarlo a lo que hoy se conoce como Estado Mínimo, la

¹⁴ Entendido como externalización y no con el significado restringido a tercerización que ya hemos denotado durante este trabajo

¹⁵ De acuerdo con lo expuesto por Marx, la plusvalía consiste en el valor que el obrero que percibe un salario por su trabajo logra generar por encima del dinero que representa su esfuerzo laboral. Ese valor, que podría definirse como trabajo no pagado al obrero, queda en poder del capitalista, quien ve en la plusvalía la base de la acumulación monetaria. Para entender la noción de plusvalía, hay que tomar en cuenta que a cada mercancía le corresponde un precio que guarda relación con el tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción.

desregulación de los mercados (...)” (Curiel 2013, p. 216), si se tiene en cuenta ante todo, que la tercerización cuando está configurada correctamente, es ante todo una estrategia empresarial que permitiendo un mayor grado de eficiencia en las tareas, en un ordenamiento jurídico con regulación laboral clara frente al tema, no tendría por qué desconocer derechos laborales. Por tanto, consideramos que el desconocimiento de derechos laborales, no es una consecuencia necesaria del outsourcing en las empresas, sino más bien de la regulación ambigua que desconoce los casos de correcta configuración de este, atribuyéndole a esta erróneamente en algunos casos, las precarias condiciones del ámbito laboral colombiano.

CAPITULO 2. PREOCUPACIONES E INTERVENCIÓN DEL DERECHO LABORAL

Al derecho laboral en especial, estas prácticas de outsourcing le preocupan y es por ello que es pertinente mostrar cuáles figuras jurídicas existen, que permiten acudir al outsourcing, bajo que presupuestos y así mismo identificar las consecuencias de no cumplir la carga de utilizar las figuras de la manera adecuada.

2.1 Contratista independiente

La normatividad laboral establece en el Artículo 34 del C.S.T subrogado por el artículo 3º del decreto 2351 de 1965 la figura del contratista independiente indicando lo siguiente.

Son contratistas independientes y, por tanto, ***verdaderos patronos*** 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 beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.*** (Negrillas y cursivas propias)

De esa definición legal podemos hacer un desglose y definir los elementos esenciales que caracterizan la figura de un contratista independiente: el primero es que puede ser tanto una Persona jurídica (que por su naturaleza acudirá a sus recursos humanos para cumplir con sus funciones) o una persona natural que puede hacerlo por sus propios medios. El segundo elemento es que contrata la ejecución de obras o servicios (es decir productos como tal o actividades a favor del tercero). El tercer elemento es que lo hace por un valor determinado (o incluso puede ser determinable). El cuarto elemento característico y diríamos nosotros el factor verdaderamente diferenciador es que lo que hace (productos o prestación de servicios) lo hace asumiendo todos los riesgos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

En virtud de su autonomía técnica y directiva para ejecutar la obra o servicio debe utilizar sus propios insumos y recursos, entre ellos como dijimos (al menos para las personas jurídicas) el factor humano. Lo anterior significa que las personas que el contratista independiente vincule para cumplir el objeto serán sus dependientes y no los de la empresa contratante, y frente a ellos ejercerá el poder de dirección como verdadero empleador y debe asumir todas las cargas

que ello implica en materia salarial, prestacional, de salud ocupacional, seguridad social entre otras¹⁶.

Adicionalmente, partiendo de esa independencia, el contratante no debe interferir en el manejo del recurso humano del contratista: no deberá intervenir en procesos de selección ni decidir a quién se contrata, no deberá influenciar elementos esenciales como el salario que retribuye el trabajo, ni la duración del contrato de trabajo, no deberá influir en la cantidad y forma del trabajo, no podrá ejercer poder disciplinante como llamar a descargos e interponer sanciones, no podrá darlo por terminado. Cuando el contratante trasciende la esfera contractual y pasa a tomar decisiones sobre el recurso humano del contratista se arriesga a la declaración del contrato realidad pues está ejecutando las facultades de un verdadero empleador; así pues cuando se trata simplemente de una simulación del contrato de trabajo ya no va a responder solidariamente como en comienzo lo indica el artículo 34 del CST, sino que podría terminar siendo declarado como un verdadero empleador.

Vale la pena hacer un paréntesis metodológico en este momento para hablar del principio de la realidad sobre las formas recién mencionado. Conforme al mandato Constitucional consagrado en el art. 53 de la Carta Política y legalmente previsto en el art. 24 del CST., se impone el principio de la realidad sobre las formas. Es decir, si la verdad indica que el actor-trabajador se encontraba sometido a la subordinación de su empleadora, porque a estaba sometido a un horario de trabajo, estaba sujeto a las órdenes que se le impartían en cuanto a tiempo modo y

¹⁶ Lo anterior sin perjuicio de que el Contratista independiente acuda a otros subcontratistas para realizar las actividades encomendadas contractualmente.

lugar, en oposición a la aparente autonomía del contratista independiente consignada en el contrato civil o comercial, lo que en verdad fluye es una realidad distinta a la meramente formal que consta en las apariencias. Este principio constituye una protección muy importante al trabajador, lo cual es el objetivo primordial del Código Sustantivo del Trabajo, cuando en su Artículo 1 expresa: “La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

Al respecto, las altas Cortes han reconocido de manera tajante y reiterada la necesidad de aplicar tal principio a todas las situaciones donde se busca esconder mediante figuras civiles o comerciales lo que en realidad es una relación laboral.

Por el lado de la Corte Constitucional, en sentencia C-665 de 1998 con ponencia de Hernando Herrera Vergara, (donde se declaró inexecutable el inciso del Artículo 2° de la ley 50 de 1990 que modificó el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo¹⁷) dijo la Corte que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, implicaba un “reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades”.

¹⁷ Artículo 24. Presunción. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. No obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada”.

Así mismo la Corte manifestó que el elemento esencial tipificador y diferencial del contrato de trabajo es la subordinación, pues “no pueden darse relaciones de trabajo sin un poder de dirección y un deber de obediencia, es decir, sin aquel elemento de subordinación en el cual justamente los juristas ven la señal inconfundible del contrato de trabajo”. “Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica”. Esto, desde luego, no significa que desaparezcan las posibilidades de contratos civiles o comerciales, o con profesionales liberales, desde luego, mientras no constituyan apenas una fórmula usada por quien en realidad es patrono y no contratante para burlar los derechos reconocidos en la Constitución y la ley a los trabajadores.

Así mismo dijo la Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994: “La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo por sí sola es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las

notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”. “La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

Por su parte el **Consejo de Estado** En sentencia del 21 de febrero de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado reconoce, sobre la base del principio de la realidad sobre las formas, la existencia de una relación laboral donde concurren los tres elementos esenciales de este tipo de contratación, sin importar que no se cumpla el mismo horario que cumplen los demás empleados y que el cargo no esté previsto en la planta de personal, pues estos factores no son determinantes para desconocer el vínculo laboral y acudir a la figura de la prestación de servicios. Al respecto reiteró posiciones anteriores así: “El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”.

Puede verse también la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado el 3 de julio de 2003, donde se reconoció la existencia del “contrato realidad” a un

conductor de ambulancia que fue contratado en la modalidad de Prestación de Servicios y quien realizaba labores permanentes de la entidad, en forma continua e ininterrumpida y en igualdad de condiciones respecto de los empleados públicos que se desempeñaban en la misma dependencia. De la misma manera, el Consejo dijo que no es válido celebrar contratos de prestación de servicios respecto de actividades que para ser desarrolladas necesariamente requieran de los elementos propios de la relación laboral o reglamentaria con el Estado.

Resulta pertinente recordar que, en decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, adoptada el 21 de agosto de 2003[28], se reconoció la existencia del contrato realidad de un educador nombrado por el Municipio mediante autorización de prestación de servicios educativos, por cuanto: “Es claro para la Sala que el actor fue vinculado mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente.

Mediante este tipo de contratos de prestación de servicios, cuando las labores a desarrollar son de carácter permanente, busca la administración evitar el pago de prestaciones sociales, no obstante la naturaleza laboral de la actividad efectivamente cumplida.

Se genera entonces una relación laboral bajo la forma contractual administrativa que debe ser amparada por el derecho a partir de la primacía de la realidad sobre las formalidades adoptadas

en la relación laboral, sin que de otro lado se pueda deducir a favor del actor, según se ha visto, alguna asimilación a la condición de empleado público”.

Los anteriores argumentos son igualmente esgrimidos por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 17 de abril de 2008. Igualmente, en sentencia emitida el 7 de abril de 2005 por la Subsección B de esa misma Sección y Corporación analizó la naturaleza de la vinculación a la administración por parte de la demandante quien se desempeñaba como Secretaria de un Colegio Oficial, y al respecto indicó:

“Cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, las que, sin embargo, deben pagarse a título de indemnización porque no se puede adquirir la condición de empleado público si no se accede al cargo en los términos de ley”.

Por último, **la Corte Suprema de Justicia** ha sido muy puntual en la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad, dando origen al contrato realidad, que en los últimos años ha proliferado debido al afán de algunos empleadores de evadir las responsabilidades que se derivan del contrato de trabajo, escondiendo así una verdadera relación laboral, aparentando contratos civiles de prestación de servicios, contratos con trabajadores ocasionales, contratos de outsourcing con particulares, etc.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral¹⁸ Frente al principio de la primacía de la realidad al que se ha hecho referencia, pierde eficacia jurídica cualquier pacto o convenio en el que se deje por escrito que la relación que unió a las partes es civil, comercial o de prestación de servicios independientes, cuando tal contratación se utiliza con la finalidad de burlar la ley y con ello, los derechos laborales del trabajador por cuenta ajena. La consecuencia, en tales casos, no sólo será la declaratoria de un contrato de trabajo, también la condena al pago de todos los derechos que emerjan de una verdadera relación subordinada .

Esto se desprende de la obligación de actuar de buena fe que tal y como lo recordó la Sala Laboral en sentencia CSJ SL, 10 may. 2011, rad. 38973, consiste en: (...) obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

Al respecto puede confrontarse lo que ha dicho la Sala laboral de la C.S.J en Sentencia SL10546-2014, donde consideró: (...) en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes (art. 53 superior), se deben dejar sin efecto aquellas formas de pago inherentes a los contratos de carácter civil o comercial, como sería el caso de

¹⁸ (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO Magistrada ponente SL4769-2015 Radicación n.º 45770 Acta 08 Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015).

los “honorarios”, cuando de los hechos se desprende una situación diferente, cual es lo que se ofrece en este asunto, ante la presencia de situaciones serias y convincentes del reiterado poder de subordinación y dependencia que regía la relación laboral, respecto de la ejecutora de los servicios prestados, pues las órdenes e instrucciones que se impartían a través de una enfermera jefe, bajo la aparente figura de ser una “interventoría”, con que la pretende revestir el representante legal de la entidad accionada, son actos ajenos a un nexo contractual autónomo e independiente. A juicio de la Sala, el empleo de términos como el de contratista, honorarios, interventoría, etc., no son más que estratagemas para encubrir una verdadera relación laboral, máxime cuando esta se ejecutó de manera personal y continua, desde el mes de abril de 1999 al 4 de enero de 2002, esto es, sin interrupción alguna, lo que deja sin piso la conclusión a que se llegó en la sentencia cuestionada.

La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite hacer una conclusión esencial para el principio objeto de estudio:

Los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado cualquiera que sea, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.

Terminando este paréntesis metodológico, un aspecto que plantea el artículo 34, es el requisito de que el contratista utilice herramientas propias, por lo tanto debe hacerse la siguiente pregunta: ¿siempre debe ser el contratista el propietario de las herramientas de trabajo? En principio la norma así lo exige, lo que en principio tiene sentido, pues quien presta el servicio como experto debe tener sus herramientas; sin embargo consideramos que de manera excepcional, por ejemplo en los esquemas de trabajo *in house* (en las instalaciones del contratante), el contratista puede no ser el dueño de la totalidad de las herramientas de trabajo. La razón es que por un tema de eficiencia, el contratante puede tener mayor facilidad para aportar los elementos necesarios para el servicio; piénsese en una máquina de gran volumen propiedad del contratante que viene con sus herramientas y repuestos incluidos; no tendría sentido que por la necesidad del contratista de que las herramientas sean propias, deba desplazarse y generársele unos costos mayores para el (y por ende al contratante quien en la tarifa deberá pagar un mayor valor) que podrían evitarse y hacer una relación de mejor costo beneficio. Así mismo en ocasiones lo que se contrata es la mano de obra como tal, por ser esta especializada y las herramientas no son más que un medio que no tiene por si solo ningún componente de especialidad.

Hay un punto importante a destacar y es que pese a que el contratista independiente, es por definición autónomo, no por ello pierde la obligación contractual de tener resultados respecto del contratante; por lo anterior, a nivel contractual, dentro de los compromisos del contratista se podrá establecer la necesidad de entregar informes de calidad y cumplimiento de metas, con

el único objetivo de supervisar el cumplimiento del servicio contratado en las condiciones pactadas (Godoy Córdoba abogados, 2014, “el contratista independiente”, párr 8). Es decir que se hace una interventoría donde simplemente se verifican condiciones de calidad, oportunidad y cantidad.

Algunos criterios sospechosos pueden llegar a desvirtuar la validez de acudir a la figura de la tercerización¹⁹ con un contratista independiente; entre ellos están los siguientes: si el contratista no tiene independencia financiera y depende del contratante, que el contratista no tenga la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten, que el contratista no ejerza frente al trabajador la potestad reglamentaria y disciplinaria, que las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores en circunstancias de tiempo, modo y lugar no sean impartidas por el contratista, que hayan trabajadores bajo una modalidad de pago a destajo pero cumplan horarios, que la duración de la realización del servicio sea extensa, que la cuantía de las inversiones efectuadas por el supuesto contratista en equipos e instalaciones sea muy baja a comparación con la del contratante, la exposición verdadera del supuesto contratista a pérdidas y ganancias como verdadero empresario, el grado de iniciativa, decisión o previsión de que dispone la pretendida empresa independiente para competir con éxito en un mercado abierto.

Partiendo entonces de que hay una base normativa que permite hacer uso de los contratistas independientes es momento de preguntarnos el por qué lo problemática que ha devenido esta figura. Un sector de los sindicatos se opone a esta forma de contratación, pues la consideran

¹⁹ Y por ende abrir la posibilidad de ser declarado verdadero empleador.

una burla a los derechos laborales, ya que según ellos, con ella se logra vincular a personas para trabajar en una empresa con salarios inferiores a los fijados para sus empleados directos, con la exigencia de estándares de cumplimiento similares, sin derecho a beneficiarse de la negociación colectiva y con un precario derecho de asociación en cuanto no gozan de estabilidad laboral, pues su relación laboral depende del contrato civil o comercial existente entre el contratante y contratista, que en forma ilegal termina imponiéndosele como condición de existencia de su contrato de trabajo.

Aquí el tema es simple, algunos sectores y personajes de las centrales obreras del país y quienes podríamos llamar sin propósito de ser despectivos los tradicionalistas proteccionistas, pretenden que se trate de manera igual a quienes por sus características no lo son. Un trabajador de una empresa no es igual a un contratista, al menos no si la figura se usa de la manera correcta y el contratista cumple con los requisitos de ley para ser un verdadero contratista independiente; no son iguales pues el primero de ellos tiene una relación directa con la empresa quien es su empleador a la cual está subordinado. Además de lo anterior los beneficios extralegales tienen como condición sine qua non ser trabajador de la empresa que cuenta con los mismos, por tanto al no cumplir con la condición siendo contratistas, no debe hacerse extensivo el pago de bonificaciones extralegales propias de un empleador.

Así pues en términos de salario, recreación, alimentación y transporte, la ley 50 de 1990 en su artículo 79 no tiene reglamentación que permita salirle al paso a estas diferencias entre los trabajadores de la empresa contratante y los trabajadores de la empresa contratista, como sí

sucede con las empresas de servicios temporales, la cual exige que sean igual para los empleados en misión y los empleados de planta lo cual tiene sentido, pues cuando se trata de trabajadores en misión el verdadero empleador cede sus poderes de subordinación y no así en un contrato de prestación de servicios (respetando eso si las escalas de antigüedad y políticas de remuneración de la empresa usuaria).

Claramente no todo es tan flexible y dado los casos en los cuales se ha acudido a esta figura para evitar responder a los trabajadores en un eventual litigio el legislador consagro expresamente la solidaridad del contratante cuando realiza para él labores iguales, conexas o complementarias. *El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.* Lo que persigue la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratista con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral.

Frente a la solidaridad de quien contrata como contratista independiente a quien realiza para el labores iguales, conexas o complementarias, se ha pronunciado la sala laboral de la corte

suprema de justicia, cuando mediante sentencia 35864 del primero de marzo de 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza precisa:

“Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.” Es decir, podrá la empresa emplear la subcontratación de estas actividades que parecen propias de su actividad económica a un contratista independiente, cuando por motivos económicos así lo decida; lo que no obsta para que la beneficiaria o dueña de la obra pueda desconocer los derechos prestacionales de los trabajadores del contratista que realizan la labor encargada.

Aunque el outsourcing suene lejano del ámbito laboral, debe existir claridad que si una empresa contrata una empresa de outsourcing no está realizando nada distinto a contratar con un contratista independiente, cuyas características y alcances están definidos en la ley, quien debe ser realmente autónomo administrativa y operativamente, y no puede admitir que otros, particularmente sus contratantes, incidan en la toma de decisiones de su negocio (Bermúdez, 2005, p.4). El contratista independiente es una institución propia del derecho del trabajo colombiano, por lo cual pretender manejarlo como una figura atípica y novedosa resulta un esfuerzo inútil y equivocado.

En el campo práctico esta figura de contratación se evidencia con mayor relevancia en los servicios de aseo, servicios hospitalarios, vigilancia y seguridad, soporte técnico y tecnológico, auditoría y call centers, que se realizan tanto en empresas nacionales como multinacionales radicadas en Colombia (Bermúdez, 2005, p.2).

Mencion aparte, merece un fenómeno de surgimiento reciente, principalmente en la actividad de la construcción, que fácilmente podría confundirse con un caso de tercerización de obligaciones del contratista independiente, cuando por mandato legal se le permite delegar su necesidad de realizar los respectivos aportes a seguridad social.

La cantidad de contratistas independientes y la preocupación porque pudieran estar en el sistema general de seguridad social integral, hizo necesaria la creación de un mecanismo para que hicieran sus aportes a seguridad social y fue la posibilidad de afiliación de manera colectiva tal y como se estableció en el parágrafo segundo del artículo 157 ley 100 de 1993²⁰ (aunque fue solo hasta la ley 797 de 2003 cuando se estableció como afiliados obligatorio al sistema las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten).

²⁰ PARAGRAFO. 2º-La afiliación podrá ser individual o colectiva, a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expida. El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre entidades promotoras de salud

En ese sentido la ley 100 estableció la afiliación colectiva como un mecanismo posible, el cual fue reglamentado por los decretos 3615 de 2005, 2313 de 2006 y 2172 de 2009. Para el efecto se crearon por un lado las agremiaciones como personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, que agrupan personas naturales con la misma profesión u oficio o que desarrollan una misma actividad económica, siempre que estas tengan la calidad de trabajadores independientes y por otro lado las asociaciones como personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, que agrupan de manera voluntaria a personas naturales con una finalidad común, siempre que estas tengan la calidad de trabajadores independientes.

Para los efectos de la afiliación a través de las asociaciones o agremiaciones el trabajador independiente debe acreditar ante las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral, su vinculación a una agremiación o asociación mediante certificación escrita expedida por la misma. A su vez las entidades autorizadas para afiliar colectivamente a trabajadores independientes deben someterse al cumplimiento de las siguientes reglas: hacer el recaudo de las cotizaciones mes a mes, exigir a los asociados que los aportes a la Seguridad Social Integral se realicen por períodos mensuales completos y sobre el ingreso base de cotización establecido en la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias teniendo en cuenta que, en ningún caso, el ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud puede ser inferior a la base de cotización para el Sistema General de Pensiones.

Así mismo para funcionar, las agremiaciones y asociaciones necesitan autorización del ministerio de la protección social y para obtenerla deben cumplir entre otros los siguientes requisitos: copia de la personería jurídica en la que conste que es una entidad de derecho

privado sin ánimo de lucro, constituida legalmente como mínimo con un (1) año de antelación, contado a partir de la fecha de presentación de la solicitud de autorización prevista; acreditar un número mínimo de quinientos (500) afiliados, tener un listado actualizado de afiliados activos con nombre completo, identificación, ciudad, dirección de residencia, número de teléfono, fecha de afiliación a la asociación o agremiación, ingreso base de cotización, monto de la cotización, nombre de las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral a las que se encuentren afiliados o se vayan a afiliar, discriminando cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral; copia de los estatutos de la entidad, copia del reglamento interno en el que se señalen los deberes y derechos de los agremiados o asociados; acreditar mediante certificación expedida por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, la constitución de la reserva especial de garantía mínima de que trata la ley y acreditar un patrimonio mínimo de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando obtienen la autorización las asociaciones y agremiaciones adquieren entre otros los siguientes deberes: inscribirse como tales ante las respectivas entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral; garantizar a sus afiliados la libre elección de las entidades administradoras de los Sistemas Generales de Seguridad Social en Salud y Pensiones; informar al afiliado sobre el carácter voluntario de la afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales; afiliar a los agremiados que así lo decidan, a la entidad administradora de riesgos profesionales seleccionada por la agremiación; pagar con recursos de la reserva especial de garantía mínima y las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral cuando el afiliado se encuentre en mora; informar a sus agremiados o asociados sobre los derechos y deberes que se adquieren al afiliarse de forma colectiva al Sistema de Seguridad

Social Integral; adelantar los trámites administrativos de afiliación y reporte de novedades del trabajador independiente y sus beneficiarios y colaborar con el afiliado para obtener el pago de las prestaciones económicas respectivas a que tenga derecho.

Para efectos de obtener la autorización las agremiaciones y asociaciones deben acreditar la constitución de una reserva especial de garantía mínima de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes ante una entidad financiera o aseguradora, para los primeros quinientos (500) afiliados, y por cada afiliado adicional deberán prever permanentemente, el valor de las cotizaciones de dos (2) meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados los trabajadores independientes de manera colectiva.

En el evento que los afiliados entren en mora en el pago de aportes, las agremiaciones o asociaciones deberán garantizar el pago en forma oportuna de las cotizaciones con cargo a la reserva especial de garantía mínima. Si se agotara dicha reserva, el Ministerio de la Protección Social cancelará la autorización a la agremiación o asociación. Dentro de las facultades de las agremiaciones o asociaciones está cobrar una contribución económica a cada afiliado para efectos de sufragar los gastos administrativos en que incurran por la afiliación colectiva, hasta por un monto equivalente al 25% de un salario mínimo mensual legal vigente, en un período de un año, de acuerdo con la periodicidad establecida en los estatutos o reglamentos de la agremiación o asociación.

El Ministerio de la Protección Social, cancelará la autorización a las agremiaciones o asociaciones que dejen de cumplir con uno o varios de los requisitos exigidos para obtener la

autorización, o cuando se demuestre que estas promueven o toleran la evasión o elusión de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Las agremiaciones y asociaciones están obligadas a suministrar trimestralmente al Ministerio de la Protección Social, la siguiente información: Relación actualizada de afiliados.

Certificación expedida por el revisor fiscal, contador o representante legal según corresponda, a través de la cual se acredite que se mantiene la reserva especial de garantía mínima de que trata el artículo 9º del presente decreto. Cuando la reserva especial haya sido constituida mediante una póliza de garantía de cumplimiento del pago de aportes a la Seguridad Social, deberá certificarse que la misma se encuentra vigente y su valor asegurado ampara las cotizaciones de dos (2) meses a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentran afiliados los trabajadores independientes de manera colectiva.

Luego de todo este recuento normativo y regulación específica lo que hay que concluir es lo siguiente: 1. que la función primordial de las Entidades autorizadas para realizar afiliaciones colectivas es la de facilitar la afiliación y pago de aportes de aquellos grupos de personas que en razón de su profesión u oficio o sus nexos comunes como trabajadores independientes, requieren acceder de manera colectiva al aseguramiento de la seguridad social integral a través de las entidades aseguradoras de su elección. 2. Que por esa importancia el Ministerio ejerce una vigilancia especial sobre las entidades autorizadas en el sentido de verificar permanentemente el cumplimiento de los requisitos de autorización y la revisión de los informes trimestrales que están obligadas a rendir, además se prohíbe a figuras como las

Cooperativas y las Precooperativas de Trabajo Asociado realizar afiliaciones colectivas en virtud de la Ley 1233 de 2008²¹.

Si bien hasta ahora el panorama está claro y estas organizaciones tienen un propósito constitucionalmente legítimo el problema ha ocurrido en la práctica. Basta con leer titulares como “¡Ojo! con la afiliación irregular a riesgos laborales”, noticias se muestra que en postes y muros se ofrece afiliación a salud, riesgos laborales y pensiones al Sistema de Seguridad Social Integral. La preocupación surge por un incremento desproporcionado e ilegal del número empresas o personas naturales que, sin tener la condición de empleadores, ofrecen realizar la afiliación a todas las entidades de la seguridad social²².

En la práctica se ha detectado que la gran mayoría de empresas que promueven el proceso colectivo de afiliación a independientes, sin autorización legal, se esconden bajo la modalidad de ser asociaciones o agremiaciones autorizadas y realizan afiliaciones en forma irregular con tarifas muy por debajo de las establecidas por la Ley. Así, generan en el supuesto afiliado la confianza de estar cubierto por todo el sistema de seguridad social, pero realmente gestionan la afiliación por uno o varios días y luego hacen el retiro por la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (Pila), con lo que se apropian de los dineros aportados por el trabajador independiente, dejándolo en total desprotección.

²¹ <https://www.comfacundi.com.co/images/Cartilla-Aseguramiento-a-Salud-y-Movilidad-Minsalud.pdf>

²² <http://www.eltiempo.com/economia/finanzas-personales/alerta-por-afiliacion-irregular-a-riesgos-laborales/15804916>

Para defraudar, por ejemplo, estos sujetos afilian a la ARL mostrando en sus documentos una actividad económica cuyo objeto social es muy general bajo la forma de asociaciones, fundaciones o Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S) y utilizando el número de NIT proceden a vincular física o electrónicamente a las personas que llegan a sus instalaciones. Como el recaudo de la cotización a las ARL se hace mes vencido, estas empresas hacen la afiliación comúnmente y en la novedad del mes siguiente aplican el retiro por la Pila, dejando registro de uno o dos días de afiliación sin que el trabajador se entere hasta que revisa su historia laboral, de esa forma se quedan con gran parte de los recursos destinados a la salud y ponen en riesgo la atención de quienes creen estar afiliados. Esta situación imposibilita la atención asistencial ante la ocurrencia de un accidente de trabajo y la pérdida de prestaciones económicas.

Por todo lo anterior, las recomendaciones son entre otras: acudir a los puntos de atención en el país que tengan las ARL debidamente autorizadas y solicitar asesoría y acompañamiento en el proceso de afiliación a través de los medios dispuestos para tal fin, revisar si la actividad que desempeña está clasificada en riesgo I, II o III, donde el contratista asume el pago de la cotización o si la actividad es clasificada como de alto riesgo, es decir está en la clase IV o V, donde debe pagarla el contratante.

La pregunta entonces es, qué defensas jurídicas tienen los afiliados para combatir estas prácticas indebidas por parte de las comúnmente llamadas agrupadoras. En primer lugar claramente los afiliados podrán ejercer una acción de responsabilidad civil en contra de las asociaciones o agremiaciones por el incumplimiento de sus obligaciones como entidad de

aportes colectivos para con los afiliados y en ese sentido obtener la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 1613 del código civil. También hay que decir que como se especificó anteriormente el Ministerio De La Protección Social tiene grandes responsabilidades en la vigilancia y control de estas entidades y por tanto si no las ejerce o lo hace de manera negligente el afiliado podrá ejercer las acciones de responsabilidad del Estado²³ pertinentes para que se le indemnicen los perjuicios causados por tal falla en el servicio.

El tema más álgido será definir qué responsabilidad eventual podría tener el contratante frente al contratista cuando esa “agrupadora” no realiza correctamente los aportes al sistema integral de seguridad social. En ese sentido lo primero que debe decirse es que el contratante tiene la obligación de verificar los pagos a seguridad social en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría independiente de su duración²⁴.

La ley 1393 del 2010 prevé en su artículo 26: la celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes al sistema de

²³ Constitución Política de Colombia. artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

²⁴ Concepto 12887 del 2015 Mayo 5 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales disponible en línea: http://www.tributar.com/wp-content/uploads/2015/06/concepto-12887-del-2015_verificacion-de-aportes-siempre.pdf

protección social, conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional. El Gobierno Nacional podrá adoptar mecanismos de retención para el cumplimiento de estas obligaciones, así como de devolución de saldos a favor”

En ese mismo sentido cabe anotar que la subdirectora de asuntos normativos —dirección jurídica— del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Concepto 966871 del 6 de julio del 2014 dijo: “(...), en la actualidad, independiente de la duración del contrato de prestación de servicios, el contratista estará en la obligación de cotizar a los precitados sistemas, según lo igualmente determinado en los artículos 1º (1) y 3º (2) del Decreto 510 del 2003. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 1393 del 2010, (3) previo que la celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la verificación por parte del contratante, de la afiliación y pago de los aportes al sistema de la protección social. Por lo expuesto, es claro que en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, el contratista deberá estar afiliado obligatoriamente a los sistemas generales de seguridad social en salud y pensiones y la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes, sea cual fuere la duración del contrato...”

Así pues, la ley trae unos incentivos a los contratantes para verificar el pago de los aportes a seguridad social de sus contratistas, mecanismo que permite generar una mejor cultura en cuanto a esos aportes que deben ser realizados. La pregunta lógica es ¿cuáles son las sanciones

o consecuencias jurídicas a las que se expone el contratante por no cumplir con la verificación y pago de la seguridad social?

En ese sentido el párrafo 2º del artículo 108 del estatuto tributario, adicionado por el artículo 27 de la Ley 1393 del 2010, establece: “Para efectos de la deducción por salarios de que trata el presente artículo se entenderá que tales aportes parafiscales deben efectuarse de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes. Igualmente, para la procedencia de la deducción por pagos a trabajadores independientes, el contratante deberá verificar la afiliación y el pago de las cotizaciones y aportes a la protección social que le corresponden al contratista según la ley, de acuerdo con el reglamento que se expida por el Gobierno Nacional. Lo anterior aplicará igualmente para el cumplimiento de la obligación de retener cuando esta proceda”

Lo anterior debe concordarse con el artículo 3º del Decreto 1070 del 2013, modificado por el artículo 9º del Decreto 3032 del 2013, que señala: “Contribuciones al sistema general de seguridad social. De acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1393 del 2010 y el artículo 108 del estatuto tributario, la disminución de la base de retención para las personas naturales residentes cuyos ingresos no provengan de una relación laboral, o legal y reglamentaria, por concepto de contribuciones al sistema general de seguridad social, pertenezcan o no a la categoría de empleados, estará condicionada a su liquidación y pago en lo relacionado con las sumas que son objeto del contrato, para lo cual se adjuntará a la respectiva factura o documento equivalente copia de la planilla o documento de pago. Para la procedencia de la deducción en el impuesto sobre la renta de los pagos realizados a las personas

mencionadas en el inciso anterior por concepto de contratos de prestación de servicios, el contratante deberá verificar que los aportes al sistema general de seguridad social estén realizados de acuerdo con los ingresos obtenidos en el contrato respectivo, en los términos del artículo 18 de la Ley 1122 del 2007, los decretos 1703 del 2002 y 510 del 2003, las demás normas vigentes sobre la materia, así como aquellas disposiciones que las adicionen, modifiquen o sustituyan.

En este orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 108 del estatuto tributario y en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1070 del 2013, para efectos de la disminución de la base de retención en la fuente y de la procedencia en la determinación del impuesto sobre la renta, de la deducción por pagos realizados en desarrollo de contratos de prestación de servicios, el contratante deberá verificar la afiliación y el pago de las cotizaciones y aportes al sistema general de seguridad social que le corresponden al contratista según la ley²⁵.

Al respecto, se pronunció la DIAN mediante el oficio 52431 del 28 de agosto del 2014. “En este contexto, la inexactitud en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios y/o en la declaración mensual de retenciones en la fuente, es sancionable de conformidad con lo preceptuado en el artículo 647 del estatuto tributario. Sanción por inexactitud. Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así

²⁵ Concepto 12887 del 2015 Mayo 5 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

como la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes, y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las oficinas de impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable. Igualmente, constituye inexactitud, el hecho de solicitar compensación o devolución, sobre sumas a favor que hubieren sido objeto de compensación o devolución anterior. La sanción por inexactitud será equivalente al ciento sesenta por ciento (160%) de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, según el caso, determinado en la liquidación oficial, y el declarado por el contribuyente o responsable.

De todo lo anterior puede concluirse que las consecuencias de no realizar la revisión de los aportes a seguridad social por parte del contratista son tributarias para el contratante y por ello debe velar porque las haga de conformidad con la normatividad vigente. En el caso en que el contratista independiente acuda a una agremiación o asociación para que realice por el los aportes el contratante deberá cuidarse de que la misma sea una entidad realmente autorizada por el ministerio y que realice los aportes de forma correcta para no pasar por inconvenientes con la DIAN.

Lo segundo que debe concluirse es que lo que si no hay, es una fuente legal para hacer responsable del pago a seguridad social del contratista al contratante pues su obligación consiste en verificar que los pagos a seguridad social se hayan hecho debidamente pero no por

ello responde solidariamente por su pago ya que el artículo 34 del C.S.T solo lo hace solidariamente responsable para efectos de salarios y de las prestaciones e indemnizaciones cuando no se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

Lo anterior se sustenta en que lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales, de tal manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.

Así lo explicó en la sentencia del 2 de junio de 2009, radicación 33082: “Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará solidaridad establecida en el artículo citado”.

En ese sentido no hay manera jurídica de hacer responder al contratante por el incumplimiento de las asociaciones y agremiaciones de sus obligaciones, las cuales son mecanismos legales y válidos y que en todo caso la única consecuencia desfavorable será de tipo tributaria. Por esto es que los contratistas deberán seguir las recomendaciones antes indicadas y evitarse contratiempos con su afiliación a seguridad social.

2.2 Contrato sindical:

El contrato sindical es una figura consagrada en el Código sustantivo del trabajo en su Artículo 482: DEFINICION. *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. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio de Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo.*

El Contrato Sindical es entonces una forma de contratación colectiva laboral en donde la prestación de un servicio o la ejecución de alguna obra se realizan por medio de los afiliados del sindicato. El sindicato de trabajadores no obra como empleador de sus propios afiliados, ya que estos se unen de manera libre para mejorar sus condiciones laborales y administran sus actividades de forma autogestionaria, en un plano de igualdad. Por lo tanto, no procede para

estos trabajadores la aplicación de las prestaciones sociales, salarios y demás prerrogativas consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo a favor del trabajador dependiente, sino lo que al respecto prevea el reglamento colectivo.

De acuerdo a la ley 1429 de 2010, el contrato sindical como un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo laboral, tiene las características de un contrato solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo.

Además de las cláusulas relativas a las condiciones específicas del objeto del contrato sindical y las circunstancias en que se desarrollará, este deberá indicar el valor total de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra, así como la cuantía de la caución que las partes deben constituir para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas y definir de común acuerdo las auditorías que consideren necesarias para verificar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas una vez suscrito el respectivo contrato.

El contrato sindical será suscrito por el representante legal del sindicato de acuerdo con lo establecido en la Ley o en sus estatutos y para todos los efectos legales, el representante legal de la organización sindical que suscriba el contrato sindical ejercerá la representación de los afiliados que participan en el Contrato Sindical.

Las organizaciones sindicales deberán elaborar un reglamento por cada contrato sindical, el cual contendrá al menos el tiempo mínimo de afiliación al sindicato para participar en la ejecución de un contrato sindical, el procedimiento para el nombramiento del coordinador o coordinadores en el desarrollo del contrato sindical, el procedimiento para seleccionar a los afiliados que van a participar en el desarrollo del contrato sindical, así como la forma de distribuir entre los afiliados partícipes el valor del trabajo del grupo, garantizando que este sea como mínimo equivalente y nunca inferior al salario mínimo legal mensual vigente, en proporción a la participación individual; las causales y procedimiento de retiro y de reemplazo de afiliados que participan en el desarrollo del contrato sindical entre otros.

Sin embargo no debe abusarse de esta figura, los contratos sindicales y las formas de intermediación laboral son figuras distintas, ya que en materia de derecho laboral colectivo se busca garantizar los derechos derivados de la asociación sindical, incluyendo el de celebrar contratos colectivos, pero esto no puede convertirse en una fachada para incumplir obligaciones propias de los contratos de trabajo a cargo del empleador y así lo ha dejado claro el Ministerio del Trabajo (Ministerio Del Trabajo, 2014), teniendo en cuenta la costumbre de algunos empleadores de suscribir contratos sindicales, con la intención de crear formas de intermediación laboral, en torno a la prestación de un servicio o la realización de una obra. En estos casos cobra total importancia la figura de los contratos realidad para evitar abusos del derecho y la jurisprudencia (Cfr. Sentencia C-171 del 2012) ha venido reiterando la protección del derecho al trabajo en todas sus modalidades, poniendo énfasis en la estabilidad laboral y

llamando la atención en no abusar de algunas formas de vinculación, como el contrato de prestación de servicios y el contrato sindical (Ámbito Jurídico, 2014, párr. 5).

2.3 Cooperativas asociadas de trabajo.

Según la ley 1233 de 2008, las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, enmarcadas dentro del sector solidario de la economía, las cuales se encargan de asociar personas naturales para que estas simultáneamente actúen como gestoras y contribuyentes económicamente a la cooperativa. Es decir, son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

En Colombia, la actividad de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado están estrechamente restringidas, pues se ha logrado establecer que algunas de estas, utilizaron la figura para asociarse y abusar de la contratación de personal sin respetar las normas laborales, cuando de fondo se tenían relaciones de empleador-empleado. Es por esto, que la normatividad aplicable a esta figura es extensa, expresa y detallada; así como la jurisprudencia, y la ignorancia de esta acarrea cuantiosas sanciones. La regulación principal de las CAT y PAT se encuentra en la Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008, la Ley 1429 de 2010, el Decreto 2025 de 2011.

En cuanto al vínculo existente entre la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones, lo que quiere decir que principalmente, sus relaciones están regidas por el pacto cooperativo en cuanto este no desconozca la normatividad vigente, el cual es una muestra clara de la autonomía de la voluntad privada, con unos límites legales.

Es pertinente entonces mencionar, que si las Cooperativas de Trabajo Asociado no se rigen por las disposiciones laborales, la relación entre estas y el trabajador asociado no es la habitual relación empleador – empleado sino un vínculo de naturaleza cooperativa y solidaria, que tiene sentido cuando las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libremente para realizar actividades o labores físicas, materiales, intelectuales o científicas que les permitan producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios que logren satisfacer las necesidades de sus asociados y son los mismos trabajadores quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización (Ministerio de Trabajo, 2015, parr. 5).

Se desprende entonces necesariamente de la inexistencia de una relación laboral entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y el trabajador asociado, que el asociado no tiene el derecho a devengar salario, en el sentido estricto de la palabra, sino a devengar compensaciones según se hayan acordado en régimen de compensaciones de la Cooperativa y sus propios estatutos, como se ha establecido en el artículo 25 del Decreto 4588 de 2006: Las compensaciones son

todas las sumas de dinero que recibe el asociado, pactadas como tales, por la ejecución de su actividad material o inmaterial, las cuales no constituyen salario.

Ahora bien, aun cuando las disposiciones legales permiten acordar lo relativo a las compensaciones ordinarias y extraordinarias, el monto de la compensación ordinaria mensual, como lo dicta el Artículo 3 de la Ley 1233 de 2008, no podrá en ningún caso estar pactada por un monto inferior al salario mínimo legal vigente, salvo que la actividad se realice en tiempos inferiores, en cuyo caso será proporcional a la labor desempeñada, a la cantidad y a la calidad, según se establezca en el correspondiente régimen interno. En cuanto a los aportes al sistema de Seguridad Social, a los asociados les son aplicables las disposiciones vigentes sobre el tema para los trabajadores independientes, teniendo como ingreso base las compensaciones ordinarias y extraordinarias con la proporción establecida para los trabajadores independientes.

En cuanto a las contribuciones parafiscales, según el Artículo 2° de la Ley 1233 de 2008 la Cooperativa de Trabajo Asociado tiene a su cargo el pago de las contribuciones especiales a favor del SENA y el ICBF.

Es claro entonces hasta acá, que la legislación vigente aplicable a las cooperativas y precooperativas asociadas de trabajo reconoce por un lado la libertad asociativa de las personas, así como los derechos y deberes que estos tienen de asociarse, con el fin que consideren pertinente; y en estos casos concretamente, se puedan enmarcar dentro de las

economías solidarias. Pero es innegable desde la misma perspectiva, que el legislador teme facultar a estas entidades para que desarrollen sus actividades con libertad absoluta: esto, debido a que fácilmente podrían usarse para evadir responsabilidades laborales en relaciones que realmente tengan esta naturaleza, haciendo uso de la intermediación laboral. Es en este sentido que el Decreto 4588 de 2006, Artículo 17°, expresamente señaló la prohibición para la Cooperativa de Trabajo Asociado de actuar como empresa de intermediación laboral o como Empresa de Servicios Temporales para el envío de trabajadores que atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio, sentido que cambió en muchos casos las prácticas habituales que solían darle las cooperativas asociadas de trabajo a sus asociados y demás contratados, función con la que se faculta restrictivamente a las Empresas de Servicios temporales.

Posteriormente, dicha prohibición fue reiterada por el Artículo 7 de la Ley 1233 de 2008, en el sentido que ninguna CTA puede actuar como empresa de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.

Del mismo modo, se reitera en el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, refiriéndose a la contratación de personal a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, la prohibición de vincular trabajadores a través de CAT que realicen intermediación (propia de las E.S.T) para el desarrollo de actividades misionales permanentes, de la misma forma que el Decreto reglamentario 2025 de junio 8 de 2011 estableció lo siguiente:

ARTICULO 1.

Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia de la Economía Solidaria y las demás Superintendencias de acuerdo con la actividad ejercida por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado (Superintendencia Nacional de Salud y Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada), el Ministerio del Trabajo está igualmente facultado para efectuar la inspección y vigilancia sobre la regulación y condiciones de trabajo desarrollado por los asociados, según lo establece el Artículo 33 del Decreto 4588 de 2006.

2.4 Empresas de servicios temporales E.S.T.

Las empresas de servicios temporales en Colombia, son aquellas expresamente facultadas para contratar mediante vínculo laboral a personas naturales, para ofrecer como prestación de servicios a otras empresas las labores desarrolladas por estos; en otras palabras son quienes teóricamente desarrollan las actividades denominadas como outsourcing de trabajadores, si se acepta esta como una modalidad de tercerización. El factor más relevante frente a esta figura, es sin duda la temporalidad que la caracteriza, pues nace como una respuesta al mercado con la necesidad de actuar de inmediato ante la falta eventual de un trabajador que cubra una necesidad vital para el desarrollo de la actividad de la empresa y debe ser reemplazado o cubierto temporalmente pero de forma inmediata para evitar cualquier riesgo de pérdida de oportunidad.

Las empresas de servicios temporales en Colombia fueron reguladas legalmente mediante la Ley 50 de 1990, pues a pesar de que las actividades realizadas por estas tenían ya una trayectoria histórica de la mano de la industrialización del país, fueron siempre difusas, en muchos casos con intereses del empleador ocultos bajo esta figura e incluso comúnmente confundidas con las actividades realizadas por las agencias colocadoras de empleo²⁶.

A partir de esta ley, la normatividad en relación con las EST es extensa y ante todo proteccionista, pues es ampliamente deducible que con el abuso de esta figura podrían

²⁶ Al respecto puede verse una exposición magistral sobre lo que son las E.S.T en Sentencia de la C.S.J del 24 de abril de 1997 con radicación 9435 y ponencia de Francisco Escobar Henríquez. Así mismo las diferencias entre las E.S.T, los contratistas independientes y las C.T.A.

desconocerse derechos laborales. Por un lado, están los Decretos Reglamentarios 1707 de julio de 1991, 024 de enero de 1998 y el 503 de marzo de 1998 mediante los cuales se logró principalmente definir el alcance del término temporalidad, usado recurrentemente en la Ley, para dejar claro que este se refiere al contrato celebrado entre la EST y la empresa usuaria del servicio y no a la relación laboral derivada de esta práctica, que necesariamente surge entre la EST y el trabajador. Luego, Mediante el Decreto 4369 de diciembre de 2006, se actualizó la normatividad existente, para adecuarla con criterios de Protección Socio-Laboral, flexibilización de mercado de trabajo y competencias del Ministerio del Trabajo frente al tema, principalmente en los siguientes aspectos (Ministerio de la Protección Social, 2008):

- **Se establecen normas sobre la razón social que impide la utilización nombres que se confundan con otros ya existentes**, para evitar vicios en la contratación con las EST que afecten la correcta determinación de la empresa con la que se contrata el servicio de envío de trabajadores en misión.
- **Incluye normas sobre los trabajadores de planta y en misión:** Se define a los trabajadores de planta como los que desarrollan sus funciones para la EST y con el fin de que esta cumpla con sus procesos internos, mientras que los trabajadores en misión serán los que tienen un vínculo laboral con esta, pero prestan el servicio en la empresa usuaria. Sobre estos últimos, se resalta su derecho a obtener un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, incluso aplicando las escalas de antigüedad en la empresa. También tienen derecho a los beneficios que el usuario brinde a sus trabajadores en cuanto a transporte, alimentación, salud y recreación.

- **Indica los casos en los cuales se puede contratar con otras empresas de esta naturaleza;** posibilidad que se limita a los siguientes tres casos puntuales:
 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo es decir aquellas inferiores a un mes.
 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. En este punto hay que ser enfáticos en que la naturaleza de la figura es que sea temporal y para cubrir esas necesidades taxativamente señaladas por la ley y cualquier desconocimiento de las normas legales y su finalidad hará responsable a la empresa usuaria del trabajador en misión. En ese sentido no puede utilizarse esta figura por ejemplo para disfrazar un periodo de prueba de 6 meses prorrogable por otros 6 meses excediendo claramente el límite legal y desconociendo los derechos prestacionales de los trabajadores.

- **Establece requisitos para obtener la autorización de funcionamiento por parte del Ministerio de la Protección Social:** Entre estos requisitos, además de solicitar que se demuestren calidades de quien constituye la empresa, se requiere acreditar la constitución de una póliza de garantía para asegurar el pago de los salarios y

prestaciones sociales de los trabajadores en misión, la actividad que se realizará y la remisión constante de datos de la empresa de servicios temporales al ministerio para mantener el control sobre estos.

- **Estipula las obligaciones de estas empresas, entre otras.**
- **Prohíbe expresamente que las Cooperativas de Trabajo Asociado utilicen la figura de EST para hacer intermediación laboral.**

CAPITULO 3. EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY 1429 DE 2010: EL CONCEPTO DE *CORE BUSINESS*, GIRO ORDINARIO, ACTIVIDAD MISIONAL PERMANENTE.

En aras de combatir las prácticas de intermediación laboral que estaban haciendo las cooperativas asociadas de trabajo la ley 1429 de 2011 estableció en su 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*²⁷. (Cursivas propias)

²⁷ La Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de la norma estableció que lo que el legislador buscó fue llevar a prohibición legal “ lo que la jurisprudencia de las altas cortes ha venido reiterando en relación con la primacía del contrato realidad, al señalar que ni los entes públicos ni las personas privadas pueden encubrir las relaciones laborales caracterizadas por subordinación, a través de distintas modalidades de contratación (...)”. Sentencia C-690 de 2011 M.P Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

Como podemos ver la ley no se limitó a decir que no se podría hacer intermediación laboral por parte de las cooperativas sino que incluyó dentro de la prohibición acudir cualquier otra modalidad de vinculación que afecte los derechos laborales, constitucionales y legales.

Posteriormente el Decreto 2025 de 2011 estableció que para efectos de este artículo cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión (Artículo 1 ley 1429 de 2010) para prestar servicios a empresas o instituciones. Hay que decir que esta actividad es propia de las E.S.T según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado (ni para ninguna persona independientemente de su denominación si no es una E.S.T).

Para los mismos efectos, dice el decreto que se entiende por actividad misional permanente aquellas **actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa** (negritas, cursivas y subrayas propias).

Así mismo dijo la ley que en el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente sería cualquiera que esta desarrolle.

En caso de incumplir estas disposiciones el Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, quedó con la facultad de imponer multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas y así mismo estableció que las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la ley serían objeto de disolución y liquidación.

Así pues el Congreso llevó a norma legal la prohibición de realizar intermediación laboral mediante las CTA y las PCTA y cualquier otra modalidad que viole derechos laborales, algo que tiene todo el sentido del mundo pues esa no es su naturaleza y por tanto al hacerlo siempre estará eludiendo derechos laborales y no estará actuando según sus facultades. Sin embargo el problema radica en que lo que dijo la ley en sus primeras expresión era que no se podían utilizar esas figuras para realizar *actividades misionales permanentes* lo que creo un inconveniente grande al no conocer qué significa actividad misional permanente.

Para buscar corregir este defecto el decreto 2025 ya mencionado estableció que actividad misional permanente se entendería como las actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa; lo cual constituye un argumento circular en el sentido en que igualmente para saber cuáles son las actividades directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos la respuesta será aquellos que están dentro de la actividad misional lo que en nada contribuye a la definición del concepto ni a una aplicación correcta de la norma.

Expertos consultores e investigadores académicos en Management no han trabajado directamente la noción de misión o actividades misionales, la cual se limita al lenguaje propiamente de la gestión, o planeación estratégica pero si se han encargado de tratar el tema del *core business* o giro ordinario de las empresas y lo suelen hacer en relación con el outsourcing, debido a que la naturaleza de los fenómenos se contraponen y lo que no es del *core business* se corresponde con las actividades que son por su naturaleza tercerizables.

El enfoque de la lógica del *Core Business* domina hoy en día: según este razonamiento y tal cual se planteó en el primer capítulo del presente trabajo la empresa debe concentrar sus recursos en las competencias y actividades que la vuelven más competitiva, y deshacerse de las demás actividades. En ese sentido el *core business* sería el componente esencial de las actividades de las empresas que tendería a depurarse y volverse el único elemento de la empresa luego de finalizados los procesos de tercerización del *non core business*. En otras palabras según esta visión, todas las actividades de la empresa son tercerizables, menos aquellas absolutamente estratégicas, y sin las cuales la empresa perdería su identidad o incluso su razón de existencia.

Hasta aquí el panorama teórico está muy claro y desde el punto de vista económico solo debería tercerizarse lo que no pertenezca al *core business*. Sin embargo el problema que subyace es que éste concepto de *Core Business* o actividades misionales permanentes es un concepto vago, difícil de desglosar, de aplicar a la realidad, y que plantea según algunos la

necesidad de definición (Osorio & Puig, 2014, p. 10) sobre lo que hace parte del *core business* y lo que no, con unos criterios que tengan validez universal²⁸.

La naturaleza de esta figura, puede decirse que es *inestable, relativa y subjetiva*: **inestable**, porque el *Core Business* de las empresas evoluciona o cambia radicalmente con el tiempo (Osorio & Puig, 2014, p. 29), más aun cuando hay figuras como las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S) a las cuales se les permite tener un objeto indeterminado²⁹; **relativo**, porque lo que no es para una empresa su actividad central o actividad misional permanente si lo es para otra y lo que alguna vez lo fue, ya pudo dejarlo de ser, por la naturaleza de la economía que muta de acuerdo a la realidad del mercado; por último es una noción **subjetiva**, porque una noción *propriadamente gerencial*, es una decisión que sólo las mismas empresas han de determinar, y eso que a veces en una misma entidad sus propios dirigentes divergen en identificar cuáles son las actividades del giro de la misma (Osorio & Puig, 2014, p. 29).

Sobre el tema:

Para la ANDI, el concepto de actividad misional permanente ha creado inseguridad jurídica y confusión; esto porque el uso indebido de la tercerización debe ser censurado en toda actividad, sea misional permanente o no. De igual manera, el uso adecuado de las diferentes formas de

²⁸ Vale aclarar desde el presente momento que para nosotros esto es un esfuerzo inútil en el sector privado y en todo caso inconveniente por la naturaleza cambiante de la economía y la naturaleza misma de la noción de *core business* que ya hemos establecido tiene carácter de inestable, relativa y subjetiva.

²⁹ En ese mismo sentido en este momento se presenta un proyecto de ley por parte de la superintendencia para permitirlo también para las otras sociedades del código de comercio.

contratación, sean o no directas, debe ser admitido en toda actividad, sea misional permanente o no. Consideramos que nuestra legislación regula de manera suficiente y adecuada las formas de tercerización laboral. Con o sin el concepto de actividad misional permanente, bien pueden sancionarse las prácticas abusivas, por medio de la figura del contrato realidad, la cual privilegia la real forma como se desarrolla y aplica el trabajo, más que la modalidad jurídica como en apariencia se presenta el vínculo laboral (ANDI, 2015, p 81).

Históricamente, las actividades que se han tercerizado no han sufrido el mismo proceso todas al tiempo; en primer lugar en los años 80 se empezó a tercerizar los *servicios generales* de forma masiva, luego, a mitad de la misma década se comenzó con la producción y la infraestructura informática; posteriormente en los 90 las telecomunicaciones; y en la última etapa, después de 1995 comenzó a tercerizarse funciones financieras, recursos humanos y otras muchas actividades de soporte. En cuanto a las diferencias entre la tercerización contemporánea y la subcontratación tradicional, la diferencia está en que ya se entrega a terceros, no sólo la ejecución de actividades simples o aisladas, sino la responsabilidad casi total sobre uno o varios procesos, lo que se conoce como Business Process Outsourcing (BOP) cuando son funciones de soporte, o la responsabilidad total por un producto conocida como Full Packet.

El criterio para saber cuándo hay una función más o menos cercana al giro ordinario del negocio, del *core business* (Desde un punto de vista técnico-no jurídico), se define en función de la contribución sostenida que tiene una actividad a la competitividad de la firma y al valor agregado que da a sus productos o servicios; así mismo a la capacidad que tiene el proceso o la función de ser un diferenciador en el mercado.

A continuación, trataremos de recordar una división, cuando menos aceptable, del tipo de actividades o funciones que pueden tercerizarse según sus características.

Funciones de soporte básico o servicios generales: Estas son las que incluyen por ejemplo servicios de alimentación, gestión de locales, mantenimiento o gestión de bienes raíces, gestión documental o mensajería, servicios de recepción o secretariado, etc. Se les considera las actividades menos estratégicas y como hemos dicho fueron las primeras en empezar a ser subcontratadas y actualmente las más tercerizada. Hoy en día en vez de subcontratar como era costumbre con diferentes proveedores la limpieza, la seguridad, la alimentación, etc. se busca confiar a un mismo tercero la gestión de tales funciones de la empresa con todos sus servicios, lo que se denomina *Facility Management*.

Funciones de soporte estratégico: en segundo lugar encontramos una categoría que tiene un catálogo amplio de funciones de diferentes naturalezas y donde cada una puede subdividirse en otras más. Estas funciones son calificadas y complejas por sus contenidos tecnológicos y las

competencias que se necesitan para que sea un servicio adecuado. Por ejemplo podemos pensar en la distribución, logística y transporte de productos; todos los servicios Informáticos y de telecomunicaciones; la administración de recursos humanos tanto en procesos de selección, nómina y demás, o también comúnmente en funciones de Mercadeo o comunicación. Son estratégicas pues claramente afectan de manera directa la operación de la empresa y en cierto sentido sí contribuyen significativamente a la creación de valor agregado de la firma. Estas actividades a diferencia de las de servicios generales sí tienen cercanía con el core business, pero no lo integran del todo. Las empresas acuden a subcontratarlas pero lo hacen bajo un marco de garantías contractuales que les permita centrarse en su core business pero que no lo desliguen del todo ya que afectaría de manera importante sus operaciones.

Los expertos plantean que estas funciones son las que más recientemente se han vuelto objeto de tercerización a partir de la década de los 90, y especialmente después de mediados de la misma. Al igual que en las funciones de soporte anteriormente estas funciones se subcontrataban por separado: por ejemplo el bodegaje, la preparación de pedidos y su transporte pero hoy en día se pasa a subcontratar con una empresa todo el servicio de logística tanto de operaciones físicas, optimización del nivel de las existencias, reducción de los plazos de pago y todo lo que tenga que ver con las operaciones logísticas.

Funciones productivas no estratégicas: en tercer lugar encontramos ciertas funciones que hacen parte de la elaboración de productos o servicios de las empresas o que tienen una relación con estos. Sin embargo, según esta distinción, a pesar de hacer parte de la producción

no se consideran estratégicas pues según el criterio general, aportan relativamente menos al valor agregado de los productos, o a la competitividad de la empresa y no tienen un carácter diferenciador en el mercado.

Cuando se habla de bienes físicos, el concepto utilizado es el de *segmentación de la producción* como una de las caras del fenómeno de la subcontratación de productos, a la cual se hizo referencia en los primeros momentos del presente escrito. Esta clasificación a su vez admitido una subdivisión en grados, donde en la escala más baja están los productos menos estratégicos, que son componentes relativamente estandarizados, o que requieren competencias o capacidades no complejas o escasas en el mercado y por ende dan lugar a relaciones de coordinación menos fuertes entre contratantes y contratistas. Cuando no solo se terceriza los elementos menos estratégicos sino que se pasa a un full packet, donde ya se hace una fabricación total de un producto de acuerdo a un diseño entregado por el contratante se pasa a una *producción estratégica*, que es lo que tiende a pasar en la actualidad. Sin embargo no necesariamente estamos hablando de que se esté subcontratando es el *core business* debido como hemos planteado al carácter subjetivo de esta noción, pues la empresa ha podido decidir que esa no sea su actividad predominante pues no genera mayor valor agregado, competitividad o diferenciación en el mercado.

Funciones productivas estratégicas: este último grupo está compuesto por las actividades que a diferencia de las anteriores sí son muy incidentes en la diferenciación del producto final, dándole valor agregado y competitividad sostenida a la empresa. A pesar de esta afirmación,

desde el punto de vista económico y conceptual (no jurídico) por distintas y variables razones las empresas las pueden tercerización, pero bajo condiciones contractuales y de coordinación que les permitan reducir los riesgos de independencia total del contratista.

Estas actividades suponen una capacidad de concepción altamente específica, que deben tener los subcontratistas, quienes como aliados estratégicos diseñan en conjunto con el contratante el producto o parte del mismo. Los análisis acerca de funciones productivas estratégicas y su tercerización se encuentran predominantemente en el fenómeno denominado “*producción compleja*”, cuyo ejemplo por antonomasia es la aeronáutica. En este fenómeno una misma empresa terceriza a la vez componentes estratégicos y no estratégicos; lo anterior es una decisión que depende de las diferentes complejidades tecnológicas de los mismos, los costos que tienen entre otros factores.

Como hemos dicho a lo largo del presente escrito en la aeronáutica se encuentra el caso paradigmático de la tercerización de funciones; digamos que un 70% del costo de construcción de Airbus corresponde a funciones tercerizadas, la mayoría de ellas del tipo estratégico como los sistemas hidráulicos, trenes de aterrizaje, electrónica de a bordo, etc. donde es claro que hay un alto grado de componente estratégico en esas actividades y no por ello será su core business pues nuevamente repetimos es una noción subjetiva que depende de una decisión económica interna. Hoy en día cada vez más, las nuevas empresas que se crean se enmarcan en la lógica del core business y tienden a nacer delgadas, con un core business que se limita a su esencia

estratégica, y con un marco de funcionamiento que ya no asume funciones de soporte o de apoyo como propias de la empresa.

Hasta aquí nótese que hemos hablado desde el punto de vista económico sobre el problema del *core del negocio* o las actividades del giro ordinario, lo cual no tiene ninguna restricción salvo la necesidad de relaciones fuertes de coordinación para evitar perder el control de procesos esenciales en una organización. Sin embargo la mencionada prohibición normativa que trae la ley 1429 en su artículo 63 nos obliga a preguntarnos, qué análisis han hecho los operadores jurídicos para determinar el carácter de misional permanente de las labores de una entidad o si simplemente el análisis consiste en el estudio de la existencia de una relación laboral, el fenómeno de la solidaridad o de la unidad de empresa.

Antes de comenzar con estos supuestos criterios que los operadores jurídicos han deslizado para establecer cuando nos encontramos con un proceso que hace parte de la actividad misional permanente hay que decir que del análisis que se extrae de los mismos, se muestra que necesariamente tienen un carácter de interdependencia y una estrecha relación cuando se aplican a los casos concretos y dicen quienes defienden estos criterios que “a la hora de analizar un caso será más prometedora la conjugación de varios de los parámetros (...) para fundamentar la calificación de una actividad como misional o permanente” (OSORIO & PUIG, 2014). Así pues cuando se analiza un caso concreto es necesario para el juez o el operador jurídico realizar un esfuerzo mental complejo y ponderar los varios de los parámetros que analizaremos para fundamentar la calificación de una actividad como misional o permanente.

Si bien el concepto de “función misional permanente” decantado por la Corte Constitucional obedeció en su momento específicamente al sector público, los indicadores formulados en la sentencia C-614 de 2009 para algunos autores como Puig Farras, estos permiten realizar una interpretación analógica para la aplicación en el sector privado, posición la cual no acogemos pues el sector público está irradiado por el principio de estricta legalidad donde todo aquello que no está permitido está prohibido y por tanto el régimen de contratación o vinculación al servicio público está expresamente regulado por la ley, mientras tanto el sector privado parte del principio de libertad y toma decisiones según éste, por ende la lógica necesariamente es distinta.

En la sentencia C-614 de 2009, la Corte Constitucional realiza examen de constitucionalidad del inciso 4º del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, en el que se consagra la prohibición de la celebración de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, caso en el cual debe procederse a crear los cargos correspondientes³⁰. Después de pronunciarse acerca de la protección constitucional de la vinculación laboral con el Estado, la Corte señala el carácter de excepcional de la modalidad del contrato de prestación de servicios, y reitera que estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades *no puedan realizarse con personal de planta o que requieran conocimientos especializados*.

³⁰ Esta regla jurídica había sido reiterada en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, según el cual “En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”

Es importante tener en cuenta que este tipo de contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales, aunque esta presunción quedaría desvirtuada de quedar demostrada la existencia de los elementos esenciales de una relación laboral, caso en el cual deberá realizarse el pago de tales rubros en virtud del principio de primacía de la realidad sobre la forma. De hecho, la Corte (Cfr. Sentencias C-154 de 1997, C-056 de 1993, C-094 de 2003, C-037 de 2003, T-214 de 2005) ha sido reiterativa en señalar que la distorsión de las relaciones laborales cuando aparecen bajo la forma de contratos de prestación de servicios, implican el desconocimiento del régimen de presupuestal y de contratación estatal, así como de las disposiciones constitucionales referidas a la función pública, pues

de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (art. 124)³¹

³¹ Lo que refuerza nuestro argumento de que la lógica en el sector público obedece a la naturaleza del principio de estricta legalidad. Son estos principios que no están en el sector privados los que fundamentan la diferencia con el tratamiento jurídico que ha de tener el sector público.

Explica entonces la Corte Constitucional que existirá una relación contractual y no laboral cuando: “i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados”³², esto es, que se trate de labores ocasionales, extraordinarias o que excedan su capacidad funcional.

Partiendo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional cuando han analizado la existencia de una relación laboral por factores como la subordinación, la utilización ilegal de la figura de las E.S.T, el fenómeno de la solidaridad o han analizado la declaración de unidad de empresa³³ autores como los mencionados Julio Puig Farras y Viviana Osorio han decantado los siguientes indicadores para determinar si una función es misional o permanente en el caso del sector público y han afirmado que pueden tener aplicabilidad en el sector privado (Osorio & Puig, 2014, Pp 125-128).

El primer grupo de criterios gira en torno a la relación directa que pueda existir entre las CTA, E.S.T o cualquier otra modalidad y los beneficiarios de las obras o servicios.

³² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³³ Desde este primer momento nótese que se confunden equivocadamente dos temas que desde el punto de vista conceptual son totalmente diferentes, uno es las consecuencias jurídicas que derivan de ciertas prácticas y otra diferente es establecer cuales actividades están directamente relacionadas

Indicador funcional

Según este criterio si la función o actividad consta como propia de la entidad pública en el reglamento, la ley o la constitución, o en la plataforma corporativa (En este caso también de una entidad privada), esta es misional permanente. Esto se corresponde para el sector público con lo denominado por la Corte Constitucional como indicador funcional en la Sentencia C-614 de 2009, respecto del cual señala que si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado Colombia, en la sección segunda, radicado 0370-2003 de la sentencia del 21 de agosto de 2003. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009.al expresar que:...

No puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes

Veamos pues como la Corte y el Consejo de Estado están mostrando el argumento jurídico claro de por qué las entidades públicas sometidas al régimen del servicio público no pueden tercerizar funciones propias y es porque son funciones de estricto marco legal, lo que es funcional, es igualmente lo que debe ser permanente, esa es la razón de ser de la entidad pública y está limitada a lo que la constitución o norma de creación establezca, lo que no sucede en el sector privado por lo cual no puede aplicarse analógicamente.

En un caso en el que el Consejo de Estado se pronunció acerca de la existencia de contrato realidad entre la/el trabajador y un establecimiento público como beneficiario del servicio en una relación triangular, determinó que la triangulación aparente tuvo por objetivo relevar al ente territorial de su carácter de empleador, puesto que el establecimiento público, un Fondo de Semaforización y Apoyo de Tránsito Municipal, se creó para cumplir no una finalidad esporádica o eventual sino todo lo contrario, tenía por misión una función pública de carácter permanente, y para demostrar que en el actor recaían responsabilidades directas en el logro de los objetivos y finalidades para los cuales fue creado el referido Fondo, se valió de la misión y los objetivos yacentes en la ordenanza municipal a través del cual tal organismo fue creado. Por este motivo, no podían ser materia de contratación a través de la modalidad de empresas de servicios temporales y de prestación de servicios (Osorio & Puig, 2014, p.69).

Según este criterio para algunos, podría decirse que en relación a las entidades privadas, si la actividad de que se trate está contenida en la plataforma corporativa del beneficiario de la misma, esto es, en su misión, visión u objetivos corporativos, se trata de una actividad misional permanente, en la medida en que su contenido determina el esencial hacer de la empresa.

La anterior analogía es claramente inapropiada en primer lugar porque en el sector público tanto lo que está en la norma de creación como su página corporativa debe ser igual³⁴ mientras que en sector privado, el principio de la realidad sobre las formas debe prevalecer, y ¿si en la página corporativa de la entidad no está lo que realmente realiza? Al responder esta pregunta se llegaría al absurdo con este criterio de que no se trata de actividad misional y a contrario si está declarado en la misma pero no se ejerce por lo cambiante de la economía ¿implica pensar que igual es una actividad directamente relacionada con el producto o servicio? Así mismo ¿qué pasa entonces si es una de aquellas instituciones que no cuenta con página corporativa? No se puede dejar de lado tampoco que la misión de la entidad puede cumplirse acudiendo a terceros también.

Indicador de igualdad

Según este criterio si una actividad tercerizada es desarrollada, en sus mismas características, por empleados directamente vinculados con el ente público o privado, esa actividad es una función misional permanente.

³⁴ Lo anterior no obsta para que en caso en que un supuesto contratista del Estado cumpla los 3 requisitos de una relación laboral reclame a la entidad correspondiente el pago de los derechos a que haya lugar.

Esta circunstancia es la denominada como indicador de igualdad por la Corte Constitucional en su sentencia C-614 de 2009 y plantea que si en cumplimiento de los tres elementos de la relación laboral (prestación personal del servicio, subordinación y salario), se desarrollan las mismas labores que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad, “debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública” y se trata de una función misional permanente.

Este indicador es impreciso pues mezcla dos conceptos diferentes: en primer lugar si se habla de que una persona presta un servicio de manera personal en condiciones de subordinación y retribuida por un salario ya sea para una entidad pública o privada no hay siquiera que dudar que hay lugar a un contrato de trabajo y no a un régimen de contratación pública por la misma naturaleza de la relación, cosa diferente es que eso implique que aquello tenga que ver directamente con el servicio o producto característico del ente lo cual necesariamente debe mirarse en el sector público en su acto de creación y en el privado de acuerdo al concepto de core business ya acotado durante este trabajo.

En un caso en el que el Consejo de Estado en la sección segunda, sentencia del 18 de Mayo de 2006, se pronunció acerca de la obligación de la entidad pública de crear los cargos cuando estos tienen vocación de permanencia en desarrollo de la misión de la entidad, expresó respecto de la igualdad que “[era] notoria la inequidad en el trato, pues aun existiendo la necesidad de crear el cargo en la planta de personal se mantuvo persistente la vinculación contractual. Lo

anterior, se deduce en razón a la inherente labor cumplida por la entidad en relación con la ejecutada por la actora³⁵»

En este criterio es plausible en tanto lo que busca protegerse es el derecho a la igualdad y en ese sentido, es fundamental determinar cómo la función desarrollada por el trabajador supuestamente externo se corresponde con la desempeñada por los empleados de planta, para lo cual resulta indispensable realizar un cotejo de los manuales de funciones de los primeros, con las obligaciones contenidas en los contratos de carácter civil o comercial. Sin embargo aunque es plausible desde ese punto de vista debe entenderse que puede que ambos sujetos a comparar realicen el mismo cargo pero bajo condiciones distintas; piénsese en una entidad privada que decide tener un abogado interno para atender los asuntos legales de la compañía el cual cumple horarios, es subordinado, acata reglamentos, se somete al poder disciplinario de su empleador y demás y por el otro lado la compañía tiene un abogado externo que realiza exactamente las mismas funciones que el abogado interno en temas de asesoría y así está establecido en el contrato pero este lo hace de manera independiente donde decide por sí mismo las condiciones de tiempo, modo y lugar por tanto no pueden igualarse.

Indicador temporal o de la habitualidad

³⁵ Nótese que también se mezcla el criterio de la igualdad con el de funcionalidad, lo cual únicamente tiene cabida como hemos dicho en el sector público. Esto es obvio pues si el supuesto contratista de entidad pública realiza las mismas funciones que uno de planta (que son los definidos por la ley o el reglamento) y no cumple los requisitos específicos para acudir a la contratación estatal deberá ser vinculado mediante contrato laboral.

Según este criterio si la actividad es requerida de manera continua o habitual por el ente público o privado, es de carácter misional permanente. Así pues, dice la Corte, que en oposición a las características de temporalidad y transitoriedad que expresan el sentido y alcance de la tercerización de labores, la naturaleza habitual de una actividad dice de su carácter de misional permanente.

Lo señalado por esta Corte en la ya mencionada sentencia C-614 de 2009 incluye aspectos que darían cuenta de la existencia de una verdadera relación laboral por oposición a una mera relación ocasional o esporádica debido al ánimo de la administración de emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona entre los cuales está el cumplimiento de un horario de trabajo y la realización frecuente de labor, expresiones de constancia y cotidianidad, y la suscripción sucesiva de órdenes por parte del empleador.

Para ejemplificar, una sentencia del Consejo de Estado mostró la aplicación de este indicador cuando diciendo que como “[...] se suscribieron con el demandante ocho órdenes de trabajo entre el 10 de abril de 1995 y el 06 de abril de 1997, lo que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo sus servicios, [...]no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, sino de una verdadera relación de trabajo, que por ello requirió de la continuidad que ha sido destacada, lo cual se constituye en una prueba [de] una relación de tipo laboral”. En cuanto a la suscripción sucesiva de órdenes por parte del empleador, el Consejo de Estado sección segunda. Sentencia del 17 de abril de 2008, radicado 2776-05, ha expresado que cuando ello se presenta en contratos de

prestación de servicios, *siendo actividades propias del personal de planta* y que no requieren conocimientos especializados “[...] impone al servidor una relación no convenida y lo induce a la firma de tales órdenes y contratos, [...] constituyendo “nóminas paralelas” con la diferencia de que a quienes las conforman les despoja de todo derecho surgido de tal relación. Además, los derechos mínimos reconocidos en las normas laborales son irrenunciables”.

Nótese nuevamente la confusión en que incurren los autores al establecer que por el tiempo de duración de la actividad este hace parte del giro ordinario o actividad misional permanente de una entidad; este criterio por sí solo no permite plantear tal afirmación y lo mezclan nuevamente con el de funcionalidad y de igualdad lo que nuevamente reiteramos solo tiene aplicación al sector público.

Piénsese nuevamente en el abogado externo el cual ha prestado sus servicios por 20 años mediante enésimas órdenes de compra y no por ello podrá predicarse ni la calidad de trabajador de la compañía y mucho menos que se trata de una actividad directamente relacionada con el bien o servicio característico de la entidad. Así mismo recordemos la noción de sociedad acuñada en el primer capítulo según la cual para que un acuerdo de outsourcing sea verdaderamente eficiente y estratégico debe perdurar en el tiempo y no tiene sentido hacer un juicio valorativo negativo por esta situación.

Indicador de la excepcionalidad

Según este criterio, si la actividad tercerizada no es nueva o de carácter excepcional para la entidad pública o privada, es misional o permanente.

Para la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009 en el sector público, solo puede acudirse a tercerizar en las circunstancias en las que una tarea “no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública”. En ese sentido, si una labor corresponde al giro normal de los negocios, tal debe corresponder a una relación laboral.

Esa posición es compartida por Consejo de Estado sección segunda de la sentencia del 21 de febrero de 2002, radicado 3530, que defiende también que sólo puede acudirse a la contratación pública bajo circunstancias en las cuales la tarea a desarrollar corresponde a “actividades nuevas”, las cuales no puedan ser realizadas por el personal de planta o resultarían en excesivo recargo laboral o de manera transitoria resultare necesario redistribuir, así como aquellas que requieran conocimientos especializados.

El fundamento jurídico aparte de los principios constitucionales sobre la función pública se encuentra en el artículo 1 del decreto ley 3074 de 1968, el cual prescribe: “Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso,

podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”. De corresponderse la actividad contratada con el giro normal de los negocios, deberá pues existir una relación laboral y no puramente contractual.

Veamos pues que este no es un verdadero criterio para decir que se trata de una actividad misional permanente, es simplemente recordar que si se trata de una función que por el acto de creación corresponde a la entidad desarrollar no es dable acudir a externos salvo las situaciones ya definidas por la ley y la jurisprudencia.

Por otra parte y en consonancia con la ley 1429 de 2010 dicen algunos que el indicador de excepcionalidad es aplicable a toda empresa, sea pública o privada, pues solo puede tercerizarse una actividad si no es misional permanente, esto es, sólo actividades entendidas como excepcionales. Nuevamente se recuerda que esto no es un criterio; además consideramos que la norma es inadecuada e inconveniente toda vez que el carácter de excepcionalidad es cambiante, puede que como empresario decida cambiar mis actividades ordinarias por otras pues así lo exige el mercado, puede que una actividad se considere como no excepcional pero que no tenga que ver directamente con el bien o servicio prestado por la compañía y nuevamente tenemos el problema que la noción de core business es relativa y subjetiva.

Indicador de continuidad

Según este criterio si la actividad se desarrolló haciendo uso de la contratación sucesiva, es misional permanente en tanto se demuestra su requerimiento continuo. Dice la Corte Constitucional en la Sentencia C-614 de 2009 “si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”. La Sección Segunda del Consejo de Estado ha compartido esta posición y ha indicado que “no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este”.

En síntesis, la entidad deberá optar por ampliar la planta de personal si la labor que requiere contratarse hace parte de las funciones propias de la entidad y no pueden ejecutarse por los empleados de planta, o se requieren conocimientos especializados.

A nuestro criterio este es el mismo criterio de la habitualidad pero nuevamente con una imprecisión pues se mezcla con el concepto de actividad permanente (lo cual es lo que queremos saber en qué consiste) y por ende no nos da ninguna claridad conceptual.

En este momento pasaremos a una serie de criterios que se han basado en el análisis de las relaciones de posible subordinación cuando se requiere necesariamente un grado de relación de poder entre el contratante y el contratista y donde puede estarse buscando eludir la existencia de una relación de trabajo (Osorio & Puig, 2014, p. 78- y ss).

Indicador de control por el objeto

Según este criterio, si el contratante tiene una mayor posibilidad de ejercer control sobre las actividades subcontratadas, puede que estas tengan el de misionales permanentes. Autores sostienen que “La facultad o posibilidad del empleador para ejercer control sobre la actividad es útil al momento de determinar el carácter de misional permanente de una actividad, más allá de probar la existencia en el caso del elemento de la subordinación como constitutivo de la relación de trabajo”.

El argumento es básicamente que será una actividad misional permanente si el empleador tiene una mayor capacidad de control sobre una actividad en relación a sus capacidades técnicas, los protocolos fijados, su experticia y la cantidad de posibilidades de control sobre la actividad. Por el contrario no serían misionales permanentes si requiere de un control externo especializado o hacer este control a partir de la exigibilidad de las cláusulas del contrato civil o comercial como tal para alegar incumplimiento.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia de marzo 1 de 2011 radicado 40932, se pronunció a cerca de la existencia de contrato realidad por parte de un neurocirujano y una IPS, donde había formalmente un contrato de prestación de servicios, consideró que “las directrices o instrucciones emitidas por parte de la entidad al considerado contratista, daban cuenta de su subordinación; Además de lo anterior las directrices o instrucciones emitidas por parte de esta al neurocirujano tenían que ver sobre atención de los pacientes, evaluación pre anestésica, manejo de instrumentos quirúrgicos, uso y manejo de medicamentos”, esto es, dicen los autores sobre actividades misionales permanentes que requieren un conocimiento especializado y que está en relación con el objeto la clínica.

Otro caso analizado por la Corte Suprema en la sentencia marzo 1 de 2011 radicado 40932 en el que se estableció la existencia de contrato realidad entre una universidad y quien se desempeñaba como director de la misma mostró que se ejercitaban sobre sus funciones “ciertos controles de los que solamente se realizan a las personas que ejercen funciones subordinadas, que no se justifican en tratándose de un trabajador asociado a una cooperativa de trabajo que supuestamente preste un servicio por cuenta de ésta”.

A partir de casos como estos los autores basan su afirmación de ser actividades misionales permanentes porque a más de la relevancia de la prueba de subordinación se muestra el profundo carácter técnico y especializado de las órdenes impartidas por parte de la entidad y de allí la correspondencia con el desarrollo de su objeto y por tanto hay una tercerización ilegal (Osorio & Puig, 2014, p. 80).

A este criterio hay que decir que a primera vista, sí es mucho más técnico conceptualmente para establecer si una actividad está más cercana al core business pues implica que hayan conocimientos que generan valor agregado, que diferencian, que son avances técnicos y especializados. Sin embargo vemos como los operadores jurídicos lo que valoran negativamente es cuando la entidad contratante suma a esa experticia que tiene fácticamente el hecho de dar órdenes, ejercer controles y en general todas las conductas que implican grados de subordinación.

No siempre este criterio servirá para decir que es una actividad misional permanente o que hace parte del core business por el carácter subjetivo, inestable y relativo de la noción. La empresa que subcontrata puede haber realizado un proceso de reingeniería, puede tomar la decisión económica de no seguir realizando una labor para la cual es experta y para la cual tiene conocimientos técnicos porque encuentra que en el momento actual del mercado no le genera diferenciación en el mercado o simplemente ya no cuenta con los recursos para seguir atendiéndola y acude al outsourcing de volumen. Lo que no puede claramente hacer el contratante es ejercer facultades de subordinación pues desnaturaliza la independencia del outsource quien debe ser verdaderamente independiente.

Indicador de injerencia en la selección del personal

Según este criterio si el beneficiario del servicio tiene la posibilidad de intervenir en la selección del personal requerido en razón al campo o especialidad de su objeto, las actividades que serán desarrolladas son misionales.

Para explicar el criterio se usa un caso en el que la Corte Suprema se pronunció a cerca de la existencia de contrato realidad entre un beneficiario de un servicio y un trabajador a través de una cooperativa de trabajo asociado. En el caso (Sentencia del 25 de mayo de 2010. Radicado 35790) la Corte señaló que estaba contemplado en una de las cláusulas del contrato entre la empresa beneficiaria y tal cooperativa que la primera se ocuparía de realizar exámenes y entrevistas a través de profesional en psicología y trabajo social lo que “desdice de la autonomía administrativa que debe caracterizar a las actividades de una cooperativa de esa naturaleza”.

Lo que pretenden deducir los autores es que del argumento de la Corte para declarar esto como un acto de injerencia en la autonomía administrativa de la cooperativa y una relación laboral, se puede deducir que “la modalidad de las pruebas o exámenes y el grado de conocimiento especializado que busque medir en el trabajador puede dar cuenta de que se trata de una actividad misional permanente, pues las posibilidades del ente productivo para testear conocimientos técnicos y especializados por sí misma solamente puede derivarse de que esté en consonancia con el objeto social la actividad que habrá de ser desarrollada por quien es evaluado en dicho proceso de selección, esto sin hacer referencia exclusivamente a la intermediación pero sí a la tercerización de labores en general” (Osorio & Puig, 2014, p.143).

Contrario sensu, “cuando se trata de labores inconexas a las actividades misionales permanentes y requiriere de un profesional con conocimiento especializado no relacionado con su objeto no tendría pues la capacidad de realizar por sí misma este tipo de pruebas, por lo menos en lo que se refiere al examen objetivo de conocimientos y capacidades en relación con el área del conocimiento a la que se circunscribe su objeto”.

Nuevamente encontramos que este parece ser a primera vista otro verdadero criterio para acercarnos más a la noción de actividad misional permanente o core business por la especialidad de la empresa contratante, pero así mismo encontramos que al igual que el criterio anterior lo que es objeto de reproche es que se desdibuje la autonomía del contratista en la selección de su personal y no que se tengan conocimientos especializados sobre las funciones “la demandada escogía los asociados que le trabajarían, no puede hablarse de que en realidad ellos estuvieran solamente vinculados a través de un convenio de trabajo asociado, porque esa intervención es muestra de que el convenio asociativo no se presentó en la realidad, como que sirvió para esconder una verdadera relación laboral”.

Indicador de conexidad

Según este criterio si las actividades realizadas por el tercero son conexas a las claramente misionales permanentes, son parte integrante de las mismas en tanto adquieren vocación de permanencia.

Para ejemplificar esto se acude a sentencias de La Corte Suprema de Justicia, como la Sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado 3579, donde ha considerado que las actividades en conexión directa con el desarrollo de funciones de carácter misional permanente no corresponden meramente a la eficiente prestación del servicio, sino que estos catálogos de obligaciones equivalen a una efectiva subordinación. “En ocasiones algunas actividades que están en conexión directa con la realización de funciones misionales permanentes en tanto conjugan el conocimiento específico y la experticia en el ámbito del desarrollo del objeto social con situaciones que determinan operativamente la realización de tales funciones y se convierten, por tanto, en subordinantes”.

En sentencia del 25 de mayo de 2010 se estableció por parte de la Corte Suprema de Justicia que la realización de juntas médicas, organización de las especialidades, disposición de turnos y cronograma para la realización de cirugías consagradas como responsabilidades del neurocirujano, más allá de ser funcionales a la prestación del servicio de salud, configuraban la subordinación y, (Osorio & Puig, 2014, p. 79) “como se ve, son fundamentales o determinantes para el desarrollo de la actividad misional permanente que en este caso es la prestación del servicio de salud”.

A este criterio hay que decir que está muy mal fundamentado. En primer lugar es anti técnico al mezclar dos conceptos diferentes, una cosa es que la actividad sea conexas a la actividad principal y otra que tenga vocación de permanencia. En segundo lugar se establece que sea conexas a las “claramente” misionales permanentes lo cual a este punto es claro que es algo completamente complejo por la naturaleza subjetiva, inestable y relativa de tal noción que no tiene ni siquiera definición legal para decir que es “claramente” misional. En tercer lugar nuevamente encontramos que lo que es objeto de reproche es que las obligaciones pactadas en un contrato civil y comercial encubre una relación en la cual la subordinación es una constante y para lo cual el derecho laboral cuenta con la institución del contrato realidad para defender los intereses de los trabajadores. No por el hecho de que una actividad sea conexas al core business e implique una relación continuada entre contratante y contratista implica que la misma sea parte de tal concepto.

Indicador de función de dirección

Según este criterio si la labor realizada por el tercero consiste en dar órdenes o emitir directrices sobre el desarrollo de actividades misionales permanentes será esta en sí misma misional permanente.

Para ejemplificarlo se muestra en la sentencia ya mencionada sobre el neurocirujano del 25 de mayo de 2010, donde desarrollaba labores (Según el autor del texto lo misional

permanente....) de coordinación de actividades misionales permanentes de la IPS en materia de neurocirugía, como hacer extensivos memorandos a los especialistas de su área, enviar hojas de vida de dos colegas para su revisión, evaluación y concepto, velar por el estricto cumplimiento en la programación de Salas de Cirugía, etc.

La Corte afirmó en este caso que las labores “no son exclusivas a una prestación eficiente del servicio en la atención de los pacientes por parte de médicos adscritos independientes, sino que de ellas y por sobre todo, es indudable que se desprende palmariamente para el caso particular del accionante, una dependencia o subordinación jurídica específica por lo menos mientras ostentó la condición de Jefe o Coordinador del servicio de Neurocirugía de la Clínica [...]”.

De la expresión de la corte “no son exclusivas a una prestación eficiente del servicio” derivan los autores que las funciones desempeñadas por el neurocirujano son actividades misionales permanentes sobre las que él llegó a ejercer control en virtud de su cargo y de sus conocimientos especializados.

A este criterio hay que decir que la Corte en la sentencia lo que reprochó no fue que se tratara de una actividad misional permanente sino la dependencia o subordinación jurídica específica del caso. Si aceptáramos este criterio llegaríamos al absurdo de decir que si una empresa contrata por ejemplo un consultor independiente para que con total autonomía técnica,

administrativa y financiera, organice procesos internos y por ende el mismo se dedica temporalmente a emitir directrices u órdenes sobre una actividad que se considere como misional o del core del negocio por ende esto sería una actividad directamente relacionada con el producto o servicio característico de la empresa.

Pasaremos en este momento a centrarnos en los criterios que han decantado los autores a partir de los casos en los cuales, las Altas Cortes se han dedicado establecer si de la relación existente entre el beneficiario de la obra o servicio y el contratista, puede predicarse el fenómeno de la solidaridad pues son labores no ajenas a su actividad económica.

Indicador del beneficiario del servicio

Según este criterio si el ente económico ha podido desarrollar la actividad por sí mismo y haciendo uso de sus recursos pero la terceriza, que sea el beneficiario del servicio implica el desarrollo de actividades misionales permanentes.

Ha dicho la Corte Constitucional en su Sentencia 1 de marzo de 2010, radicado 35864, que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, “empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho

estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.”

Citan los autores un caso práctico en la Sentencia T 471 de 2008, donde la Corte Constitucional consideró que las labores de cargue y descargue de camiones en un terminal marítimo, no resultaban ajenas al objeto social de una sociedad portuaria ayudándose de la ley 1ª de 1991 en la cual se establecía el objeto de las sociedades portuarias y por ello declaró la solidaridad con el contratista.

Como puede verse, este criterio propone asignar dos consecuencias jurídicas diferentes a un mismo fenómeno, por un lado la declaratoria de solidaridad no como sanción sino como consecuencia de tomar una decisión económica de no prestar un servicio directamente sino a través de un tercero cuando el mismo hace parte de sus actividades ordinarias y por otro lado decir que por tomar esa decisión económica, pudiendo acudir a sus trabajadores, por ello esa es una actividad misional permanente donde acudir a personal tercero está proscrito por el ordenamiento.

Nuestra posición es que la institución de la solidaridad es adecuada y necesaria para proteger a los trabajadores en aquellos casos en los cuales no puede declararse el contrato realidad entre beneficiario de la obra y uno de los trabajadores del contratista pero se vea que el

contratista no tiene los medios para cumplir con sus obligaciones laborales; consideramos en este caso que el contratante sí debe ser responsable pues puede hallársele una culpa in eligiendo al contratista o incluso una conducta dolosa para no cumplir con las obligaciones de los trabajadores. Sin embargo lo que no nos parece razonable que se diga que porque haya solidaridad esto implique que sean actividades misionales permanentes y de ello se derive otra consecuencia negativa como es la multa del ministerio del trabajo. La decisión económica de acudir a un tercero y no realizar una labor dentro de la compañía misma, puede obedecer a razones lícitas y eficientes como por ejemplo que los trabajadores están siendo utilizados para realizar labores más estratégicas y que le generan un mayor valor a la compañía.

Aunado a lo anterior, encontramos los mencionados criterios utilizados ya por el Consejo de estado para reconocer la solidaridad del beneficiario de la obra o labor con los verdaderos empleados de su contratista independiente en cuanto a las prestaciones sociales de estos, que se fundamentan principalmente en el reconocimiento de los derechos del trabajador y no obran como un indicador de conductas sancionables, pues como lo menciona sentencia del 17 de abril de 2012 la Sala de casación laboral de la Corte Constitucional, se pretende la solidaridad principalmente con el fin de proteger el trabajador, cuando consideró:

“ La solidaridad consagrada en el artículo 34 en comento, como lo ha manifestado esta Sala, no es más que una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas, al obligado solidario, las deudas insolutas (prestacionales o indemnizatorias) en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante la usual insolvencia del deudor principal que no es otro que el empleador. Así lo sostuvo esta Sala en sentencia del 25 de mayo de 1968, en uno de sus apartes:

Mas el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita contra él lo pagado a esos trabajadores.”

Indicador de preparación de maquinaria esencial

Según este criterio si la actividad realizada consiste en la preparación o construcción de maquinaria y equipos necesarios para realizar una función misional permanente, aunque sean excepcionales, o en realizar mantenimiento de los mismos, son estas labores misionales o permanentes y se entienden como parte del objeto de la entidad beneficiaria (Osorio & Puig, 2014, p. 92).

Para argumentar esta posición muestran una sentencia del 22 de septiembre de 2004, donde la Corte declaró en un caso entre una compañía petrolera y un contratista que les prestaba el servicio de grúa telescópica para perforar y hallar hidrocarburos que:

es razonable inferir que esos trabajos de acondicionamiento, esto es, de preparación o disposición, que realizaba la grúa tenían una relación directa con la perforación del pozo (...) de ese modo resultaba dable considerarlos a la actividad de perforación, de suerte que no es desacertado tomarlos como una de las principales actividades económicas de la mencionada empresa.

En nuestro criterio nuevamente establecer la solidaridad es una labor necesaria y adecuada que debe ejercer el juez pero no por ello significa que ello debería llevar a una prohibición de tercerizar tales funciones, simplemente implica para los potenciales beneficiarios de la obra acudir a contratistas que de verdad tengan la capacidad técnica y financiera de responder por sus obligaciones y así no tener problemas de ser declarado solidariamente responsable y necesitar llamar en garantía al contratista o iniciar un nuevo proceso para recobrar el dinero a que sea condenado. Esta es y debe ser una labor judicial caso por caso, que no debe corresponder a los objetos sociales de la compañía sino a la realidad de la actividad económica y permitir que el trabajador quede protegido sin prohibir actuaciones que desde el punto de vista económico son eficientes.

Indicador de etapa de proceso industrial

Según este criterio si la actividad desarrollada se comprende dentro del proceso industrial, es misional permanente, entre ellas las funciones de distribución y mercadeo (Osorio & Puig, 2014, p. 98).

Para explicar este criterio se acude a la sentencia de agosto 30 de 2005 radicado 25505., en la cual la corte analizo la existencia de solidaridad entre un acarreador de cemento que prestaba esa función entre la fábrica y el embarcadero fluvial y la cementera. La Corte expresó: “no puede considerarse jamás como actividad desvertebrada o remota de cualquiera empresa o negocio la de acercar el producto elaborado a la clientela que lo demanda, con el propósito de que el consumidor lo adquiriera fácilmente, actividad que no interesa únicamente a terceros puesto que de ella se obtienen generalmente mayores beneficios para el productor”.

Vemos aquí como la Corte analizó el tema para efectos de establecer la solidaridad pero de ello no podrá derivarse que la actividad sea misional permanente o que haga parte del core business. Recordemos todo lo que hemos hablado de que las empresas en una economía actual deben dedicarse solamente a aquello a lo cual aumentan el valor agregado y lo que las diferencia en el mercado y dejar a un lado todo lo demás. Así mismo recordemos el carácter inestable, relativo y subjetivo de tal noción.

Indicador de similitud de objetos

Según este criterio si los objetos sociales de contratante y contratista presentan una igualdad total o parcial, las funciones realizadas por el segundo se corresponden con actividades misionales permanentes. No nos detendremos en analizar a fondo este criterio pues ya hemos recalcado que tomarlo en cuenta por encima de la primacía de la realidad sobre las formas llevaría al absurdo de pensar que si lo que en el día a día hace no lo declaran como objeto social no daría lugar a declarar la solidaridad por ejemplo.

Indicador de realidad en el objeto

Según este criterio hay que mirar los objetos sociales en la realidad pues analizar únicamente el objeto social formal deja por fuera muchas situaciones. Así pues lo que importa es “las características de la actividad en sí misma, de modo que a partir de considerar las funciones desarrolladas por el contratista logre establecerse si hacen parte del giro ordinario de las actividades de la beneficiaria del servicio” (Osorio & Puig, 2014, p.76).

Nótese que aquí no hablamos de un criterio para saber que es misional permanente sino el método de estudio que debe aplicarse si se quiere hacer el análisis sobre lo que significa el giro ordinario de la empresa bajo la figura del contrato realidad.

Pasaremos ahora a realizar un análisis sobre dos criterios que esbozan los autores para decir que puede tratarse de una actividad misional permanente a partir de situaciones donde se utilizan de manera ilegal las Empresas de Servicios Temporales.

Indicador de continuidad

Según este criterio “si la función se desarrolló por una EST superando el límite del tiempo por el cual el usuario puede hacer uso de esta figura legal en los casos expresamente señalados por la ley, se tratará de actividades misionales permanentes en tanto el ente económico tiene una necesidad constante de tales servicios” (Osorio & Puig, 2014, p. 175).

Los mismos autores parten de la base que este criterio se ha utilizado para para establecer el contrato realidad o la solidaridad de la empresa usuaria con el empleador (EST) y es que esto es lógico pues la normatividad prescribe que si se exceden los límites legales de la figura esto genera una situación jurídica diferente a la del contrato de servicios temporales y la empresa usuaria pasa a ser empleador directo del trabajador y la E.S.T deudora solidaria ya que se desdibuja la naturaleza de la figura de temporal a permanente desconociendo los derechos prestacionales de los trabajadores. No porque exista la prohibición de exceder los límites legales en una figura regulada como las E.S.T puede concluirse que si se violan los mismos con las consecuencias desfavorables que eso conlleva por ello esa sea una labora misional permanente.

Indicador de actividades paralelas

Según este criterio si el empleado en misión desarrolla por orden de la empresa usuaria labores no incluidas en el contrato es una función misional permanente (Osorio & Puig, 2014, p. 108).

Para fundamentar este criterio se acude a sentencias como la sentencia del 26 de octubre 1998 radicado 6038 donde la Corte suprema de justicia ha afirmado que hay responsabilidad exclusiva de la empresa usuaria por lo que suceda con el trabajador ya que frente a las labores no contratadas la EST no es un verdadero empleador.

En este caso nuevamente nos encontramos con que el criterio, no sirve para saber qué es misional permanente que tenga que ver con el producto o servicio característico de la empresa sino que permite ver las consecuencias desfavorables que trae la indebida utilización de la figura de los servicios temporales.

En el caso de EST la intermediación ilegal se deriva de la contratación para casos distintos para los que se permite la vinculación de trabajadores en misión sin estar dentro de los supuestos establecidos en la ley 50 de 1990 y decreto 24 de 1998 o cuando se excede su límite de temporalidad convirtiéndolos en la práctica en contratos permanentes que llevan al desconocimiento de derechos laborales. En estos casos la EST deberá considerarse como verdadero empleador pero de allí no se deriva lógicamente que por una mala utilización de una figura esa sea una actividad del giro ordinario de sus negocios, puede perfectamente pasar lo

mismo con una actividad claramente lejana al producto o servicio característico de la empresa en los términos del decreto 2025 que ya hemos mencionado.

Por último analizaremos los criterios que han sido derivados de los pronunciamientos que ha hecho la OIT de los cuales los autores afirman pueden ser de gran utilidad a la hora de analizar el carácter misional permanente de una actividad (Osorio & Puig, 2014, p. 127).

Indicador de supervisión

Según este criterio si la organización tiene la posibilidad o realiza la supervisión de la realización de la actividad es un indicio de que la misma es relevante para el desarrollo de su objeto y en esa medida puede ser misional permanente. El argumento es que la conjugación del tipo servicio y el hecho de que sea supervisado porque la entidad beneficiaria lo considere relevante para el desarrollo de su objeto será un indicio de que es una actividad misional permanente.

A nuestro entender este criterio extiende indebidamente el concepto sobre lo que es misional permanente o del core business pues para una empresa muchas cosas son relevantes para el desarrollo de su objeto aun cuando no sea directamente relacionada con el producto o servicio característico de la empresa. Así mismo puede tener la posibilidad de realizar la supervisión pero por una decisión económica ha decidido no seguir interviniendo en ese

proceso y dedicar sus esfuerzos a actividades que generan valor a la compañía y no en actividades periféricas aunque claramente tenga la posibilidad de supervisarlo. Por último, de acuerdo a la sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado 35790 las compañías sí pueden hacer una supervisión de las condiciones de calidad e idoneidad el servicio diferente a que supervisen las condiciones tiempo, modo y lugar del servicio lo que ya desnaturalizaría la relación y demostraría que esa supervisión puede ser una manifestación de subordinación laboral.

Indicador de integración organizacional

Según este criterio si el tercero desarrolla una actividad que es parte integrante de la estructura organizacional y administrativa del beneficiario la actividad es misional permanente. Para fundamentar lo anterior utilizan una sentencia de la Corte donde declaran una relación laboral entre una Universidad y un profesor pues el mismo era el director de la Universidad donde prestaba sus servicios a través de una cooperativa.

Este criterio nuevamente es incapaz de demostrar por sí mismo, el porqué de la definición de lo misional permanente en relación con el bien o servicio característicos de la empresa de acuerdo a los términos del decreto 2025 de 2011. No porque alguien ocupe un cargo en la estructura organizacional significa que tenga que ver directamente con el bien o servicio, las empresas pueden decidir tener en su estructura un jefe de nómina por ejemplo y ello en nada se relaciona con el servicio de asesorías en turismo por ejemplo. Así mismo piénsese en la junta

directiva, la revisoría fiscal, las auditorías, son personas que pueden estar dentro de la estructura de la organización pero no por ello serán temas misionales permanentes y no pierden su autonomía.

Indicador de suministro de herramientas

Según este criterio si el beneficiario proporciona herramientas materiales o maquinarias para la realización de la actividad podría ser misional permanente.

Para fundamentarlo plantean que la OIT ha señalado que si utilizan herramientas o equipos proporcionados por la beneficiaria y cumplen instrucciones y están sujetos a control por parte de ella es posible que la empresa considere que tales trabajadores son suyos (OSORIO & PUIG, 2014, P. 119).

Aquí vemos como nuevamente comienzan a ser mezclados los criterios de las herramientas, el control y las instrucciones lo que lleva a concluir que nuevamente lo que se desdibuja es la naturaleza de independencia del contratista independiente y se pasa al simple intermediario del artículo 35 del C.S.T.

Luego de haber analizado la inconveniencia del concepto de actividad misional por la dificultad natural del mismo como decisión económica, tenemos que recordar que las normas

de la ley 1429 y el decreto 2025 establecieron que sería el Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, quien podría imponer multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas.

Así mismo que serían objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley y que el Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

No deja de causar una preocupación justificada que sea un funcionario que pertenece a la rama ejecutiva quien pueda, sin las garantías, procedimientos o conocimientos propios del proceso jurisdiccional, resolver problemas jurídicos que claramente deberían ser de competencia judicial tales como: si la asociación o vinculación del trabajador asociado a la cooperativa o pre-cooperativa no fue voluntaria, que la cooperativa o pre-cooperativa no tenga la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten, que la cooperativa y pre-cooperativa no ejerza frente al trabajador asociado la potestad reglamentaria y disciplinaria o que no de las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores asociados en circunstancias de tiempo, modo y lugar o también definir si verdaderamente los trabajadores asociados no participan de la toma de decisiones, ni de los excedentes o rendimientos económicos de la cooperativa o pre-cooperativa.

Todo lo anterior no es más que un análisis complejo que debe hacer el juez en cada caso concreto para identificar si en una situación se está frente a un contrato realidad y por ende debe aplicarse el régimen del derecho del trabajo para una relación laboral aun cuando en la forma se disfracen como otras figuras jurídicas.

Esto se complica aún más cuando al tercero que contrate con una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado que incurra en intermediación laboral o que esté involucrado en una o más de las conductas descritas en el artículo anterior o que contrate procesos o actividades misionales permanentes también se le impondrá una multa hasta de cinco mil (5.000) SMLMV, a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social.

Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 4 del artículo 7o de la Ley 1233 de 2008, con base en el cual el inspector de trabajo reconocerá el contrato de trabajo realidad entre el tercero contratante y los trabajadores lo cual es a todas luces ilegítimo y que para lo único que servirá es como un ingreso para Servicio Nacional de Aprendizaje SENA pues según datos de la subdirección de gestión territorial del Ministerio del Trabajo hay 99 Sanciones impuestas no ejecutoriadas por intermediación laboral en 2014 por un Total general de \$ 37.167.864.000 y 79 sanciones impuestas no ejecutoriadas por intermediación laboral a Julio 2015 total de \$ 40.018.205.500.

A los empresarios solo les queda el premio de consolación y es sin perjuicio del contrato de trabajo realidad que se configure entre el verdadero empleador y el trabajador, como lo establece el artículo 53 de la Constitución Política, a los terceros contratantes que contraten procesos o actividades misionales permanentes prohibidas por la ley, cuando voluntariamente formalicen mediante un contrato escrito una relación laboral a término indefinido, se les reducirá la sanción en un veinte por ciento (20%) de su valor por cada año que dicha relación se mantenga, con un cien por ciento (100%) de condonación de la misma luego del quinto año.

CAPITULO 4. CONCLUSIONES

Los nuevos métodos de administración y gestión de las empresas y el manejo de costos y patrimonio, implican para los directivos mantenerse informados, actualizados sobre las condiciones internas y los cambios del mercado. Esto, les permitirá responder a tiempo a la demanda del mercado por medio de las estrategias de organización y flexibilización.

La decisión de incorporar el outsourcing en el proceso productivo de una empresa, si se toma racional y estratégicamente, sin duda agregará un valor, que con mayor facilidad le permitirá a la empresa exponer de la mejor forma su ventaja competitiva en el mercado y mantenerse en el tiempo.

En general, la globalización en la que hoy se ven inmersas las empresas, les exige altos niveles de competitividad para integrarse en las cadenas globales de valor. De esta forma, debe ser considerado el outsourcing como una posible solución a las necesidades de conocimientos específicos, adaptación, innovación y flexibilidad.

No es outsourcing en ningún caso, la voluntad del empleador de ocultar verdaderas relaciones de trabajo, desconociendo la normatividad y las obligaciones laborales. El Outsourcing verdadero es una estrategia planeada con anticipación para garantizar la verdadera cooperación, las alianzas y el intercambio de conocimiento. Por eso, no puede juzgarse negativamente el outsourcing, por el uso indebido que algunas empresas le dan, sino por su contenido y propuesta real. En este sentido, deben ser los mecanismos de control judiciales de las relaciones laborales quienes se encarguen de descubrir las verdaderas relaciones laborales, y devolverle al outsourcing sus verdaderos atributos.

El Outsourcing no es bueno ni malo per se; el verdadero punto de quiebre del asunto radica en la capacidad del Estado en todas sus ramas para garantizar los derechos de los trabajadores, el trabajo digno, sea donde quiera que estos se desenvuelvan, ya sea mediante la forma tradicional con un contrato de trabajo en una gran empresa, como contratista independiente o como asociado en una cooperativa de trabajo etcétera.

A los jueces en el análisis de los casos concretos, a los empleadores, a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, corresponde exigir la efectividad de las leyes que protegen los derechos laborales de los trabajadores. Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo. En el análisis probatorio del caso concreto, deberá tenerse en cuenta factores como, la voluntariedad con la que las partes acuden a la forma contractual escogida, la finalidad con la que se acude a la forma contractual, la prestación directa del servicio y el ánimo con el que el beneficiario del trabajo lo recibe. En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma.

Eso es lo que debe hacer el gobierno y no estar prohibiendo lo que la economía por razones de eficiencia manda, y basándose en unos criterios que no pueden ser claros por la naturaleza cambiante del mercado y que simplemente refuerzan lo que ya está claro y es la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral.

La forma como cada empresario elabora su esquema de producción, cómo plantea cual será el tamaño de su empresa, qué producirá y qué comprará y cuál definirá que será su core business, que para él es el que genera valor agregado, es algo que hace parte de la libertad de

empresa consagrada por nuestra Constitución en el artículo 333 y que también debe ser garantizada por los gobiernos.

El outsourcing no se trata solamente de cuestión de costos, sino del proceso de especialización de las diferentes actividades industriales que hace parte del progreso económico, como lo demuestran los diferentes casos de la aeronáutica a nivel mundial por ejemplo. Lamentablemente en Colombia aceptamos iniciar el inútil, estéril y a todas luces inconveniente debate sobre lo que es “misional permanente” en el sector privado y qué no lo es, cuando la naturaleza del sector privado y del mercado es totalmente diferente la naturaleza del sector público regido por el principio de estricta legalidad y se trata simplemente de decisiones empresariales que deberían tener como único límite el contrato realidad, el fenómeno de la solidaridad y la unidad de empresa.

Todas estas medidas que se tomaron supuestamente para favorecer a los trabajadores y que en realidad se buscaron para satisfacer las exigencias de Estados Unidos en aras de la firma del tratado de libre comercio, se tomaron cuando aún no estábamos preparados ni jurídica ni estructuralmente, basta con ver que en Colombia solo hay dos puertos de importancia como son el de Buenaventura y Cartagena y aún no se han fortalecido todos los demás³⁶.

Prohibir a los empresarios contratar las actividades misionales permanentes con terceros, independientemente de cuales sean y con cuál criterio, es absurdo de acuerdo al carácter

³⁶ Para ver un poco de los retos que le esperan a Colombia véase la revista semana con su editorial “sobrados de puertos” disponible en línea en: <http://www.semana.com/economia/articulo/especial-infraestructura-2015-sobrados-de-puertos/448211-3>

relativo y subjetivo del core business y la libre iniciativa consagrada en la Constitución Política.

El derecho laboral debe buscar que el juez en cada caso analice en forma detenida las circunstancias de hecho analizadas y en particular la forma en que se ejecutan las relaciones de poder dentro de un marco de independencia o subordinación para hablar de una relación laboral, del fenómeno de la solidaridad o la declaración de unidad de empresa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- **Ámbito Jurídico.** (2014). Contrato sindical no puede ser fachada para incumplir obligaciones laborales. Recuperado de:
http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-141912-11contrato_sindical_no_puede_ser_fachada_para_incumplir_obl/noti-141912-11contrato_sindical_no_puede_ser_fachada_para_incumplir_obl.asp?IDObjetoSE=21395
- **ANDI.** (2015). Asociación Nacional de Empresarios de Colombia. Obtenido de Estrategias para una nueva industrialización. Recuperado de:
<http://www.andi.com.co/Asamblea/Documents/Libro/Estrategia%20para%20una%20nueva%20industrializacion.pdf>
- **Bastidas, A.** (2011). El Outsourcing: Estrategia expresada en un contrato empresarial. *Revista Republicana.* 10, 77-90.

- Bermúdez, K. (2005). Discurso realidad Laboral Universidad Externado de Colombia. Recuperado de:
<http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/derechoLaboral/DiscursoLab2.pdf>
- Bronstein, A. (2007). La intermediación laboral en las normas de la OIT. *Revista de Trabajo*. 6, 143-156.
- Chanson, G. (2007). *Réaliser le coeur de métier en externe? Et pourquoi pas?* Lille: CNRS. 1-19.
- Curiel, V. (2013). La reforma a la ley federal del trabajo en materia de subcontratación. *Revista Alegatos México*. 83, 213-236.
- Drucker, P. (2012). *Managing in a Time of Great Change*. California: Routledge.
- Echeverría, M. (2003). *Aportes para el debate conceptual sobre flexibilidad laboral*. Santiago de Chile: Colección Ideas
- Fernández, M. (2012). La economía de los servicios. Recuperado de:
http://www.nodo50.org/cubasigloXXI/economia/martinf_310307.pdf
- Godoy Córdoba Abogados. (2014). Nuevo paso del gobierno Santos para combatir la tercerización indebida: Impacto del Decreto 2798 de 2013 en la Tercerización Laboral. Recuperado de:
<http://www.andi.com.co/SeccAtla/Documents/Informacion%20de%20Interes/Memorias%20de%20Eventos/COMITÉ%20RECURSOS%20HUMANOS%20TERCERIZACIÓN%20A%20NIVEL%20LABORAL-DECRETO%202798%20DE%202013.pdf>
- Lausen, J. R. (2003). La globalización y los servicios. 563-571.
- López Pedroza, M. G. (2009). El outsourcing: el incumplimiento de los derechos de los trabajadores. Disponible en: <http://www.aacademica.com/000-062/1439.pdf>
- Ministerio de la Protección Social. (2008). *Cartilla de Empresas de Servicios Temporales*. Disponible en:
www.mintrabajo.gov.co/component%2Fdocman%2Fdoc_download%2F606-14-empresas-de-servicios-temporales-direccion-general-de-promocion-del-trabajo.html&usg=AFQjCNH9ObQFpXFY8YsXUBqF0xrQO6Ws9w&sig2=vePI2avm9eoPGQN0D6RbYA&bvm=bv.102537793,d.dmo
- Ministerio de Trabajo. (2015). *Página del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Colombia. Obtenido de Preguntas Frecuentes*. Disponible en:
<http://www.mintrabajo.gov.co/preguntas-frecuentes/cooperativas-de-trabajo-asociado.html>
- Ministerio de Trabajo. (2014). *Concepto 182989*. Bogotá.
- OECD. (2015). *The Future of Productivity*. Recuperado de:
<http://www.oecd.org/eco/growth/OECD-2015-The-future-of-productivity-book.pdf>
- Osorio, V., & Puig, J. (2014). El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal. *Análisis sociológico y de la jurisprudencia de las altas cortes colombianas*. 22, 5-122.

- Porter, M. (1987). Ventaja competitiva: Creación y sostenibilidad de un rendimiento superior. Mexico: Compañía Editorial Continental.
- Raso Delgue, J. (2000). Outsourcing: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo: Fondo de Cultura universitaria.
- Ravir, A. (2012). El capitalismo en la empresa: qué es el Market based Management? Recuperado de <http://www.elcato.org/el-capitalismo-en-la-empresa-que-es-el-market-based-management>
- Robertson, I., & Rothery, B. (1996). OUTSOURCING: La Subcontratación. México: Limusa.
- Ruiz, J. C. (2004). Outsourcing. Revista Entrepeneur. 12, 23-98.
- Schneider, B. (2004). Outsourcing. Herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Bogotá: Editorial Norma.
- Triana, O. (2015). Efectos laborales de la contratación en el marco del Outsourcing y/o subcontratación en Colombia. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Villavicencio, A. (2004). La intermediación laboral peruana: Alcances y régimen jurídico. Revista publicana. 29, 143-156.
- Werther, W., & Davis, K. (2002). Administración de personal y recursos humanos. Nueva York: Mc Grau Hill.
- White, R. (1998). Manual de Outsourcing. Barcelona: Gestión 2000.