

**INCIDENCIAS DEL OUTSOURCING (TERCERIZACIÓN) EN EL ÁMBITO
LABORAL COLECTIVO COLOMBIANO, 2013**

**CLAUDIA MARCELA BEDOYA
MARIO ISAACS
RODRIGO NAVARRETE**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
PEREIRA
2013**

**INCIDENCIAS DEL OUTSOURCING (TERCERIZACIÓN) EN EL ÁMBITO
LABORAL COLECTIVO COLOMBIANO, 2013**

**CLAUDIA MARCELA BEDOYA
MARIO ISAACS
RODRIGO NAVARRETE**

**Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho Laboral y
Seguridad Social.**

**Director
JHONIER CARDONA S.**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
PEREIRA
2013**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1- TÍTULO	6
2- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
2.1- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
2.2- SISTEMATIZACIÓN	7
3- OBJETIVOS	8
3.1- OBJETIVO GENERAL	8
3.2- OBJETIVOS ESPECÍFICOS	8
4- JUSTIFICACIÓN	9
5- DISEÑO METODOLÓGICO	10
5.1- ENFÓQUE METODOLÓGICO	10
5.2- FUENTES DE INFORMACIÓN.	10
6- MARCO TEÓRICO	11
7- MARCO JURÍDICO	13
7.1- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	13
8- OUTSOURCING, EXTERNALIZACIÓN O SUBCONTRATACIÓN	14
8.1- DEFINICIÓN DE OUTSOURCING	14
8.2- EL OUTSOURCING EN LATINOAMERICA	15
8.3- NATURALEZA JURÍDICA DEL OUTSOURCING	17
8.4- TIPOS DE OUTSOURCING	18
8.4.1- OUTSOURCING SELECTIVO	19
8.4.2- OUTSOURCING PROGRESIVO	19
8.4.3- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE ESTA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN	20
8.4.4- MANIFESTACIONES DEL OUTSOURCING O TERCERIZACIÓN EN COLOMBIA	21
9- CONSECUENCIAS DEL OUTSOURCING DENTRO DEL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DE LA APERTURA DEL MERCADO EN EL DERECHO LABORAL	23
9.1- OUTSOURCING EN LOS PAISES DESARROLLADOS	28
9.2- OUTSOURCING EN PAÍSES EN VÍA DE DESARROLLO	29
9.3- FORMAS DE OUTSOURCING EN EL DERECHO COMPARADO	32
9.3.1- EUROPA	32
9.3.2- LATINOAMÉRICA	34
9.3.2.1- COSTA RICA	34
9.3.2.2- CHILE	35
9.3.2.3- BRASIL Y ARGENTINA	36
10- INCIDENCIAS DEL OUTSOURCING EN EL DERECHO LABORAL COLECTIVO COLOMBIANO	37
10.1- COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO	37

10.1.1- MARCO VIGENTE DE REGULACIÓN	38
10.1.2- CONFORMACIÓN Y GOBIERNO CORPORATIVO	39
10.1.3- MEDIOS MATERIALES DE LABOR	46
10.1.4- BALANCE DEL IMPACTO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO	46
10.2- EMPRESAS ASOCIADAS DE TRABAJO	46
10.3- CONTRATISTAS INDEPENDIENTES	49
10.4- LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES	50
10.5- BOLSAS O AGENCIAS DE EMPLEO	56
10.6- CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL	58
10.7- JOINT VENTURE	61
10.8- GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO O HOLDING	63
10.9- CONSORCIO	64
10.10- UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS	70
10.11- EMPRESAS UNIPERSONALES	72
11- CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	80

INTRODUCCIÓN

A nivel mundial se están gestando e imponiendo nuevas tendencias en el campo de la contratación laboral que inciden de forma positiva y negativa en las relaciones laborales de las empresas. Entre estas tendencias, se encuentra el Outsourcing o Tercerización, el cual comprende un proceso que se encarga de regular o desarrollar la subcontratación de servicios, de unas funciones o trabajos que son realizados por una empresa o profesional de parte de otra empresa quien la contrata. Así, se hace importante establecer los diferentes puntos de vista o posiciones de los actores incluidos en este proceso frente al tema objeto de este análisis.

1- TÍTULO

INCIDENCIAS DEL OUTSOURCING (TERCERIZACIÓN) EN EL ÁMBITO
LABORAL COLECTIVO COLOMBIANO, 2013.

2-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con relación al Outsourcing, la OIT (Organización Internacional del Trabajo) plantea que este tipo de subcontratación ayuda a que los empresarios eviten los trámites obligatorios de una contratación de personal, como también los procesos de formación y capacitación propios de ella. Esta situación lleva a que el mercado del trabajo se vuelva flexible, reduciendo costos laborales y evitando los acuerdos con los sindicatos. De esta manera, en el Outsourcing los empresarios establecen relaciones de forma única con empleados contratados por medio de terceros o con trabajadores independientes a través de relaciones de naturaleza comercial y civil; generando el acceso a una mano de obra de menor costo por parte de las empresas, obviando aspectos de protección legal como son las prestaciones de seguridad social, importantes para afrontar situaciones de desempleo, maternidad, vejez, incapacidad y enfermedad. Discriminación en el acceso al empleo, la igualdad de las oportunidades de empleo y la protección contra la inseguridad en el empleo y de los ingresos. Así, la contratación de trabajo de forma legal es desplazada por **unas formas de contratación que evitan el cumplimiento de las obligaciones contractuales, de naturaleza ilícitas perjudicando de esta forma a los trabajadores y empleados.**

2.1- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la incidencia del outsourcing en el ámbito laboral colombiano?

2.2- SISTEMATIZACIÓN

- ✓ ¿Cuál ha sido el proceso histórico y legal del outsourcing?
- ✓ ¿Cómo ha sido la afectación en el marco laboral, del outsourcing?
- ✓ ¿Cuál ha sido la posición de los diferentes actores laborales frente al outsourcing?

2- OBJETIVOS

3.1- OBJETIVO GENERAL

Determinar la incidencia del outsourcing en el ámbito laboral colombiano

3.2- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ✓ Describir la manera en que el outsourcing ha evolucionado históricamente y su desarrollo legal.
- ✓ Comparar cómo es la relación del outsourcing frente a las demás opciones de contratación.
- ✓ Identificar las posiciones de todos los actores laborales frente al outsourcing.

3- JUSTIFICACIÓN

El estudio se realizó con el objetivo de establecer la realidad del proceso de las subcontrataciones, sus efectos, como también los beneficios y perjuicios que generan para las empresas y empleados. Así, los resultados servirán de guía para las empresas y los trabajadores sobre cómo funciona el outsourcing y tomar decisiones adecuadas al momento de determinar la modalidad en la forma de contratación.

4- DISEÑO METODOLÓGICO

5.1- ENFOQUE METODOLÓGICO

Este estudio abordó de forma metodológica por medio del uso de las teorías con viabilidad descriptiva – evaluativa, para realizar el análisis del proceso del outsourcing y de los aspectos que lo conforman a nivel empresarial, enfocándolo a las relaciones laborales colectivas; concluyendo que este proceso es beneficioso para las empresas a nivel de competitividad, perjudicial para la estabilidad laboral de los empleados y para la conformación de las organizaciones sindicales.

5.2- FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes Primarias: Información suministrada por la Escuela Nacional Sindical, como también el encuentro por medio de entrevistas con expertos en el tema, directivos de las empresas, líderes sindicales y trabajadores.

Fuentes Secundarias: Documentos bibliográficos recopilado de expertos en el tema, material de consulta encontrada en las bibliotecas universitarias en la ciudad de Pereira, la Escuela Nacional Sindical y material en formato electrónico o virtual.

5- MARCO TEÓRICO

En la historia del trabajo asociado en Colombia se presenta un acontecimiento importante que ayuda a su surgimiento, este acontecimiento comprende el establecimiento del Régimen General de Trabajo Asociado en el año 1.989 a través de la expedición de la Ley 79 de 1.988; luego los decretos 1333 de 1.989 y 468 de 1.990 sirvieron para el establecimiento de una identidad y plataforma propia a esta forma de trabajo personal, significando un avance importante para el mismo. A pesar de esto, las PCTA (Pre cooperativas de Trabajo Asociado) y las CTA (Cooperativas de Trabajo Asociado) vinculadas al grupo de Organizaciones de Trabajo Asociado, fueron creadas y establecidas sin tener en cuenta la normatividad imperante para este tipo de organizaciones, que les generaba a este tipo de empresas asociativas características especiales que ayudaba a la diferenciación con otro tipo de asociaciones y empresas, así sean estas del sector solidario cooperativo.

De esta forma, la figura de las Cooperativas de Trabajo Asociado fue la más usada con el objetivo de evitar pagos de seguridad social y parafiscales, como también, incidir de manera negativa el pago del salario mínimo vital y otros beneficios constitucionales, para tercerizar y establecer el outsourcing de la mano de obra para la competencia entre proveedores generando de esa manera el ofrecer productos, obras y servicios a precios y costos inferiores con relación a otras entidades oferentes. Al mismo tiempo, los contratantes o empresarios de las Cooperativas de Trabajo Asociado, fueron partícipes de la creación de estos procesos por medio de la presión que ejercían para que sus servicios y tarifas fueron más competitivas, con tendencia a una baja en los precios con el fin de no perder el contrato.

Esto generó que las empresas de naturaleza asociativa obviarán los modelos de desarrollo empresariales y asociativas, de esta forma llevaron al olvido la generación de los indicadores de características empresarial y asociativa y su balance; así las Pre – Cooperativas y las Cooperativas de Trabajo Asociado se exponían a no parecer auténticas empresas asociativas con el objetivo de reunir el trabajo personal para el beneficio propio o de terceros; sin embargo, este proceso no afectó la naturaleza de estos entes.

Pero esta situación no duró mucho; el surgimiento de una nueva tendencia liderada por las EST (Empresas de Servicios Temporales), que como consecuencia del auge y competencia por parte de las CTA, vieron como su mercado comercial había reducido, conduciendo a la implementación de estrategias ambivalentes para afrontar a las Cooperativas de Trabajo Asociado.

Por un lado, hacían competencia directa a estas en la oferta de personal temporal, pero al mismo tiempo desarrollaron la creación de otras CTA. Así, el entorno laboral en estos campos se volvió de difícil manejo para las entidades encargadas de la inspección y vigilancia, a causa de la poca preparación que presentaban estas para la calificación de un número aproximado de más de 2.000 OTAS en todo el territorio colombiano, cada una con una historia particular de desarrollo y creación.

Más tarde, específicamente en el año de 2.004, las peticiones de las EST, incidieron en la normatividad y doctrina laboral, a través de la expedición de la Circular Conjunta No 067, elaborada por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, con el objetivo de proponer a las Cooperativas de Trabajo Asociado que desarrollaran intermediaciones laborales con servicios de propiedad de las EST y para que dieran fin a estas actividades, expuestas a sanciones en caso de no hacerlo. Esta circular es importante debido a tres condiciones: En primer lugar, ayudó al establecimiento y aplicación de la legislación laboral vigente en este entonces, como también en la prohibición para las CTA en asociar empleados cuyo fin laboral sería reemplazar los titulares de los cargos. En segundo lugar, determinó de forma expresa que las Cooperativas de Trabajo Asociado son asociaciones que presentan un régimen especial no sujeto a la legislación laboral ordinaria como también que son contratistas legales de obras, producción y servicios a terceros , y por último, ratificó la autonomía administrativa, autogestión y organización directa de los movimientos o actividades de los asociados, por medio de la demostración de indicadores de gestión que son el soporte para indicar las diferencias con otras empresas y las ratifica como asociaciones especiales en el campo laboral.

Por otro lado, el Decreto 2879 de 2.004 fue expedido por el Gobierno Nacional no solo con el objetivo de monitorear los movimientos de las OTAS que se alejaban de sus objetivos establecidos y naturales, sino de desaparecer todas las OTAS.; así estas tuvieran un manejo adecuado o no de sus funciones, debido a que presentaban características que hacían imposible la continuidad de su funcionamiento entre estas. El Decreto 468 de 1990, el cual daba fin a su norma estructurada. Sin embargo, este decreto fue anulado 15 días después por medio del Decreto 2996 de 2004, orientado a ordenar a las Cooperativas de Trabajo Asociado en relación a las bases de seguridad social y los pagos de parafiscales, siendo las primeras, el eje de una normatividad vigente alrededor de 14 años, pero de poca aplicación durante ese tiempo.

6- MARCO JURÍDICO

7.1- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- ✓ Constitución Política de Colombia 1991.
- ✓ Código Laboral Colectivo.
- ✓ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. Luís Camilo Osorio. 30 de Enero de 1997. Radicación No. 3422-97.
- ✓ Decreto reglamentario número 468 dictado por el Gobierno Nacional en febrero de 1990.
- ✓ Decreto 1100 de 1992 del Gobierno Nacional.
- ✓ Decreto 3115 de 1997.
- ✓ Ley 50 de 1990.
- ✓ Ley 10 del 21 de enero de 1991.
- ✓ Ley 80 de 1993.
- ✓ Ley 222 de 1995.
- ✓ Ley 79 de 1988.
- ✓ Sentencia de agosto 21 de 1998 M.P Dr. Silvio Escudero Castro. Expediente 10220.
- ✓ Sentencia C-271 de abril 28 de 1999 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel.
- ✓ Expediente D-2186.

7- OUTSOURCING, EXTERNALIZACIÓN O SUBCONTRATACIÓN

8.1- DEFINICIÓN DE OUTSOURCING

Dado que el término procede notoriamente del inglés, la mayoría del entorno hispano lo entiende y cataloga dentro del contexto de la tercerización, concepto que es un tecnicismo definido originalmente por sus desarrolladores ingleses, así:

La acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía y que a la segunda le corresponde la definición de servicio exterior a la compañía y que actúa como una extensión de los negocios de la misma, pero que es responsable de su propia administración¹

Según sus más asiduos utilitarios: las empresas, se basa en la modalidad de administración moderna de contratar externamente bienes materiales o inmateriales con otras empresas lográndose así la reducción de los empleados directos o de nómina. Ello se explica a partir de los altos costos laborales así como a la disminución de la productividad de empresas que antes se preciaban de ser exitosas.

Otros especialistas en la materia, como Peter Drucker sostienen que las organizaciones que deseen sobrevivir al entorno actual, deberán lograr dos cosas: primero, llevar el trabajo al lugar donde está la gente y segundo, contratar por fuera las actividades que no ofrecen oportunidades de ascenso a posiciones administrativas y profesionales relativamente altas, “*trabajando con contratistas de afuera, la corporación se aligera*”².

Paule Neale, director de negocios de la compañía ISL de IBM presenta una definición más condensada y puntual al describir el outsourcing cómo “la práctica de transferir la planeación, administración y operación de ciertas funciones a una tercera parte independiente”³.

Charles Handy, defensor de la empresa virtual, define el término como “la externalización de aquellas funciones que no se consideran competencias nucleares de la organización”⁴.

Ahora, desde una perspectiva de las actividades laborales, es posible observar el concepto desde otro enfoque referido a “*cuando determinada actividad deja de ser desarrollada por los trabajadores de una empresa y es transferida para otra*

¹ ROTHERY, Brian. Outsourcing. México. Editorial Limusa, S.A de C.V, 1996. p. 4.

² DRUCKER, Peter. Gerencia para el futuro, citado por ZAPATA CÁRDENAS, Carlos Alberto. Nuevas formas de contratación: el outsourcing en los servicios de información y documentación. En: Revista Memoria. (ene.-jun. 1997); p.95

³ Ibíd p1.

⁴ LARA NAVARRO, Pablo y MARTÍNEZ USERO, José Ángel. Outsourcing documental: organización de futuro. [en línea]. Disponible en: <<http://eprints.rclis.org/archive/00006968/01/2000-FESABID-outsourcing.pdf>>

*empresa o contratista. Esta otra empresa o contratista, es una “tercera persona”, que interviene en la producción o en la prestación del servicio, de ahí el nombre de “tercerización” al proceso mediante el cual se transfieren actividades de la empresa que ejerce determinada actividad a otras*⁵.

Los sindicalistas van mucho más allá, pues conceptúan que la tercerización consiste en una deslaborización de la actividad productiva de la empresa

Construyendo nuestro propio concepto, bien se puede entender el outsourcing: **como la modalidad de administración de la empresa mediante la cual algunos bienes o servicios necesarios en el giro ordinario de sus negocios, es contratada con terceros como estrategia para abaratar los costos laborales que se le generarían a la empresa contratante para la producción de esos mismos bienes o servicios.**

8.2- EL OUTSOURCING EN LATINOAMÉRICA

Con la entrada en auge de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), el dominio de los negocios globales a través de esas tecnologías ha posicionado a América Latina en el tercer destino más popular para outsourcing en el mundo, prospectado incluso, para ser el primero. El porcentaje de personas que trabaja en empresas industriales, cada vez es menor y los jóvenes universitarios latinoamericanos, se incorporan rápidamente al sector servicios, que demanda grandes masas de nuevos empleados de escasa calificación y alta productividad.

Como se define el outsourcing, permite a cualquier organización abaratar sus costos de producción, especialmente los laborales, desligando a la empresa contratante de responsabilidades en la gestión de recursos humanos e infraestructura de algunos de sus procesos en aras de centrarse en otros procesos que no puede delegar a terceros.

Es muy común por esta época que por ejemplo, empresas asentadas en los Estados Unidos, España o Francia contraten consultoras latinoamericanas que instalan PYMEs para desarrollar software, o centros de contacto (callcenters) en los que se atiende telefónicamente a sus clientes o empresas que prestan desarrollos de software y consultoras.

La desbandada hacia Latinoamérica se explica porque inicialmente el outsourcing, aunque tuvo gran crecimiento en China e India, que brindaban servicios a países angloparlantes, tenían costos bajísimos y compartían el mismo lenguaje. Pero, según los especialistas, surgieron varios problemas, entre ellos, los culturales pues, en países tan lejanos las costumbres locales afectaban la prestación del

⁵ ICEM; Tercerización o subcontratación un fenómeno de grandes dimensiones, 2008.

servicio o los clientes de las contratantes no querían ser atendidos por operadores con acentos “extraños” para ellos. Otros aspectos de la atracción latinoamericana se centra en el bajo costo en mano de obra en comparación con los países industrializados, los usos horarios similares a Europa y EEUU, la cultura occidental, la formación general de los recursos humanos, la infraestructura tecnológica y en telecomunicaciones, beneficios fiscales, etc.

A raíz de este cambio, surgió un nuevo término: el nearshoring que significa la externalización de servicios pero, ya no en países lejanos, sino más cerca del cliente, a quien se va a asistir. El estudio “**Atracción Nearshore Latinoamérica, destino atractivo de tercerización global**” previó el crecimiento de América Latina en el mercado del outsourcing y la amenaza que esta región representaba para India, China y Malasia, potencias en provisión de servicios de tercerización. Por lo que, países como Colombia, Brasil, México y Argentina, se vislumbran hoy como las próximas capitales de la externalización de servicios.

Datos del mercado global, indican que la industria de outsourcing representaba en Febrero de 2010 el 4% del mercado mundial y los niveles de crecimiento son aceleradísimos, ya que avanza más rápido que la de cualquier otra región en el mundo. Los pronósticos sugieren que esta industria representará \$450.000 millones de dólares anuales a partir de 2012. Las pioneras en adoptar esta modalidad de contrato fueron las empresas multinacionales de Estados Unidos y Europa que necesitaban reducir costos y tomaron servicios de países cuyos servicios eran mucho más económicos de lo que pagaban en casa.

Ejemplos de la contratación en outsourcing, se pueden extraer en el caso de una subsidiaria de British Airways que emplea a cerca de 750 personas en su centro de contactos de la India y se espera contratar 800 más; mientras que GE tiene un personal de 1.000 empleados en sus instalaciones en ese país. No solo aumentan las inversiones de centros de contacto en América Latina, sino que las prestaciones del servicio se amplían y avanzan a pasos agigantados. Desde mesas de ayuda para IBM, Hewlett Packard, Oracle, hasta servicios contables, liquidación de sueldos y haberes, hasta externalización de la capacitación y selección para Nextel o Unilever se realizan desde Costa Rica, Perú o Argentina. La telefonía IP resulta una herramienta que agiliza la tercerización de procesos. En países como México muchas compañías aprovechan las ventajas de la virtualización y el autoservicio de los centros de contacto que significa la posibilidad de resolver su trabajo desde cualquier lugar que no sea su oficina. Panamá, Costa Rica, México, Perú, Argentina, Chile y Colombia son algunos de los países que vienen liderando el negocio del outsourcing. Si bien desde la mira internacional se nombra a Buenos Aires como la capital argentina por excelencia del outsourcing, no es la única. Córdoba, desde el centro del país, es uno de los polos tecnológicos más importantes, al límite de su capacidad. Rosario también es una ciudad fuerte en este negocio. El servicio de desarrollo de software que ofrecen miles de empresas en La Plata (Buenos Aires) es el preferido de firmas

como Coca-Cola, Nike y Google. Las consultoras instaladas en la ciudad cuentan con un fuerte sustento académico (apoyados por la Universidad Nacional de La Plata) y según señalan los especialistas, el beneficio costo-calidad-creatividad es sustancial.

En el directorio de Offshore Outsourcing Experts, se registran 92 empresas de outsourcing radicadas en Argentina. Esa cifra supera a la de otros países de Latinoamérica, incluyendo a México y Brasil, aun cuando su mercado está en pleno despegue. Los países industrializados, que a pesar de los altos costos laborales, se dedican a la externalización son: Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Países Escandinavos, Francia y Australia. Los sondeos internacionales en negocios indican que actualmente la India acapara entre el 60 y 80 por ciento de las tareas de externalización de servicios. En una entrevista, el presidente de Tata Consultancy Service, Subramaniam Ramadorai, señaló que para que los países emergentes puedan emular el exitoso modelo indio, los gobiernos no deben interponerse en las actividades de las empresas y sí deben impulsar zonas de fomento industrial y tecnológico. Es una industria que migra a países en desarrollo por los bajos costos laborales y de infraestructura, por lo tanto buscan beneficios impositivos, y de gastos inmobiliarios e insisten en la necesidad de realizar fuertes inversiones en el sistema educativo.

8.3- NATURALEZA JURÍDICA DEL OUTSOURCING

Colombia no cuenta dentro de su cuerpo legal con una definición de outsourcing, pero dada la esencia de esta figura empresarial es factible encontrar dispersas sus normas básicas.

El Código Civil regula todo lo relacionado con el contrato de obra, en sus artículos 2053 y siguientes, igualmente con el que tiene que ver con el arrendamiento de servicios inmateriales, regulado en los artículos 2063 y siguientes. Por su parte, el **Código de Comercio** contempla figuras contractuales como la compraventa, el de suministro (arts. 968 y ss.), la comisión (arts. 1287 y SS.), la agencia comercial (1317 y ss.), contratos que resultan bastante conocidos y de una aplicación casi que cotidiana en las relaciones de comerciantes.

Sin embargo, debemos tener presente que la Ley 79 de 1988 introdujo una regulación especial para el sector cooperativo y dentro de él consagró la figura de las cooperativas de trabajo asociado, cuya reglamentación mas reciente se contiene en el Decreto 4588 de 2006. En breves términos, la Ley 79 de 1988 estableció que las cooperativas de trabajo asociado *en que los portantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los*

estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el Acuerdo Cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.

Esta modalidad de trabajo, como se aprecia en la norma, no está sujeta a las regulaciones ordinarias de trabajo, no obstante que, desde su aparición masiva a principios de este siglo, han sido objeto de regulación por parte del otrora Ministerio de la Protección Social (hoy de Trabajo), de la Superintendencia de Economía Solidaria, entre otras.

El debate acerca de la utilización de esta forma de trabajo ha sido bastante conflictivo, en virtud a que la eliminación del régimen laboral permitió a algunas cooperativas (o a la mayoría) desdibujar su verdadera esencia para ponerla al servicio de empresarios inescrupulosos que pretendían omitir el pago de las prestaciones y salarios a sus trabajadores, presionándolos a integrar esas cooperativas. Con ello, el sesgo jurisdiccional, principalmente en los juzgados laborales, terminó por afectar incluso a aquellas cooperativas de trabajo asociado que, en realidad, comulgaban con los postulados cooperativos y buscaban el beneficio de la colectividad.

Esta forma de trabajo está actualmente revaluada pese a las grandes evidencias de abusos contra los trabajadores y a que el Estado no ha podido desmontarlas totalmente.

8.4- TIPOS DE OUTSOURCING

Las teorías de la administración reconocen, básicamente, dos tipos de outsourcing, el **táctico** y el **estratégico**. El primero de ellos, busca reducir los costos internos y/o reducir los gastos de operación, por lo que se sirve de la reducción de la carga laboral prestacional, dispone de fondos de capital (ej. venta de infraestructura), busca la obtención de recursos inexistentes a nivel interno (contratación de tecnologías), y realiza procesos complejos.

El Outsourcing estratégico, es realizado con el fin de obtener mejoras estratégicas para la organización, por lo que está orientado a la obtención de bienes y/o servicios cuya calidad es significativamente superior a los que puede ofrecer la propia organización; se esmera en acelerar los beneficios de la reingeniería en bienes y servicios y propende por la destinación de recursos para otros propósitos.

Los tipos de outsourcing mas destacados son:

De deslocalización: También conocido como Off-shoring, que involucra la contratación de servicios a terceros radicados en países que ofrecen costos menores a causa de la legislación laboral.

In-house: Es el outsourcing que se produce en las instalaciones de la organización contratante del servicio, como el caso de los servicios de jardinería para los que una empresa tenía un empleado de planta y ahora contrata el mantenimiento de sus jardines con una empresa especializada en esas labores, las cuales, se desarrollan en las instalaciones de la empresa contratante.

Off-site: Se da cuando el servicio de outsourcing se produce en las instalaciones de la propia empresa que lo presta, como cuando una empresa contrata con otra la gestión de su contabilidad y la contratista se encuentra en otro sitio pero los resultados de la gestión los hace llegar a la contratante por diferentes medios de comunicación.

Co-sourcing: Modalidad en la cual el prestador del servicio de outsourcing ofrece algún tipo de valor añadido a su cliente, como compartir los riesgos, es muy parecido a los contratos de joint ventures.

8.4.1- Outsourcing selectivo. El outsourcing selectivo es una expresión que se ha puesto de moda estos últimos años, sobre todo en el sector informático, que refiere a aquellos servicios o bienes contratados en outsourcing donde el contratante mantiene parcialmente sus propios procesos, bienes o servicios y contrata aquello que le interesa en un momento dado. Por ejemplo, en un outsourcing selectivo de mantenimiento de hardware la empresa contratante puede preferir que la actividad se desarrolle por su propio personal técnico de planta, que ya conoce a los usuarios de la empresa, decida la empresa contratar sólo actividades más especializadas como el suministro y logística de piezas de repuesto, el mantenimiento de impresoras y plotters, el mantenimiento de algunos equipos que se encuentran en delegaciones o el mantenimiento de algunos servidores muy importantes.

Lo destacado del outsourcing selectivo es que mediante él se contratan las tareas más especializadas o las que ya no le interesa realizar con recursos propios a una empresa.

8.4.2- Outsourcing Progresivo. A diferencia del outsourcing selectivo, el progresivo implica un mayor grado de complejidad ya que mediante el, la decisión de someter ciertos bienes o servicios tiene que ver con sus esencialidad o utilidad en el desarrollo del objeto de la empresa. Un restaurante, por ejemplo, tiene como

proceso esencial la producción de un menú que lo destaca de otros, este restaurante podrá contratar en outsourcing el servicio de aseo, deberá hacer un ejercicio decisional muy importante para contratar con un tercero la preparación de ese menú. Dos dimensiones importantes a la hora de evaluar qué proceso puede ser candidato para outsourcing son: 1) La aportación que el proceso realiza a las operaciones de la empresa. 2) La aportación del proceso al posicionamiento de la empresa.

Respecto de la primera podemos decir que existen unos procesos que son *esenciales* para el funcionamiento de la empresa y otros que son *útiles* pero no esenciales. Como ejemplo, en una empresa que construye automóviles, la planificación de la producción es una transacción esencial, mientras que la gestión de nóminas es una transacción útil.

En relación con la segunda, deben distinguirse procesos que pudiéramos denominar como *indiferenciados* o que no dan a la organización ninguna ventaja sobre la competencia, y procesos *diferenciadores* que aportan a la empresa una ventaja en relación con la competencia. Por ejemplo, podríamos considerar que dentro de la actividad de sistemas de información, el sistema de gestión de reservas puede ser diferenciadora para una aerolínea, mientras que su gestión contable puede ser indiferenciada.

La decisión entonces sobre que se considera esencial o útil variará ampliamente de una empresa a otra; por ello, será importante antes de tomar una decisión, realizar un estudio de las diferentes transacciones que se dan en una determinada actividad.

A nuestro juicio, encontramos que esta clase de outsourcing debería ser objeto de reglamentación normativa en virtud a que, si bien, la decisión de contratar procesos con terceros comporta un ejercicio de la libertad de empresa, en ocasiones ese tipo de contratación y las circunstancias en la que ella se desarrolle podría determinar o no la procedencia de la responsabilidad solidaria entre contratista y beneficiario de la obra que se regula en el código Sustantivo del Trabajo.

8.4.3- Ventajas y desventajas de esta modalidad de contratación. Son muchas las posturas en las que los analistas auscultan las ventajas del outsourcing pues, por una parte, la oportunidad de enfocarse para resolver asuntos críticos; responder con mayor rapidez a los cambios; acceder a especialistas en diferentes campos, y la adopción de mejores prácticas dentro de la organización resultan siendo aspectos que llevan a las empresas y a su talento humano a laborar con mayor calidad e innovación. Desde el punto de vista financiero se advierte que, además de reducir los costos operativos y compartir el riesgo con el proveedor, la inversión se convierte en un gasto, aunque la desventaja consista en que los

costos financieros sean más altos y que, al incrementarse la complejidad de los contratos, se requiere tiempo para aprender.

Como desventajas generales, se han identificado aquellas relacionadas con que, al quedar el servicio en manos de proveedores externos, hay una dependencia de terceros, que también conlleva a una pérdida de conocimientos y capacidades de manera interna. También, que en relación con la reducción de los costos de producción, no resulta conveniente, pues se corre el riesgo de que sean de mala calidad.

Pero preocupa que en materia laboral las desventajas se traduzcan en la desmoralización de los empleados, quienes pueden sentirse amenazados en su estabilidad laboral y bajar la productividad en su trabajo. Por ello los autores sugieren que se hable con claridad con los empleados sobre este tipo de decisiones, para evitar especulaciones especialmente entre aquellos empleados que definitivamente no serán desvinculados laboralmente. Aún en aquellos casos en los que se desvinculan laboralmente para ser transferidos a las empresas contratistas puede existir el temor de trabajar en situaciones menos ventajosas. Se afirma también que pueden sentirse menos comprometidos con la empresa llevando a una disminución en su rendimiento, según Rothery⁶.

8.4.4- Manifestaciones del outsourcing o tercerización en Colombia. En Colombia, como se desarrolló en breve en la naturaleza jurídica del outsourcing, existen normas legales generalmente contractuales, que le dan plena cabida y juridicidad. No obstante, el tema no es del todo pacífico ya que las mayores críticas a la figura provienen de los sindicatos que ven en el outsourcing una manera *legal* de desmejorar las condiciones contractuales, salariales y prestacionales de los trabajadores.

Un ejemplo de la acogida, aunque restringida, del outsourcing, lo presenta la Superintendencia Financiera mediante Concepto No. 2003036574-1, del 17 de septiembre de 2003 cuando se pronunció frente a la consulta de un ciudadano que indagaba por *el uso del mecanismo de outsourcing por parte de una compañía de seguros*. Frente a esta inquietud, la superintendencia sostuvo que:

En forma preliminar se debe precisar que respecto de la posibilidad jurídica para que una entidad vigilada encargue parcialmente su administración y funcionamiento a un tercero a través de un contrato de outsourcing, así como su interrelación con la delegación de profesionalidad, esta Superintendencia ha emitido pronunciamiento

⁶ ROTHERY, Brian. Op. cit., p. 53. "El proveedor debe tener una buena reputación de saber tratar al personal transferido que se siente agraviado, absorbiéndolo en la organización y luego transformándolo para que se sienta bien, con respecto a un cliente que antes fue su patrón"

señalando las siguientes directrices que definen su procedencia⁷, las cuales pueden aplicarse a cada caso particular y concreto:

1. No existe disposición legal o instructivo impartido por esta Superintendencia que de manera expresa prohíba a las entidades vigiladas celebrar contratos de outsourcing con firmas dedicadas a prestar servicios especializados.

Sin embargo no es posible que tales entidades [trasladen] a un tercero las facultades connaturales a su objeto social especial y le encarguen la ejecución de las operaciones que les son propias, con la consiguiente entrega de la autonomía y discrecionalidad que deben caracterizar la toma de decisiones en el sector financiero, asegurador y previsional.

2. Esta práctica no autorizada e insegura, denominada delegación de la profesionalidad tiene su razón de ser en la condición de profesional inherente a las mencionadas actividades, cuyo desarrollo debe discurrir por razones de orden público económico dentro de los particulares cauces señalados en la ley.

3. Se concluye entonces que la celebración de contratos de outsourcing por parte de las empresas dedicadas a prestar servicios de naturaleza administrativa será procedente siempre y cuando no involucre la realización de las operaciones autorizadas a dichas entidades.

La posición de la Superintendencia en este evento establece la posibilidad que las aseguradoras contraten en outsourcing ciertas actividades sin que haya un desplazamiento de la actividad profesional, esencial de la entidad, hacia terceros.

Como se ha visto, en Colombia son incipientes los mecanismos implementados por el Estado para regular la figura del outsourcing; figura que obviamente representa enormes beneficios y ventajas para los empresarios y para el crecimiento de la economía, pero que por ello mismo, afectan negativamente ciertos sectores como los trabajadores y otras empresas. La regulación necesaria en estas materias debería implementar el conocimiento de las modalidades de outsourcing que permitan delimitar, como en el caso del concepto anterior, cuáles actividades o procesos pueden tercerizar las empresas o si, sin restringirla de esa manera, ejercer una vigilancia e inspección por la autoridad policiva del trabajo. De manera que, ciertamente, la tercerización, por motivos estratégicos del mercado global, así como por la preferencia de las ciencias administrativas, es un fenómeno en boga en Colombia pero del que el legislador parece no percatarse.

⁷ Concepto radicación No. 95006541-1 del 3 de marzo de 1995 y 1999030970-2 del 26 de junio de 1999 de la Superintendencia Bancaria.

9. CONSECUENCIAS DEL OUTSOURCING DENTRO DEL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DE LA APERTURA DEL MERCADO EN EL DERECHO LABORAL

Recogiendo los aspectos más generales de la evolución del concepto de trabajo y su conformación normativa a través de la historia, se puede decir hoy en día que la noción subordinada de la prestación del servicio, base sobre la cual se ha edificado el cimiento de la relación laboral contemporánea, que arraiga también el paquete de prerrogativas económicas y asistenciales logradas en las innumerables revoluciones y huelgas, no solo como esquema participativo de la clase trabajadora en la plusvalía del *empresario-patrón*, sino como conjunto de elementos mínimos participativos elevados a norma jurídica por el legislador político como mecanismo dignificador, y a la vez, social de la actividad laboral, enfrenta hoy, por virtud de los ajustes en la configuración de la empresa local en su transición y consolidación hacia una de ámbito transfronteriza, lo que implica un significativo replanteamiento, tanto del concepto de trabajo, como del de empresa.

El aspecto local de la empresa, obligada –por la policía del trabajo o por el sindicato- a sostener, más que a la gruesa planta de personal, sus unidades procesales y sub-procesales de producción, dejó de ser un imperativo en la dogmática de la administración en el momento mismo en que los adelantos en las tecnologías de transporte y comunicaciones propiciaron circunstancias favorables para dejar de lado la productividad *focalizada* y servirse de una *dijéramos, articulada*.

Articulada, porque la empresa local pudo dejar de lado procesos o subprocesos sobre los cuales la administración no tenía una supervisión muy eficiente, y porque se apreciaba que por la vía del insumo, esos procesos podían generar mejores resultados a menor costo, de manera que la empresa local, estaba en posición de suministrarse por la misma vía de sus proveedores, a mas de las materias primas, productos que antes desarrollaba en sus grandes talleres.

Esta articulación, sobre la que sin duda, las teorías de la administración aportan muchísimas más opiniones, no nacieron ciertamente en la concepción procesal-productiva de Ford; tiene su génesis quizá en épocas más remotas, y ello, en gran parte por la *complejización* de los bienes y servicios, sobre todo en sectores industriales con desarrollo de nuevas tecnologías. La aparición de bienes más complejos que involucraban varios elementos producidos por varias artes, impuso la necesidad empresarial de adquirir de otros artesanos los elementos requeridos para su industria: la bombilla requería de cables y vulvas de vidrio, la empresa no precisamente producía cables, ni elementos de vidrio, ni la que producía lo primero estaba *fisiológicamente* apta para producir lo segundo, ni viceversa, pero aquella sí articulaba estos dos elementos y

producía bombillos. Ahora, el desarrollo masificado de bienes de composiciones complejas, cuyo ejemplo característico es la empresa de Henry Ford a principios del siglo XX; organizó en adelante a la empresa como una forma estructurada a partir de coyunturas procesales orientadas a un fin productivo; se trataba de una empresa, ya no de transformación de la naturaleza a partir de materias primas, sino más bien de una de ensamble o de articulación de bienes.

La irrupción de la estructura empresarial de Ford y las teorías económicas, entonces en boga, de Adam Smith, reposicionaron el método de la empresa desde principios del siglo XX, con lo cual, la administración estructuró mejor su papel frente a la empresa y el trabajo: grandes empresas significaban grandes y poderosos sindicatos, pero a la vez, grandes intereses económicos en la conformación de los poderes de los estados de manera directa –impuestos-, e indirecta –sobornos-, capaces de injerir en la decisión política en relación con el trabajo.

De esta manera, por un lado la fuerza sindical y sus cruentas luchas procuraban en el Estado normas protectoras del trabajo y de las condiciones mínimas salariales y prestacionales con lo cual el nivel de protección se incrementaba y suponía una carga económica mas alta en el costeo de la producción empresarial, y por el otro, los poderes económicos, tras la figura de la libertad de empresa y la producción económica, como causa del impuesto, demandaban de ese mismo Estado aperturas económicas y libertades de importación y exportación. Lo lógico para el empresario era aprovechar la debilidad de la protección laboral en países extranjeros, menos *sindicalizados* para, mediante importaciones, agregar a los bienes y servicios los elementos necesarios en el ensamble, y aprovechar igualmente la posibilidad de poner su producido, a más del mercado interno, en el extranjero.

Los grandes buques de madera, pronto fueron cambiados por otros de acero, más monstruosos y rápidos, impulsados, ya no a vela o a brazo, sino con motores de carbón o combustibles fósiles, con lo cual, las cargas de importación y exportación se expandieron considerablemente y en el caso de bienes delicados y livianos, el transporte aéreo los ponía en cuestión de horas al otro lado de la frontera, incluso, del océano, y todo ahora bajo la protección de una póliza de seguro.

Según lo anterior, puede verse con claridad que las políticas laborales siempre han considerado sus problemas al nivel doméstico, mientras que las fuerzas económicas dimensionan sus necesidades y requerimientos en el ámbito externo, lo cual supone la dinámica del equilibrio entre fuerza laboral y económica y pese a que la fuerza de trabajo cuente con instituciones supranacionales –OIT-, como vigilantes generales de la protección.

Las repercusiones de esa dinámica, en que el agotamiento de la protección *interna* es una consecuencia de la expansión *externa* -como causa-, y especialmente en lo atañedor con la conformación del mundo del trabajo, y en la específica valoración de éste, trascienden en aspectos que, desde fines del siglo XX, han cuestionado radical y seriamente el esquema en torno del cual viene evolucionando un concepto de derecho del trabajo, pues según ello, se explicaría i) la considerable tasa de trabajo informal (carente de regulación normativa), ii) la creciente comunidad laboral que actúa en un sector aparentemente autónomo (según las reglas del derecho civil o mercantil, con la manifiesta intención de excluir todo aspecto que conlleve a la inclusión de normas laborales); y iii) la implantación y desarrollo de nuevas formas de empleo que resultan "atípicas" en el campo de los trabajadores subordinados. Esas *nuevas formas de empleo*, sin duda, si bien no han consolidado del todo una decadencia del trabajo subordinado en general, si parecen representar una seria amenaza, sobre todo por la creciente legalización de las relaciones cimentada en las reglas civiles del arrendamiento de servicios.

No obstante el panorama no resulta del todo una forma eficiente de la administración de la empresa –así como tampoco, obviamente, de un derecho al trabajo digno-, pues debido a la tercerización de la labor de la empresa, el fenómeno de la inestabilidad aparece más amenazador que en otros tiempos, ya que la empresa afronta varios riesgos a partir de la fuerte internalización de sus competidoras, debe confiar en productos y servicios cada vez mas barato pero por lo mismo de menor calidad y durabilidad; dificultades que, pese los variados esfuerzos, por lo general, tienen un impacto negativo sobre el derecho laboral. Son significativas estas apreciaciones:

"la empresa contemporánea deja de ser una estructura constituida de empleos para transformarse rápidamente en un campo o ámbito donde el trabajo se cumple o se ejecuta [...] muchas empresas se encuentran hoy muy avanzadas en el camino hacia la desalarización".

Luego, si la empresa termina por perder gran parte de sus funciones integradoras y en el camino hacia una aparente eficacia y competitividad, no es tan deshonesto pensar en que también se dirige hacia una descalificación de sus trabajadores, debiendo recurrir a figuras contractuales de trabajo atípicas, temporales o precarizadas, por encima de las relaciones de servicio formalmente no subordinadas, en donde, o queda a merced de las drásticas sanciones, generalmente patrimoniales, establecidas por el legislador político e imponibles por la jurisdicción, o en el peor de los casos a merced de la deshonestidad, negligencia o impericia de trabajadores que así se contratan con lo que los efectos resultan ser cuantiosos desde el punto de vista económico, pero desastrosos en cuanto organización de trabajo.

Por otro lado, la demanda empresarial de suministros de bienes y servicios, ahora tercerizados, pone en un lugar escondido el tratamiento salarial y prestacional de los trabajadores del proveedor; la empresa desconoce el clima laboral de su proveedor y, si se trata de aquellos proveedores que desarrollan el bien o servicio dentro de la locación de la empresa, los problemas de esa ceguera, se traducen, por lo general en la mayoría de los estado, en la participación, solidaria, de las sanciones y cargas imponibles por la jurisdicción al proveedor.

Puesta en evidencia así la creciente tendencia empresarial de tercerizar sus servicios, de propiciamiento de la descentralización productiva mediante la subcontratación, el resultado generando no será otro que un impacto ostensible en el derecho laboral. Si bien esta descentralización productiva puede explicarse por una multiplicidad de factores, para los que en cada caso concreto siempre podría corresponder a un determinado factor predominante, susceptible de valoración de cada forma, no hay lugar a dudas de que, lo que se persigue con ella es, en primer termino, la institucionalización de un discurso contra la acción sindical –por cuya cuenta el nivel de protección laboral aumenta-, y, en segundo término, la elusión de las consecuencias normativas, generalmente relacionadas con la dimensión salarial, implantadas en los esquemas jurídicos de protección a la dignidad en el trabajo.

La denuncia generalizada es la de que este nuevo modelo laboral conllevaría a que la mayoría de las empresas eludan la afiliación y pago de aportes a la seguridad social, así como que no respeten la estabilidad en el empleo, ni sueldos o salarios iguales a los trabajadores de *planta*. También permite que se contrate por horarios irregulares. Con ello, la vieja cultura empresarial de una *empresa integrada* se habría perdido, pues la empresa ya no es responsable de *sus* trabajadores. Por lo que se desconfía que, por cuenta de ese modelo, se habría creado una cultura laboral basada en la explotación individual y la falta de solidaridad de los trabajadores entre sí, propicia para la perdida de la motivación del trabajo y la generalización de la incompetencia, consecuencias éstas que el mismo modelo de outsourcing destaca como desventaja: la de que la calidad del trabajo esté en serio riesgo de perderse en aras de la cantidad.

Ahora, bien que la justificación para la tendencia particular de contratación a que nos hemos referido pueda constituirse en una respuesta de las ciencias administrativas orientada hacia la eficacia de los procesos de la empresa en circunstancias de constantes y profundos cambios impuestos por el avance continuo de las ciencias y la tecnología al que deben sujetarse hoy, así como la de propender al aumento progresivo de la productividad y la competitividad, pero, a no dudarlo, de que esa transformación, justificada así, entrañaría empero ir a costa de los intereses legitimados de la clase trabajadora.

Muchas propuestas desde la orilla de la protección al trabajo destacan la viabilidad de intervertir el objetivo de la tercerización laboral en uno que permita lograr un equilibrio armónico entre aquello que resulta socialmente deseable y aquello económicamente posible; No obstante, las practicas actuales, muestran que las consecuencias de una política estatal frente a la globalización y la economía transfronteriza no han tenido un nivel deseable de respuesta a las injerencias que el discurso económico ejerce materialmente sobre los niveles de protección de la dignidad del trabajo, ya que como es evidente, la mayoría de desventajas de ese sistema empresarial recaen principalmente sobre los trabajadores.

Por cuenta de la gestión de *expansión externa* de los empresarios, estas denunciadas modalidades de contratación figuran estrechamente ligadas, por el lado de la empresa privada con las aperturas económicas y, por el lado de la administración pública, en las privatizaciones, en donde el propósito principal no resulta siendo otro que el de una aminoración de los costos de producción, y en el que los grandes monopolios empresariales tienen marcada injerencia en las decisiones del estado y una colosal significancia en las economías de mercado, lo cual, seguramente es la manifestación consecencial de su aplicación instrumental como mecanismo para aliviar la tasas de retorno o utilidad que frente al mercado tendencia permanentemente a la baja, con lo que, la intención de trasladar la competencia entre empresas a otra entre trabajadores, impondrá las condiciones de recuperar la tasa y, a la vez, degenerar y mantener un superávit en la oferta laboral, según el cual, el abaratamiento salarial comporta una proporcionalidad inversa: a mayor desempleo, menor salario, quedando plenamente vigente una de las verdades del Marxismo:

“El ejército de reserva de desempleados es un fenómeno propio del modo de producción capitalista: es la creación de un excedente de trabajadores dispuestos desesperadamente a contratarse por un salario. En general el capitalismo requiere de este excedente y lo amplía constantemente para no quedar sometido a las exigencias de los trabajadores”.

La generación de la oportunidad de una empresa eficaz y productiva a partir del outsourcing, comporta entonces el desplazamiento de procesos y subprocesos a unidades empresariales diversas de la gran empresa contratante, el dominio externo de las políticas económicas y de mercados permite a los grandes monopolios la colonización de nuevos ambientes productivos en los que el dominio interno de las fuerzas sindicales es débil, ello implica el traslado de la base regional de la empresa hacia el contexto global, pero el nivel de protección laboral es disímil en cada estado.

9.1. OUTSOURCING EN LOS PAÍSES DESARROLLADOS

Los sistemas de protección de la dignidad laboral en los Estados Unidos de América pueden entenderse en la dinámica de un diseño individualista, caracterizado por una baja o nula participación del sindicato de base, pese a la gran injerencia y poder de los sindicatos gremiales, por lo que la generalidad del contrato laboral estadounidense emerge gobernado por relaciones más individuales que colectivas y aunque dicho modelo no está del todo generalizado, las investigaciones gubernamentales y sindicales han evidenciado que se ha tratado de imponer gradual y sistemáticamente.

Después de que se intentaran implantar las políticas neoliberales en otras partes del mundo, incluyendo a Europa, merced al *Estado de Bienestar*, el legislador político había logrado estructurar y funcionalizar variados y novedosos sistemas de protección a la dignidad en las relaciones laborales individuales así como de aquellas cuyo centro de gravedad jurídica se centraba en el derecho colectivo o de asociación sindical que permitieron el florecimiento de inmejorables estadios de garantías salariales, prestacionales y de aseguramiento social para los trabajadores.

Pero ahora el neoliberalismo exigiría el desmonte de ese modelo de gestión dignitaria, en lo cual, se lleva más de veinte años; 20 años en los cuales, si bien el sistema no ha sido desmontado de la norma jurídica, la irrupción de nuevas formas contractuales logró introducir varias modalidades de flexibilidad laboral en muchos países europeos.

La crítica y los analistas del mercado laboral han sugerido respecto de esta transición que las relaciones laborales en los países desarrollados económicamente han venido en franco y preocupante deterioro. El desmonte de los mecanismos de protección social implantados y vigentes desde la posguerra, como era de esperarse, jamás llevaron a mayores y mejores niveles de empleo, antes por el contrario, se aprecia en los indicadores estadísticos un aumento generalizado en el *paro* forzoso, en el fomento de economías informales y la tolerancia con el trabajo precario, o sea, el trabajo de aquellas personas que optan, teniendo un trabajo en condiciones regulares y sufriendo la pérdida de capacidad de compra de sus salarios para un nivel de vida aceptable, se vieron obligados a tomar otros trabajos en condiciones de irregularidad, como el caso de aquellos que se emplean en varias empresas para desarrollar actividades de más bajo perfil que aquel que desempeñaban anteriormente.

En un reciente estudio de la OIT⁸ en relación con el tema de la *deslocalización* en la que se analizaron las relaciones de outsourcing entre países *emisores* como EE.UU., Canadá y Reino Unido, y los países *de destino*, se evidenció que *“en general, los puestos de trabajo en la industria BPO⁹ de los países en desarrollo son de una calidad razonable, según los criterios locales, en términos de condiciones de trabajo y de empleo (en lo que respecta a los salarios, las horas de trabajo y las prestaciones no salariales, por ejemplo), y que los gobiernos de muchos países en desarrollo no han escatimado esfuerzos para promover dichos puestos de trabajo”*.

9.2- OUTSOURCING EN PAÍSES EN VÍA DE DESARROLLO

En aquellos países en vías de desarrollo económico, se ha detectado que, bajo el modelo laboral del neoliberalismo, se ha desatado una mayor búsqueda de fuentes de ingreso y producción en relación con las economías desarrolladas por abaratar los costos laborales, no obstante en este caso hay agravantes, debido a que los países en vías de desarrollo generalmente carecen de un marco normativo adecuadas que permita la protección a niveles deseables de dignidad laboral o, que contando con ellos, los esquemas policivos o jurisdiccionales son insuficientes para materializar las garantías y prerrogativas del sistema normativo, por lo que puede decirse, y así lo tiene la crítica, que no hay, ni ha habido, por lo regular, una adecuada protección al derecho de los trabajadores.

A partir de los procesos de apertura económica y los tratados de libre comercio, generalmente adoptados estos últimos entre países desarrollados y con aquellos de economías emergentes, el aprovechando la liberalización mercantil ha permitido el implante de cláusulas sociales en los tratados comerciales que permitan la garantía o al menos el cumplimiento de los cinco principios establecidos por la OIT para la protección al trabajo, pero el resultado ha sido desigual y los éxitos han terminado por ser selectivos.

De allí a que en países de economías emergentes, a pesar de que los cinco principios de la OIT resultan ser parte del discurso legal del legislador, no se cuenta ciertamente con una regulación internacional del trabajo que sea aceptada así como tampoco existen el mecanismo idóneo para llevar a efecto su cabal cumplimiento. Estas características de algunos de los países del Sur permite que sigan bajando sus niveles de protección de dignidad laborales como una omisión estratégica en la atracción sistemática de inversión extranjera, mecanismo que resulta altamente compatible con las políticas de las

⁸ Ver Resumen Ejecutivo del libro *Offshoring and working conditions in remote work*. [La deslocalización y las condiciones laborales en el trabajo a distancia]. Compilado por Jon C. Messenger y Naj Ghosheh ISBN 978-92-2-123001-4

⁹ BPO, por sus siglas en inglés equivale a “subcontratación de procesos de negocio”

grandes firmas internacionales, las transnacionales más importantes, siguen desplazando, directamente o a través de sus filiales, parte de sus procesos o todo el proceso de producción hacia esos países.

El panorama en América Latina en relación con la flexibilidad en el trabajo no plantea ciertamente una caída en el desempleo, ni la creación de más empleos. La flexibilidad del mercado laboral en lugar de atraer a los trabajadores de los empleos de baja productividad hacia los de más alta productividad, frecuentemente ha desplazado a los trabajadores de los empleos de baja productividad al desempleo.

Un ejemplo interesante es el de la multinacional norteamericana Colgate Palmolive, debido a que fue pionera en el sector industrial colombiano en llevar a cabo este tipo de prácticas de contratación utilizando agencias de empleo temporal. Esta empresa hacia los años setenta, época en que inició este modelo de contratación había limitado la organización sindical, con una representación mínima en el conjunto de la mano de obra. A finales de los años setenta esta representación terminó por ser nominal, sin incidencia alguna en los trabajadores, de modo que, mucho antes que otras empresas multinacionales, Colgate Palmolive lideró el desplazamiento de las prácticas sindicales, convirtiéndose en un modelo empresarial sin “problemas sindicales”.

El sector textil colombiano representa uno de los sectores en donde el outsourcing también ha sido la causa de una fuerte afectación a los niveles de protección de la dignidad laboral en el proceso de flexibilización laboral, debido la intervención de mecanismos de contratación en el que las nuevas formas de reclutamiento de personal, dejan sin piso las características esenciales del contrato de trabajo formal, ya que al cambiarse el marco regulatorio existente en la Ley 50 de 1990 por contratos de servicios proporcionados por empresas cooperativas de trabajo asociado, se conduce evidentemente a la desaparición de ese contrato y con él del paquete prestacional y de garantías establecidas por la ley sustantiva del trabajo.

En Colombia, igualmente la cooperativización de los trabajadores de una empresa consiste en la terminación del contrato de trabajo con esa empresa, para posteriormente figurar, también por vía contractual, como asociado de una cooperativa de trabajo asociado y como requisito previo del empresario para acceder al empleo. Así opera un mecanismo que los empresarios y *dueños* de cooperativas califican como perfecto dentro del esquema de flexibilización externa de la producción que se traduce en bajos costos para la empresa, pues este sistema de contratación origina contratos entre la empresa manufacturera y la cooperativa que pueden pactarse por horas, días o meses, además de que, por no consistir la relación asociado-cooperativa en una jurídica de tipo laboral, sino de adhesión al cuerpo estatutario de la cooperativa, la posibilidad de conservar el nivel de salarios e incluso la posibilidad misma de reclamar

prestaciones es perfectamente anulada. Este ha sido, por excelencia, el mecanismo contractual preferido por las empresas del sector textil.

Según Guillermo Idárraga *“el crecimiento de trabajadores por sistema cooperativo ha sido enorme, ya todas las empresas que contratan trabajadores lo hacen por el sistema de cooperativas, esa es una gran preocupación de la dirigencia sindical hoy en día, en razón a que este trabajador no puede sindicalizarse... se puede hablar de 40% de crecimiento de las cooperativas de empleo, por ejemplo: Fabricato, tiene cerca de 1.800 trabajadores y de ellos 1.000 trabajadores son de cooperativa. En Everfit, también, de 1.200, 1.000 trabajadores son de cooperativa. De igual manera, 100% de las operarias de confecciones El Cid, la empresa que hace maquila de exportación, se encuentran contratadas por el sistema de cooperativas. Es espantoso el crecimiento de las cooperativas”*.

Pero lo más trascendente de esta práctica es que, en las nuevas condiciones de gestión y regulación del trabajo se impide la posibilidad de conformación, permanencia y poder de la organización sindical y todos estos cambios han incidido de manera drástica en la disminución de los trabajadores organizados en sindicatos. Para el caso de Coltejer, una de las más tradicionales empresas textiles del país y de la región, según Idárraga, *“Sintratextil llegó a tener en 1995, 600-700 afiliados, hoy escasamente son 240... el sindicato de base llegó a tener entre 5.000 y 6.000 afiliados en 1995, hoy escasamente son 1.300”*.

Otro sector que en Colombia se ha visto afectado en medida ostensible por el outsourcing es el de las ventas, y un ejemplo concreto de esa afectación la constituye la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en donde los sistemas de salud y pensiones pudieron ser administrados por sociedades privadas quienes precisaron de miles de vendedores o asesores comerciales dispuestos a convencer y afiliar a miles de trabajadores en las empresas para las que decían trabajar, pero la realidad era que estos asesores comerciales eran trabajadores de varias empresas, principalmente de empresas de servicios temporales, que contrataban con las E.P.S.s y/o A.F.P.s. Y todo ello como respuesta al dilema que enfrentaron estas empresas de cómo afianzar y expandir las ventas sin engrosar la planta de personal, por lo que, no solo en la seguridad social este sistema haya tenido acogida pues, también lo es en compañías de seguros, fondos de pensiones y cesantías, prestadoras de servicios de salud y entidades bancarias que han desmontado hasta el 60% de su fuerza de ventas fija para acudir a otros esquemas.

9.3- FORMAS DE OUTSOURCING EN EL DERECHO COMPARADO

9.3.1- Europa. Desde hace más o menos dos décadas la legislación laboral española, ha venido sufriendo una serie de transformaciones motivadas por la situación económica de las empresas, que a su vez han introducido cambios en las estructuras de administración de las mismas. Francisco Alemán Páez lo describe así:

“Nos encontramos ante una paradigmática etapa de revolución industrial del sistema capitalista jalonada por dos motores basilares: la irrupción de nuevas tecnologías y el acontecimiento de transformaciones organizativas en las estructuras productivas por parte de las empresas. La difusión generalizada de ambos factores desde hace más de una década evidencian un tránsito de una economía de escala a una economía de ‘flexibilidad’ o ‘extensión’”.

Este tipo de cambios, como lo sugiere el autor citado, significó la transición entre una tendencia de producción de masa o grandes cantidades, homogénea y de larga duración a una de producción de bienes diversos y producción en ciclos cortos, a la que se sumó la apertura económica de los países y la búsqueda de la globalización. En tal contexto, la legislación laboral no podía ser ajena a esa nueva realidad, la cual contó con instrumentos tales como la “desregulación”, entendida aquí como la posibilidad de flexibilizar las tradicionalmente rígidas normas laborales para dar mayor espacio a la autonomía privada.

En los años 80s el desempleo en España aumentaba dramáticamente sus índices, el sector empresarial pasaba por una dura crisis por la que, como respuesta gubernamental, se impulsó la reforma laboral de 1984 en la que se introdujo una modalidad de enganche de trabajadores atípicos, esto es, la posibilidad de contratar trabajadores por un término definido o mediante contratos temporales, con el objetivo, al menos intentado, de fomentar el empleo.

Posteriormente, se expide la Ley 11 de 1994, en la que resulta expresiva la exposición de motivos:

De no introducirse este criterio de adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral, en la regulación estatal y en la negociación colectiva, el esquema de garantías para los trabajadores inherente al derecho del trabajo irá apareciendo cada vez más como una regulación puramente formal, que no solo no sirve para proteger el empleo existente sino que abre una brecha cada vez mayor entre ocupados y desempleados.

Posteriormente y después de revisados los efectos y alcances de la reforma de 1984 se promulgó la Ley 42 del 30 de diciembre de 1994, que en este aspecto, aunque sigue el mismo lineamiento de la reforma de 1984, enfocó otros aspectos claves, tal como lo presenta Wilfredo Sanguinetti diciendo que la reforma se puede sistematizar en tres partes a saber: i) con las medidas que hacen referencia a los mecanismos de acceso al empleo, limitando el anterior monopolio del estado, posibilitando agencias privadas en dicha labor, así como la legalización de las agencias de trabajo temporal; ii) consiste en *“la exclusión de las normas ordinarias”* de la contratación para los contratos temporales, dando espacio a la autonomía negocial de las empresas en estos contratos, y iii) la flexibilización de la categorización de los profesionales, dando como resultado, la posibilidad de que dicho profesional pueda adaptarse a otras categorías equivalentes y de acuerdo con las necesidades de la empresa.

Puede decirse entonces que la mencionada Ley 42 de 1995 estableció una serie de incentivos para el fomento del empleo de ciertos sectores de la oferta laboral. En efecto, ofrece beneficios como son la reducción en un 75% en la cuota que debe pagar el empresario por concepto de cuota de seguridad social por empleados mayores de 45 años, o trabajadores minusválidos, o por contratar a quienes sean beneficiarios de prestaciones por desempleo. Esta política de fomento de empleo es posteriormente seguida en sus mismos lineamientos en las leyes 13 de 1996, 66 de 1997 y 50 de 1998. La primera de ellas con un énfasis importante en la contratación de personas con discapacidad *‘física, psíquica o sensorial’*. La segunda amplía los beneficios por contratos también indefinidos y a jóvenes menores de 30 años, con algunas variaciones en los incentivos o beneficios, supeditado a la condición de estar al día en obligaciones tributarias. La tercera incluye también beneficios por contratación de personal femenino.

Por otro lado y en lo que tiene que ver con la posición europea, la normatividad y el desarrollo jurisprudencial de la Comunidad Económica Europea, consagra la libre prestación de servicios, por la que se hace una clasificación que distingue el trabajador asalariado (subordinado) del trabajador autónomo y cuando se hace alusión a la libre prestación de servicios, se refiere básicamente a aquel servicio prestado por el trabajador autónomo, por tanto *“la libre prestación de servicios consagrada en el derecho comunitario, se refiere únicamente a la modalidad de servicios prestados por trabajadores autónomos (...) titulares de esta libertad comunitaria, son solo por tanto los trabajadores autónomos, en el sentido más amplio que incluye a los profesionales liberales.”*

A nivel gubernamental la Unión Europea, desde 1993, estableció el concurso de méritos para el suministro de servicios adoptado mediante la *“Directriz de Servicios de la Unión Europea”*, en la que se fijan las reglas claras de publicidad y concesión de los contratos para los aspirantes a dichos contratos.

En el Reino Unido, Inglaterra propone un ejemplo del incremento en la contratación externa u outsourcing, bajo la modalidad de contratistas independientes en los últimos años; dicho incremento de este tipo de contratos es descrito por Brian Pothery en los siguientes términos: *“En 1993, el gasto anual del servicio civil del Reino Unido en actividades contratadas fue de 1500 millones de libras esterlinas. Para fines de 1997 podría alcanzar los 10 mil millones. Fuentes gubernamentales del Reino Unido estiman que los ahorros obtenidos mediante subcontratación podrían ser del 6 al 25 por ciento. Las autoridades locales ya han subcontratado servicios por un valor 2 mil millones de libras, principalmente en recolección de basuras, limpieza de edificios, mantenimiento de parques y jardines, administración de instalaciones deportivas y de recreación, mantenimiento de vehículos y servicios de comedor. Lo mismo está sucediendo ahora con la subcontratación de la administración de hospitales y centros de salud. El gobierno subcontratará funciones como auditoría, contabilidad, nómina y servicios jurídicos.”*

Es tan notable el auge del outsourcing en la Unión Europea que se ha llegado incluso a la subcontratación para el cobro de multas por mal estacionamiento, la administración de escuelas, la colaboración para controles en aduanas, como tantas otras actividades gubernamentales. Debido a ello se dio origen al llamado TUPE en 1981 que se basa en una serie de reglamentaciones sobre la transferencia de empresas y protección al empleo y fue concebido bajo la idea de brindar protección al empleado, para garantizarle su derecho de continuar con sus mismas condiciones de trabajo cuando es transferido a otra organización. Aunque este nivel de protección se aplica a los salarios, no se extiende a otros beneficios laborales como la pensión. Originalmente sólo se aplicaba a transferencias de empresas de naturaleza comercial, lo que excluía a los empleados estatales, pero en 1993 con la ley de reforma de sindicatos y derechos de empleo se corrige esta exclusión. (Ley TURER).

9.3.2- LATINOAMÉRICA. Como ya vimos anteriormente, las actuales condiciones de mercado y culturales señalan a países latinoamericanos como destinos por excelencia de contratación mediante outsourcing, pero la agrupación de estas experiencias es solo geográfica ya que existe una variedad de contrataciones y protecciones de diferente nivel que pasamos a reseñar brevemente.

9.3.2.1- Costa Rica. En Costa Rica se avanza en las prácticas cooperativas, principalmente de dos de ellas pertenecientes al sector tabacalero en la provincia de Alajuela, las cuales, desde su creación a mediados del siglo XX se han convertido en polos de desarrollo regional. La Ley de Asociaciones Cooperativas número 6756, es la que regula el cooperativismo.

Frente a la crisis empresarial y los continuos paros de trabajadores surgieron en Costa Rica necesidades de empleo que motivaron la asociación en cooperativas, esa necesidad de sentirse involucrados en los procesos del éxito de las empresas ha llevado a un espíritu de cooperación entre los integrantes y la búsqueda de resultados benéficos que redunden en su bienestar personal y familiar. Es por ello que la mencionada ley restringe el empleo de no asociados a las cooperativas, por faltar el sentimiento de pertenencia y de compromiso que conlleva y que es esencial a su naturaleza: *“En esas condiciones, la legislación vigente, impone la condición de que puedan contratarse trabajadores no asociados, pero durante cierto lapso de tiempo y por determinado porcentaje con respecto al total de trabajadores asociados con el propósito de no tergiversar su verdadera naturaleza... Algunos de los posibles casos en que se puede contratar personal no asociado es cuando se presenten circunstancias extraordinarias o imprevistas, para llevar a cabo determinadas obras a un plazo fijo o para trabajos eventuales, diferentes a los que se requieren para concretar el objetivo social de la cooperativa... ”*.

El artículo 104 de la Ley 6756 establece, por ejemplo, que los cargos gerenciales y de dirección administrativa sólo pueden ser contratados externamente cuando dentro de todos los asociados no hay personal suficientemente capacitado para desarrollar dichas labores. La ley contempla además, que cada de las cooperativas en sus estatutos prevea un completo sistema de seguridad social para sus miembros. Se especifica al respecto, que dentro de las reservas facultativas se puede acordar por la Asamblea General por mayoría de votos, una ampliación de tales fondos para extender mayores beneficios en este rubro a sus miembros, para cubrir eventualidades de vejez, invalidez y muerte. Así el sistema cooperativo de trabajo ha tenido un desarrollo importante en Costa Rica, en buena parte por los incentivos que ofrece a un sector de trabajadores, que por carecer del capital suficiente para constituirse como empresarios, encuentran en él la oportunidad de progreso y de estabilidad de ingresos.

9.3.2.2- Chile. Con el anuncio de que podría ser el primer país desarrollado de América Latina, el caso chileno resalta, una gran adaptabilidad a las teorías neoliberales que se traduce en la implantación de un sólido sistema de seguridad social y una legislación laboral que en los últimos años se ha venido adaptando bajo la forma de contratación independiente. No obstante, dicho fenómeno apareció de manera automática; Eduardo Fernández Flórez la resume así: *“En 1968 se prohibía la ejecución a través de contratistas, de labores inherentes a la actividad principal de una industria. La ley que consagraba esta disposición fue derogada en 1979, estableciendo una posibilidad de contratación de este tipo, con la advertencia de que dado el caso se establecía una responsabilidad subsidiaria de la empresa contratante con relación a las obligaciones laborales adquiridas por el contratista”*.

En la legislación laboral chilena se contempla igualmente una norma mediante la cual se sanciona con la imposición de multas en beneficio del Estado, aquellos casos en que el empleador simula la contratación de trabajadores a través de terceros, estableciéndose incluso un agravante traducido en el aumento en el monto de dicha multa en caso de reincidencia. Ello se explica en la medida en que el movimiento sindical chileno ha encontrado sustento jurisprudencial de la Dirección del Trabajo, en el criterio según el cual los contratistas no son más que intermediarios en la colocación del personal de una empresa. Dicha jurisprudencia ha sido reiterativa en su análisis de la figura de los contratistas independientes, en el sentido de afirmar que sí se puede presentar vínculo laboral si existen controles rigurosos por parte del contratante, tales como horarios, supervigilancia y control de su actividad, remuneración directa, implantación de prohibiciones y obligaciones, órdenes, propiedad de herramientas y materiales, lugar de realización de las labores, entre otras.

9.3.2.3- Brasil y Argentina. En el estudio de la OIT, reseñado arriba, se sostiene que en América Latina han comenzado más recientemente a desarrollar sus propias industrias BPO importantes; por un lado, Brasil que se centra en su vasto mercado interno, y Argentina, en el que el suministro a los mercados internacionales de habla inglesa y española es la nota predominante. Tal estudio, a través de una metodología de estudios de casos, se concluyó que la primera visión real de la situación que prevalece en dos países que cuentan con industrias BPO emergentes, es relativamente acorde con los niveles de protección estándar de la dignidad del trabajo debido a la implementación conjunta de políticas que, por un lado, permiten la apertura económica, el desarrollo productivo y la competitivas y, por el otro, de garantía, promoción y respeto de las normas laborales, lo que ha significado para las empresas y los trabajadores de estos países una apreciación favorable del fenómeno.

10. INCIDENCIAS DEL OUTSOURCING EN EL DERECHO LABORAL COLECTIVO COLOMBIANO

10.1- COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Con la Ley 79 de 1988, el Sector Cooperativo colombiano sufrió una reforma normativa que marcaría las pautas para un nuevo resurgimiento de la actividad económica de las cooperativas y con ellas, la oportunidad de que se crearan las cooperativas de trabajo asociado *en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa* (art. 59), de las que se dijo sobre su relación jurídica cimentada, como es característico de las cooperativas, en el Acuerdo Cooperativo el cual *no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes*.

Esta forma de trabajo, que posteriormente fuera reglamentada por el Decreto 468 de 1990, hoy derogado por el Decreto 4588 de 2006, permite el asocio de varias personas para que, de manera autogestionaria, establezcan sus estatutos, sus regímenes internos de trabajo, compensaciones y el de previsión y seguridad social, todos ellos por fuera del marco normativo de aplicación para los trabajadores dependientes, pues, como se establece en esas dos normas especiales, solo tiene aplicabilidad el cuerpo normativo establecido entre los asociados.

No hay duda de que, por lo menos en el plano legal, la figura de las cooperativas de trabajo asociado permita a la sociedad acceder a diferentes alternativas laborales debido a que son agremiaciones que buscan consolidar la fuerza de trabajo para de varias personas en actividades que, de otra forma, solo serían susceptibles de ser desarrolladas por las empresas. No obstante y actualmente se aprecia esta tendencia, la figura de las cooperativas de trabajo asociado es utilizada indiscriminadamente por empresarios para evadir el pago de las prestaciones sociales, salarios y demás erogaciones propias del contrato de trabajo.

Los esfuerzos del Estado colombiano en la regulación, vigilancia y control de las cooperativas de trabajo asociado no ha podido ser más desastrosa, pues, siendo una figura bondadosa en cuanto a gestión de oportunidades laborales para el sector informal, mediante el cual se podría formalizar, la persecución desplegada a instancia de las presiones sindicales, se ha enfocado en el desmonte de miles de ellas y la imposición de onerosas obligaciones pecuniarias que eliminaron la posibilidad de ver a una CTA como el peldaño intermedio entre informalidad y formalidad.

10.1.1- Marco vigente de regulación. Las cooperativas de trabajo asociado, según el artículo tercero del decreto 4588 de 2006, “son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y 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 concordancia con lo anterior su objeto social consiste en generar y mantener opciones de trabajo asociado¹⁰, para sus asociados, en condiciones de autogestión, autonomía, autodeterminación y autogobierno¹¹.

Como cualquier cooperativa, una CTA debe tener algunas características¹²9 esenciales tales como:

1. Ingreso y retiro voluntarios.
2. Número de asociados variable e ilimitado.
3. Participación democrática.
4. Igualdad de derechos y obligaciones de los asociados.
5. Patrimonio variable e ilimitado
6. Irrepartibilidad de las reservas sociales, y en caso de liquidación, la del remanente.
7. Duración indefinida.

En desarrollo de sus actividades, ninguna cooperativa de trabajo asociado puede establecer restricciones o llevar a cabo prácticas que impliquen discriminaciones sociales, económicas, religiosas o políticas ni pactar con sociedades o personas mercantiles combinaciones o acuerdos que permitan participar a éstas, directa o indirectamente, de los beneficios que las leyes otorgan a las cooperativas.

En cuanto al ingreso y retiro voluntario propios de toda CTA, debe anotarse que aquellas prácticas realizadas por entidades privadas o públicas con el fin de coaccionar la conformación, el ingreso o el retiro de personas a las CTA han

¹⁰ Decreto 4588 de 2006, artículo 10°. Trabajo asociado cooperativo: El trabajo asociado cooperativo es la actividad libre, autogestionaria, física, material o intelectual o científica, que desarrolla en forma autónoma un grupo de personas naturales que han acordado asociarse solidariamente, fijando sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales autogobiernan sus relaciones, con la finalidad de generar empresa.

¹¹ Artículo 5 del decreto 4588 de 2006.

¹² *Ibíd.*, p.

sido consideradas como violatorias del artículo 38 de la Carta Política, el cual consagra el derecho fundamental de asociación, tal como lo expresa la Corte Constitucional en sentencia T - 336 de 2.000¹³:

(...) el derecho fundamental de asociación (art. 38 C. P.) tiene dos dimensiones, a saber: una positiva que consiste en la facultad que tienen todas las personas para fundar o integrar libremente, en forma voluntaria, organizaciones reconocidas por el Estado y capacitadas para operar en el tráfico jurídico, comprometidas en la realización de diversos proyectos, ya sea de carácter social, cultural, económico, etc.; y, una dimensión o faceta de carácter negativo derivada en forma directa del derecho de libertad, y se expresa en la facultad que tiene toda persona para negarse o abstenerse de formar parte de determinada asociación y su derecho correlativo a no ser obligada ni directa ni indirectamente a ello.

De lo anterior, se concluye que bajo ningún pretexto (reducción de costos, cumplimiento de metas fiscales) y menos aún amparados en el deber de promoción del Estado para la conformación de entidades cooperativas de trabajo asociado, puede condicionarse la contratación de personas a la conformación o asociación a una entidad cooperativa. Por otro lado, debe anotarse que a pesar de que las CTA pueden contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, dichas contrataciones deben responder a la ejecución de un proceso total o parcial en favor de aquéllos y siempre atados a un resultado final¹⁴. Por el contrario las CTA tienen prohibido el envío de trabajadores en misión y/o la realización de prácticas de intermediación laboral¹⁵, así como las empresas o personas naturales que contraten con aquéllas tienen prohibido ser miembros, o intervenir directa o indirectamente en su organización y funcionamiento lo cual pretende la realización del derecho constitucional de asociación libre anteriormente citado¹⁶.

10.1.2- Conformación y gobierno corporativo. Según lo establecido por el artículo 4º del decreto 4588 de 2006, las cooperativas de trabajo asociado se constituyen con un mínimo de diez (10) asociados y las pre-cooperativas de trabajo asociado con un mínimo de 5 asociados, tal como lo establece el artículo 2º del decreto 1333 de 1989. Dichos asociados pueden ser personas naturales legalmente capaces y menores de edad que hayan cumplido al

¹³ M. P. Alberto Beltrán Sierra.

¹⁴ Artículo 6 del decreto 4588 de 2006.

¹⁵ Según los artículos 16 y 17 del decreto 4588 de 2006 en estos casos se considerará al trabajador como dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. De igual manera tanto el beneficiario de la labor como la cooperativa de trabajo asociado y sus directivos son responsables solidarios frente a las obligaciones laborales causadas.

¹⁶ Artículo 18 del decreto 4588 de 2006.

menos 14 años, salvo que realicen su asociación a través de su representante legal¹⁷. No obstante, lo anterior debe entenderse en contexto con lo establecido por la ley 1098 de 2006, en la cual se establece como requisito previo para el trabajo dependiente de mayores de 15 años y menores de 18, la autorización del inspector del trabajo, lo cual implicaría que todo trabajo de menores, incluido el asociado, requiere autorización previa del funcionario anteriormente citado, y bajo una interpretación analógica, extensiva y favorable de la protección al trabajo de menores, éstos deben considerarse incapaces para trabajar de manera asociada a una CTA y, por lo tanto, requerirían también dicha autorización previa; entendiéndose que esta autorización lo será para desempeñarse como trabajador asociado, mas no para tener la simple calidad de asociado.

Es preciso anotar que las personas naturales que aspiren a asociarse a una CTA deben estar certificadas en conocimientos básicos de economía solidaria con una intensidad mínima de veinte (20) horas, a través de una entidad acreditada para ello por el DANSOCIAL. El curso en mención puede realizarse antes del ingreso del asociado o a más tardar en los tres primeros meses, posteriores a su ingreso¹⁸.

Formalmente, las CTA se constituyen por documento privado y su reconocimiento corresponde a la Superintendencia de Economía Solidaria¹⁹. Su constitución se lleva a cabo en una asamblea para tal efecto en la cual se aprueban los estatutos y se nombran en propiedad los órganos de administración y vigilancia. El acta de dicha asamblea de constitución debe suscribirse por todos los asociados fundadores determinando su documento de identificación legal y el valor de los aportes iniciales.

Como entidades asociativas de carácter privado y solidario, las CTA son libres de otorgarse sus propios estatutos sin violentar el marco constitucional, legal y reglamentario propio de su actividad. No obstante, debe resaltarse que según el artículo 19 de la ley 79 de 1988, los estatutos de toda cooperativa deberán contener, como mínimo, su razón social, domicilio y ámbito territorial de operaciones; objeto social y actividades; derechos y deberes de los asociados; condiciones para su admisión, retiro y exclusión y determinación del órgano competente para tal decisión; régimen sancionatorio; procedimientos para resolver diferencias o conflictos; régimen interno, constitución procedimientos y funciones de los órganos de administración y vigilancia, condiciones, incompatibilidades y forma de elección y remoción de sus miembros; convocatoria de asambleas ordinarias y extraordinarias; representación legal, funciones y responsabilidades; régimen patrimonial de la cooperativa, reservas

¹⁷ Artículo 21 de la ley 79 de 1988.

¹⁸ Artículo 14 del decreto 4588 de 2006.

¹⁹ Artículo 7 del decreto 4588 de 2006.

y fondos sociales, finalidades y forma de utilización de los mismos; aportes sociales, forma de pago y devolución; procedimientos para reformas estatutarias, entre otros.

Además de sus estatutos, las CTA se rigen por un acuerdo cooperativo, definido por el artículo 3° de la ley 79 de 1988 como el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro; definición que retoman y complementan los decretos 468 de 1990 y 4588 de 2006, este último en su artículo 11, en el cual se establece que dicho contrato tiene como objeto, crear y organizar una persona jurídica de derecho privado, denominada Cooperativa o Pre cooperativa de Trabajo Asociado, cuyas actividades deberán cumplirse igualmente con fines de interés social y sin ánimo de lucro, Además, resalta el decreto en mención, que dicho acuerdo debe surgir de la manifestación libre y voluntaria de las personas naturales que deciden crear una cooperativa o pre cooperativa de trabajo asociado, o que posteriormente se adhieran a una ya creada a través de la suscripción del acuerdo cooperativo correspondiente. Este acuerdo obliga al asociado a cumplir los estatutos, el régimen de trabajo y de compensaciones, sin que este vínculo quede sometido a la legislación laboral.

Las condiciones detalladas de la prestación del servicio por parte de los trabajadores asociados se realiza a través del régimen de trabajo asociado, el cual, según el artículo 24 del decreto 4588 de 2006, debe contener como mínimo las condiciones o requisitos particulares para la vinculación al trabajo asociado y de desarrollo de la actividad; las jornadas, horarios, turnos, días de descanso, permisos, licencias y demás formas de ausencias temporales del trabajo y el trámite para solicitarlas, justificarlas y autorizarlas; las incompatibilidades y prohibiciones en la relación de trabajo asociado; los criterios que se aplicarán para efectos de la valoración de oficios o puestos de trabajo; el período y proceso de capacitación del trabajador asociado que lo habilite para las actividades que desarrolla la cooperativa; los derechos y deberes relativos a la relación del trabajo asociado. Las causales y clases de sanciones, procedimiento y órganos competentes para su imposición, forma de interponer y resolver los recursos, garantizando en todos los casos el debido proceso.

Además de lo anterior, el régimen de trabajo asociado también debe contener las causales de suspensión y terminación de la relación de asociación relacionadas con las actividades de trabajo y la indicación del procedimiento previsto para la aplicación de las mismas; las disposiciones de salud ocupacional y de prevención de riesgos profesionales que deben aplicarse en los centros de trabajo a sus asociados y demás disposiciones necesarias según las características particulares de cada cooperativa.

Por la labor desempeñada, los trabajadores asociados perciben como retribución, compensaciones que deben ser presupuestadas en forma adecuada, técnica y justificada teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado²⁰, para retribuir de la mejor manera posible el aporte de trabajo con base en los resultados del mismo y las cuales no constituyen nunca salario.

Dichas compensaciones se encuentran establecidas en un régimen de compensaciones que los asociados mismos se dan y que debe contener como mínimo, el monto, las modalidades de compensación y los niveles o escalas para los diferentes trabajos o labores desarrolladas; la periodicidad y forma de pago de las compensaciones; las deducciones y retenciones de las compensaciones que se le puedan realizar al trabajador asociado con sus respectivos requisitos, condiciones y límites; los aportes sociales sobre compensaciones, de acuerdo con lo establecido por los estatutos y la forma de entrega de las compensaciones.

Esta facultad ha sido considerada violatoria del artículo 53 de la C. P. ya que permite un régimen de compensaciones autorregulado que no requiere obedecer al régimen de derechos mínimos laborales por ingresos establecido para los trabajadores ordinarios.

Al respecto, la Corte Constitucional estableció en la sentencia C - 211 de 2000²¹ que

En consecuencia, no advierte la Corte que el régimen de compensación de los trabajadores asociados vulnere el ordenamiento supremo, pues como quedó demostrado sus relaciones de trabajo difieren sustancialmente de las de los trabajadores dependientes o asalariados. En consecuencia, bien podía el legislador establecer regímenes diferentes para unos y otros.

Cabe resaltar que según lo estipulado por el artículo séptimo del decreto 4588 de 2006, tanto el régimen de trabajo asociado, como el de compensaciones deben ser autorizados por el Ministerio de la Protección Social como requisito previo para el funcionamiento de toda cooperativa de trabajo asociado. Dichos regímenes deberán ser corregidos o adicionados cuando no cumplan los requisitos mínimos o cuando contengan disposiciones que afecten los derechos fundamentales del trabajador asociado, la protección al trabajo del menor, la maternidad o la salud ocupacional.

²⁰ Decreto 468 de 1990, artículo 11 y 4588 de 2006 artículo 25.

²¹ M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Sumado a los anteriores regímenes, existe un régimen en el cual se consagran los diferentes servicios y prestaciones de protección que la cooperativa directamente o a través de otras entidades de previsión o seguridad social, prestará a sus asociados, denominado Régimen de Previsión y Seguridad Social. De acuerdo con el decreto 2996 modificado por el decreto 3555, ambos de 2004, las cooperativas de trabajo asociado están en la obligación de afiliar a sus trabajadores asociados al Sistema Integral de Seguridad Social, y conforme a sentencia de octubre 12 de 2006 del Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, no tienen obligaciones parafiscales con el SENA, ICBF y Cajas de Compensación.

En este orden de ideas, la cooperativa o pre cooperativa de trabajo asociado es la responsable de los trámites necesarios para realizar el proceso de afiliación y el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, y esta obligación no puede obviarse gracias a la afiliación previa de sus asociados a dicho sistema por otras relaciones laborales dependientes o independientes²².

La base sobre la cual se liquidan las cotizaciones y contribuciones para obtener los servicios de la seguridad social son las compensaciones ordinarias permanentes y las que en forma habitual y periódica percibe el trabajador asociado consagradas en el respectivo régimen de compensaciones, teniendo como tope mínimo el salario mínimo legal mensual vigente. Es pertinente precisar que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social Integral de los trabajadores asociados a las CTA debe realizarse bajo la modalidad de trabajadores independientes quedando sujeto al respectivo Régimen de Previsión y de Seguridad Social el establecimiento de los montos a cargo de la entidad cooperativa y/o trabajador asociado. En el caso que la CTA deba aportar parte de la cotización a los diferentes subsistemas de la seguridad social, ésta deberá prever en su presupuesto lo relativo a los aportes para atender los pagos conforme a lo establecido en sus estatutos²³.

Las cooperativas de trabajo asociado pueden adoptar los regímenes de trabajo, previsión y seguridad social y compensación en forma separada o integral, pero, una vez aprobados, deberán ser publicados y estar visibles y disponibles a los trabajadores asociados, con las constancias de haber sido registrados en la Subdirección de Trabajo Asociativo e Informal del Ministerio de la Protección Social²⁴.

Estas facultades de autorregulación establecidas en la ley 79 de 1988 fueron también consideradas como violatorias de los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución, ya que las mismas menoscababan los derechos de los trabajadores asociados al consagrar que los trabajadores y gestores de las

²² Artículo 28 del decreto 4588 de 2006.

²³ Artículo 29 del decreto 4588 de 2006.

²⁴ Decreto 468 de 1990, artículos 19 y 20.

cooperativas de trabajo asociado se rigen por el régimen de trabajo, previsión, seguridad social y compensación establecido en los estatutos y reglamentos de la cooperativa, en razón del acuerdo cooperativo y no en el estatuto del trabajo expedido por el Congreso que es ley de la República. Tal discriminación atentaría contra el derecho al trabajo, la especial protección que a éste debe dispensarle el Estado y la seguridad social de los trabajadores.

Frente a este punto la Corte Constitucional en sentencia C - 211 de 2000, estableció lo siguiente:

La facultad que tienen los asociados de tales organizaciones para autorregularse no significa que el legislador no pueda reglamentar algunos asuntos relacionados con ellas; lo que ocurre es que no puede injerir en su ámbito estrictamente interno, pues ello depende de la libre y autónoma decisión de los miembros que las conforman. Pero tal libertad de regulación no es absoluta pues dichos estatutos o reglamentos, como es apenas obvio, no pueden limitar o desconocer los derechos de las personas en general y de los trabajadores en forma especial, como tampoco contrariar los principios y valores constitucionales, ya que en caso de infracción tanto la cooperativa como sus miembros deberán responder ante las autoridades correspondientes, tal como lo ordena el artículo 6 del estatuto superior. En consecuencia, como algunas de esas regulaciones podrían infringir la Constitución y las leyes, corresponderá a las autoridades competentes analizar en cada caso particular y concreto si éstas se ajustan a sus preceptos y, en especial, si respetan o no los derechos fundamentales del trabajador.

Debe agregarse a lo expresado por la Corte Constitucional el hecho de que las CTA según el artículo 59 de la ley 79 de 1988, no se encuentran sujetas a la legislación laboral ordinaria en materia de compensaciones, previsión y/ o de seguridad social. La Corte Constitucional se pronunció igualmente frente a este punto en la sentencia anteriormente citada estableciendo que Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario.

En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.

A pesar de que la ley 79 de 1988 en su artículo 59 establece que las relaciones entre las CTA y sus trabajadores asociados no se rigen por la legislación laboral ordinaria, lo cual permite deducir la inexistencia de un contrato de trabajo entre los trabajadores asociados y la entidad cooperativa, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en manifestar que la existencia de una relación cooperativa generada por la suscripción de un acuerdo de trabajo asociado no excluye necesariamente la existencia de un contrato de trabajo entre el trabajador asociado y las CTA, especialmente cuando aquél no presta sus servicios directamente a la entidad cooperativa sino a un tercero que ha contratado los servicios de dicha entidad (envío de trabajadores en misión).

En estos casos de intermediación laboral la Corte Constitucional ha consagrado la posibilidad de la existencia de una relación contractual en los términos de la legislación laboral entre el trabajador asociado y las CTA o el tercero beneficiario de su actividad, siempre y cuando se demuestre la existencia de los elementos esenciales para la configuración del contrato laboral realidad (prestación personal del servicio, subordinación y dependencia y remuneración)²⁵. Entendiéndose aquí que el contrato de trabajo se configuraría ante la inexistencia del ánimo asociativo del trabajador, porque si su voluntad es conformar la cooperativa de manera autogestionaria o de asociarse posteriormente a ella con objetivos cooperativos, y además, ser trabajador asociado, estaremos en presencia de la verdadera filosofía de la CTA y a tales trabajadores se les aplicarían los estatutos y regímenes propios de ellas y no el Código sustantivo de trabajo.

Sin embargo, ha manifestado la misma corporación que la acción de tutela, por tratarse de un mecanismo subsidiario de reclamación, no es el instrumento idóneo para solicitar la declaración de la existencia de una relación laboral contractual ni para la reclamación de acreencias debidas a los trabajadores asociados según lo estipulado en el régimen de compensaciones, ya que la justicia laboral ordinaria a través de acciones y procedimientos ordinarios es la rama jurisdiccional competente para resolver dichas controversias por medio de los trámites mencionados; no obstante, si dicho incumplimiento por parte de la cooperativa de trabajo asociado desemboca en un daño irremediable o inminente a un derecho fundamental como la vida o el ingreso mínimo vital, la acción de tutela sí operaría con el fin de declarar la existencia de una relación

²⁵ Sentencia C- 211 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz

laboral y/u ordenar el pago de las compensaciones adeudadas para salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores asociados.

10.1.3- Medios materiales de labor. En cuanto a este tema, las CTA deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor o de los derechos que proporcionen fuentes de trabajo o de los productos del trabajo. Cuando la cooperativa requiera de equipos, herramientas y demás medios materiales de trabajo, que posean los trabajadores asociados, podrá convenir con éstos el uso de los mismos, en cuyo evento, para el caso de ser remunerado, lo será independientemente a las retribuciones que perciban éstos por su trabajo²⁶.

Las CTA pueden contratar la tenencia de los medios de producción con terceros a cualquier título (civil o comercial), siempre y cuando se garantice la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa²⁷.

10.1.4- Balance del impacto de las cooperativas de trabajo asociado. Muchos autores y actores del mercado laboral colombiano destacan que, en contravía de lo preceptuado por las recomendaciones de la OIT, en Colombia sea promovido una indebida extensión de las CTA, que lejos de los principios cooperativas y de la filosofía impulsada por la economía solidaria responde en muy alto porcentaje a estrategias empresariales para evadir las obligaciones laborales propias del contrato de trabajo y negar los derechos sindicales²⁸. Adicionalmente, se denuncia que su desarrollo no corresponde a emprendimientos autónomos constituidos de forma autogestionaria, sino de una herramienta legal que los empleadores, incluyendo el Estado, están utilizando para contar con mano de obra barata, sin asumir las cargas de prestaciones sociales y son las consecuencias legales de un contrato de trabajo²⁹.

10.2- EMPRESAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO

Las Empresas Asociativas de Trabajo (EAT) están reglamentadas por la Ley 10 de 1991 y el Decreto reglamentario 1100 de 1992. El objetivo inicial que buscaba la ley al regular la operación de estas organizaciones era facilitar la generación de ingresos que ayudaran al sustento de las familias, mediante la creación de autoempleo por parte de ciertos grupos como los de delincuencia

²⁶ Decreto 468 de 1990, artículo 5°.

²⁷ Artículo 8 del decreto 4588 de 2006.

²⁸ ARICAPA, Ricardo. Las Cooperativas de Trabajo Asociado del Sector Azucarero: ¿Flexibilización o salvajización? Escuela Nacional Sindical. Medellín. 2005. Pagina 2.

²⁹ CONSEJO CONSULTIVO LABORAL ANDINO. La subcontratación Laboral – Análisis y Perspectivas-. Cuadernos de Integración Andina. Número 20. 2007. p. 89.

juvenil, reinsertados de guerrillas urbanas y pandillas juveniles, grupos vulnerables (discapacitados, grupos de tercera edad, madres comunitarias, etc.), y los que como resultado de la modernización y reestructuración de empresas estatales y privadas hubiesen perdido sus empleos imprevistamente con un conocimiento y experiencias potenciales basados en las labores que venían desempeñando. Normalmente estas personas serían también poseedoras de un determinado conocimiento, al cual no sabían bien qué destino darle³⁰.

Las características más preponderantes de las EAT son:

- ✓ Actividades a las que pueden dedicarse: producción, distribución y comercialización de bienes básicos de consumo familiar y puede prestar servicios individuales o conjuntos de sus miembros. Las EAT no pueden ejercer funciones de intermediación ni ejercer como patronos, ni se permite la subcontratación. Los profesionales pueden también conformar EAT. Estas no gozan de los mismos incentivos tributarios que se aplican a las otras formas de asociación como las CTA.
- ✓ El número mínimo de personas necesario para conformarla: el mínimo siempre será de tres, pero en el caso de las empresas que se dedican a la producción de bienes se pueden asociar máximo diez y cuando se dedican a prestar servicios el número máximo será de veinte.
- ✓ Con respecto a la responsabilidad social, se aplican las normas de sociedades de personas previstas en el Código de Comercio, es decir, la responsabilidad es solidaria e ilimitada.
- ✓ El Gobierno, a través del Sena y otras entidades oficiales se ha comprometido a apoyar el funcionamiento eficiente de estas organizaciones con actividades como asesoría y capacitación.

La Ley 454 de 1998 les dio el carácter de organizaciones solidarias a las EAT. Se estableció que los rendimientos e ingresos de los miembros de una EAT por conceptos de que trata el artículo 13 de la Ley 10 de 1991, estarán exentos del pago del impuesto a la renta y complementarios, en una proporción del 35% sin perjuicio de que se apliquen normas generales de carácter tributario más favorables. Para hacer aún más atractiva la figura se introdujo la no-obligatoriedad de hacer las denominadas contribuciones parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar).

Con el paso del tiempo ha sido notoria la acogida de esta figura jurídica entre profesionales, inicialmente los de la salud, pero posteriormente de otras

³⁰ Al respecto, ver la Exposición de Motivos de la Ley 10 de 1991.

disciplinas, que encontraron atractivos los diferentes beneficios establecidos por ley mencionados antes (Cárdenas y asociados). Las utilidades que se obtengan en un determinado período deben distribuirse en forma proporcional a la participación del asociado, siendo esta determinada principalmente por su aporte laboral (la Ley permite aportes diferentes al laboral). Entre los asociados y la empresa no existen relaciones laborales sino comerciales.

La doctrina considera que el cambio de mentalidad generado al pasar de ser empleados a ser empresarios lograría que ellos se preocuparan –y se dolieran– de conceptos que antes les resultaban ajenos, como la eliminación de desperdicios, racionalización de pasos y reinversión de procesos para hacer más eficientes las tareas.

En cuanto al tratamiento tributario y como se mencionó antes, las EAT tienen algunos beneficios tributarios y para acceder a estos es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos legales: i) La inscripción en Cámara de Comercio es la forma legal de adquirir personería jurídica para contratar y obligarse. ii) Los asociados a las EAT pueden afiliarse al ISS; al ser considerados como trabajadores independientes, sin embargo, no pueden afiliarse a una Caja de Compensación Familiar, beneficio que sí gozan los miembros de las Cooperativas de Trabajo Asociado.

La Ley 10 de 1991 estableció en su artículo 16 que las empresas asociativas de trabajo estarán exentas de los impuestos de renta y complementarios y de patrimonio. La Ley 383 de 1997 (Artículo 44) eliminó estos beneficios cuando se trate de rentas que provengan del ejercicio de profesiones liberales y los servicios inherentes a las mismas. Posteriormente la reforma tributaria de 2000 (Ley 633) modificó la situación tributaria de estas empresas con el siguiente artículo:

ART. 58. Modifícase el artículo 16 de la Ley 10 de 1991, el cual quedará así: “Las empresas asociativas de trabajo estarán exentas del impuesto sobre la renta y complementarios, siempre y cuando en el respectivo año o período gravable hayan obtenido ingresos brutos inferiores a cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000) (valor año base 2000), y su patrimonio bruto en el último día del año o período gravable no exceda de doscientos millones de pesos (\$200.000.000). (valor año base 2000).

Para efecto de los beneficios previstos en este artículo, y los artículos 14 y 15 de esta misma Ley, se excluyen las rentas provenientes del ejercicio de profesiones liberales y los servicios inherentes a las mismas”.

En 2001, la Universidad ICESI de Cali, mediante un estudio muy completo al panorama de las EAT en el Valle del Cauca³¹, estableció que la rentabilidad media obtenida por las EAT fue satisfactoria comparada con la generada por el sector servicios en el país y que los asociados encuestados se encontraban satisfechos con las utilidades obtenidas, por lo que los incentivos establecidos por el gobierno para este tipo de empresas fueron adecuados para compensar las debilidades inherentes a los sectores económicos en los que operan (bajas barreras de entrada, poder de negociación con proveedores y clientes bajos, bajos costos para los clientes de cambiar de proveedor). No obstante, dicho estudio logró identificar que en la mayoría de los casos analizados, las EAT tenían un solo cliente, lo que las colocaba en “una posición muy vulnerable”, lo que se suma a la baja tasa en el uso de servicios crediticios del sistema bancario.

10.3- CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

Dentro de las modalidades más frecuentes en las relaciones de subcontratación de las empresas, a nivel global se observa que la figura más básica se concentra en la prestación de servicios por parte de personas naturales, a quienes se les conoce como contratistas independientes. Esta figura contractual tiene acomodo en la regulación civil del contrato de obra y consiste generalmente en que una persona, generalmente una persona natural, contrata con la empresa una determinada actividad, generalmente técnica o tecnológica sin vinculación mediante contrato de trabajo.

El contratista independiente asume bajo su cuenta y riesgo la prestación del servicio o la ejecución de la obra, haciéndose cargo de asumir, con cargo al precio del contrato, su remuneración y el pago de la seguridad social.

A diferencia del contrato de trabajo, el contratista independiente carece de dependencia económica del contratante y no se encuentra sujeto a la subordinación y reglamentos de la empresa contratante. En cuanto a la remuneración esta se pacta en el contrato y se paga de acuerdo a la periodicidad pactada o contra-entrega de la obra o bien contratado, la cual, en la actualidad, se le deducen rubros importantes por impuestos.

Para que exista un verdadero contrato de prestación de servicios entre el contratista y el contratante, debe observarse la independencia de aquel en la ejecución del contrato ya que, por involucrar esta forma contractual dos elementos que contempla el contrato de trabajo –remuneración y prestación

³¹ BARONA Z, Bernardo & VALENZUELA Wendy Catalina, MICRO FINANZAS URBANAS EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE ALGUNAS EMPRESAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO EN EL VALLE DEL CAUCA. Revista Estudios Gerenciales, octubre-diciembre, No. 081. Universidad ICESI. Cali. pp. 33-55.

personal del servicio-, y siendo una presunción legal la existencia del contrato en presencia de esos dos elementos a los que se suma la subordinación y dependencia, es relativamente complejo deshacer la materialización de esa presunción.

Mucha es la jurisprudencia constitucional, así como la de las jurisdicciones laboral y administrativa que dan cuenta de la delicada línea que separa al contrato de prestación de servicios y el de trabajo, pues, sabemos que a nivel universal, los mecanismos de protección al trabajo contemplan el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, y según el cual, se sustenta el hecho jurídico del contrato de trabajo como presunción legal frente a la configuración de sus tres elementos esenciales.

De hecho, una de las consideraciones que se tienen en cuenta a la hora de valorar el papel del contratista independiente en la actividad empresarial está relacionado con la posición dominante del contratante quien dispone de la actividad productiva y de los medios de producción con los cuales organiza la prestación independiente en presencia de un contratista que, en la mayoría de los casos carece de esos recursos y tiene mas bien a su disposición la capacidad de trabajo y su experiencia, por lo que, al igual que en cualquier relación laboral, esa posición dominante permita al contratante imponer las condiciones del servicio.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que, en una verdadera actitud de abuso de esta forma jurídica, los empleadores pueden comprometer a una persona dentro de este tipo contractual para eludir el pago de las prestaciones sociales que le hubieren correspondido además de burlar las obligaciones que por vía de seguridad social y de parafiscalidad le impone la ley.

Frente a esta modalidad de contrato entonces, puede decirse que se trata de una relación de prestación de servicios prestados generalmente por una persona natural con verdadera independencia del contratante, la cual, no involucra la injerencia del régimen laboral sustantivo sino que se rige, en primer orden, por las estipulaciones contractuales y, supletoriamente, por las disposiciones legales.

10.4- LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

Las Empresas de Servicios Temporales (EST) fueron creadas por la Ley 50 de 1990 (artículo 71) cuando se contemplaron como *“aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor*

desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. Esto nos permite pensar que las EST son el auténtico empleador de los trabajadores en misión, razón por la cual a aquellas les corresponde cumplir con todas las obligaciones que surjan del contrato de trabajo, como es el pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, pago de los aportes parafiscales.

Así las cosas, podemos entender que la empresa de servicios temporales está facultada del poder subordinante frente al trabajador en misión, por lo tanto le puede imponer sanciones disciplinarias por el incumplimiento del reglamento interno de trabajo, exigirle el cumplimiento de un horario de trabajo, exigirle el cumplimiento de órdenes; sin embargo, ello resultaría complejo cuando dentro de ese dúo -trabajador en misión y empresa de servicios temporales- interviene un tercero, la empresa usuaria, quien frente a la obligación de satisfacer sus expectativas administrativas y técnicas de su labor, forzosamente debe imponerle órdenes al trabajador suministrado, y si es el del caso, imponerle el reglamento interno de trabajo. La Corte Suprema de Justicia ha solucionado esta situación señalando que la empresa de servicios temporales delega en la empresa usuaria el poder subordinante³².

Pese al gran margen de libertad que la legislación laboral concede al usuario para contratar con las empresas de servicios temporales, es clara en prohibir el suministro de personal temporal cuando las actividades de la empresa usuaria se encuentran suspendidas por huelga³³, cuando entre el usuario y la empresa de servicios temporales exista vinculación económica de que trata el capítulo XI del libro segundo del Código de Comercio³⁴, cuando se pretende la contratación del personal en misión para ejercer actividades de carácter permanente³⁵.

Para que las empresas de servicios temporales puedan ejercer válidamente la actividad de intermediación laboral, deben obtener la licencia de funcionamiento, la cual es expedida por el Ministerio de Protección Social; para

³² Ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esa facultad no se ejercita por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T.” pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, el usuario hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T., con el alcance previsto por el artículo 1° del inciso 1° del Decreto 2351 de 1965 (C.S.T. art. 32), esto es, que se obliga frente a los trabajadores, al paso que frente a éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan solo frente al representado, en caso de incumplir le estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 9435, 24 de abril de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez).

³³ Artículo 89, Ley 50 de 1990.

³⁴ Artículo 80, Ley 50 de 1990.

³⁵ Al expedirse la Reglamentación de las empresas de servicios temporales por parte de la Ley 50 de 1990, es evidente que el querer del legislador fue de incrementar la vinculación de personas al mercado laboral mediante la celebración de contratos temporales de trabajo; ello se confirma con lo expuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que enseña que los usuarios sólo pueden contratar con las empresas de servicios temporales para ejecutar labores ocasionales accidentales o transitorias; cuando requiera reemplazar personal en licencia, en vacaciones, en maternidad y para atender incrementos en la producción o de ventas.

ello deben cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 50 de 1990 y en especial por el artículo 7° del decreto 24 de 1998. La duración de dicha licencia no es indefinida; ésta debe ser renovada por parte de la empresa de servicios temporales. En el evento que la empresa de servicios temporales desarrolle la actividad intermediadora sin obtener la licencia de funcionamiento, además de las sanciones económicas³⁶, se compromete frente a sus trabajadores como si ésta ejerciera la actividad de simple intermediario³⁷, lo que significa que la persona que actúo como usuario dentro de esa relación adquiere la calidad de empleador y la empresa de servicios temporales puede llegar a responder solidariamente frente a los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales causados a favor de los trabajadores que fueron suministrados. Estas consecuencias obligan al usuario a ser diligente al momento de contratar frente a una empresa de servicios temporales.

Ahora, en toda empresa de servicios temporales existen dos clases de trabajadores: trabajador en misión y trabajador de planta. Los primeros, según definición del artículo 74 de la Ley 50 de 1990, *“son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos”*. Los trabajadores de planta, señala la misma norma, *“son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales”*.

En la actividad de intermediación laboral ejercida por las empresas de servicios temporales intervienen tres sujetos: el usuario, el trabajador en misión y la empresa de servicios temporales. Ahora corresponde definir cada uno de ellos: el usuario es *“toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales”*³⁸; los trabajadores en misión *“son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicios contratado por éstos”*³⁹; por último, la empresa de servicios temporales es *“aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales”*⁴⁰

En cuanto a la modalidad de contrato de trabajo que deba emplear la empresa de servicios temporales con el trabajador en misión, la legislación laboral les

³⁶ Artículo 19, Decreto 24 de 1998.

³⁷ Ha señalado la Corte Suprema de Justicia: *“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la EST funcione lícitamente, o por mejor decir, que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (L. 50/90, Art. 82), pues de lo contrario la EST irregular sólo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta EST pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3° del citado artículo del Código Sustantivo del Trabajo”*. (Sentencia del 24 de abril de 1997, radicación 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez).

³⁸ Artículo 73, Ley 50 de 1990.

³⁹ Artículo 74, Ley 50 de 1990.

⁴⁰ Artículo 71, Ley 50 de 1990.

ofrece plena libertad para escogerla por ser eventual la labor del trabajador suministrado, las únicas modalidades contractuales posibles serían el contrato a término fijo y el contrato de trabajo por obra o labor contratada, reconocidas en la legislación laboral en los artículos 46 y 45 respectivamente.

El contrato de trabajo con los trabajadores en misión no puede ser superior a un año, cuando la labor a realizarse consiste en la atención del incremento de la producción o de las ventas; en el caso que se necesite el trabajador en misión para reemplazar personal en vacaciones o en licencia (de maternidad o por enfermedad), la duración del contrato será igual a la duración de la licencia o de las vacaciones. En el evento que el contrato de trabajo del trabajador en misión se exceda del límite máximo señalado, el artículo 2° del Decreto 305 de 1998, que modificó el parágrafo del artículo 13 del Decreto 24 de 1998, sólo señala que no se podrá prorrogar el mismo contrato, ni celebrar uno nuevo con otra empresa de servicios temporales o con la misma; por otro lado, confía en el Ministerio de Protección Social la verificación en el cumplimiento de esta disposición y lo faculta para imponer sanciones por su violación.

Las sanciones por la extensión del contrato de trabajo del trabajador en misión, por más de un año, sólo son de carácter económico. Nada se dice la norma en cuanto a sus consecuencias en el ámbito jurídico laboral, por lo cual se presenta un vacío que ha dado lugar a la utilización fraudulenta de este medio de intermediación laboral, para ocultar en la figura del trabajador en misión la existencia de verdaderos contratos de trabajos indefinidos en el tiempo⁴¹.

Otro aspecto importante relacionado con las EST y sus relaciones jurídicas con la empresa usuaria tiene que ver con la exclusión de la solidaridad entre este y aquella por las obligaciones emanadas del contrato de trabajo de los trabajadores en misión. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estudiado la figura de la solidaridad entre la empresa de servicios temporales y el usuario frente a las obligaciones originadas a favor de los trabajadores en misión⁴². En esa oportunidad descartó que el usuario llegare a responder solidariamente frente a los créditos laborales, correspondiéndole a la empresa de servicios temporales el pleno reconocimiento de la obligación. Ahora, si el

⁴¹ Con el fin de contrarrestar la practica fraudulenta de la intermediación laboral para ocultar la existencia de contratos de trabajo indefinidos en el tiempo, el congresista Jesús Bernal Chamorro presentó el proyecto de ley 67 de 2003. En el artículo segundo del mencionado proyecto se señaló: "*Las personas que hayan prestado o presten sus servicios a una misma persona natural o jurídica durante más de un (1) año continuo o discontinuo mediante contrato celebrado con una o más empresas de Servicios Temporales (E.S.T.), se considerarán vinculadas a través de contrato de trabajo a término indefinido con la empresa a la cual han prestado o prestan sus servicios en calidad de trabajadores en misión*". Hasta ahora éste ha sido un intento por parte del órgano legislativo por contrarrestar el empleo indebido de la intermediación laboral ejercida por las empresas de servicios temporales. Se critica este proyecto en que propone medidas desproporcionadas para evitar el empleo de las empresas de servicios temporales como el de prohibir la contratación de trabajadores a través de las empresas de servicios temporales (artículo 1°) y el derogar los artículos 71 al 94 de la Ley 50 de 1990 (artículo 4°), artículos que permiten el funcionamiento de estas empresas de intermediación laboral. A la fecha de elaboración del presente trabajo, el Congreso de la República no ha aprobado ese proyecto de ley.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia del 24 de abril de 1997, radicación 9435, M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez.

derecho se causa por la negligencia del usuario, éste responde por la totalidad de las prestaciones originadas en ello⁴³. Ha dicho la Corte:

Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las EST como empleadoras de los trabajadores en misión (L. 50/90, arto 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Sólo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (CST, arts. 33, 34, 35 Y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión⁴⁴.

Ahora, si la prestación o indemnización se causa por la negligencia del usuario, éste responde por la totalidad de las prestaciones originadas por causa de ello⁴⁵.

De otro lado, y a pesar de que los trabajadores en misión no tengan vínculo contractual con el usuario, nada impide que la convención colectiva de trabajo del usuario sea aplicada a los trabajadores en misión. La libertad que la legislación laboral ofrece a los trabajadores de pertenecer a diferentes organizaciones sindicales⁴⁶ permite que los trabajadores en misión puedan afiliarse al sindicato del usuario sin condición alguna. Ello ha dado lugar a que el trabajador en misión sea beneficiario de la convención colectiva o del pacto colectivo que rija para los trabajadores del usuario. Por ser la empresa de servicios temporales el auténtico empleador del trabajador en misión, le corresponde reconocer los beneficios extralegales establecidos en el pacto o en la convención colectiva del usuario, sin derecho de poder repetir contra éste por las obligaciones laborales no previstas dentro del proceso de contratación del trabajador en misión.

Un tema que el sindicalismo y la comunidad jurídica ha desarrollado en contra de la relación jurídica del trabajador en misión con su empleador y la empresa

⁴³ Ibíd.

⁴⁴ ibíd.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia del 12 de marzo de 1997, M.P. José Roberto Herrera Vergara.

⁴⁶ La única disposición de la legislación laboral que impedía la múltiple afiliación del trabajador a organizaciones sindicales estaba dada por el artículo 360 del C.S.T. La Corte Constitucional en sentencia C-797 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) declaró inexecutable el mencionado artículo, alegando que esa disposición atentaba en contra al derecho de libre asociación sindical contenido en el artículo 39 de la Constitución. Como consecuencia de este pronunciamiento, todo trabajador, sin condición alguna, puede pertenecer a los diferentes tipos de organizaciones sindicales permitidas por la legislación laboral. Obviamente, ello también cubre a los trabajadores en misión.

usuaria está relacionado con una denunciada inestabilidad laboral, no obstante, hay seguridad jurídica en cuanto a dos circunstancias: i) el Fuero de maternidad⁴⁷ y ii) el Fuero sindical. En cuanto a la situación de las trabajadoras que prestan sus servicios a las empresas de servicios temporales (E.S.T.) en calidad de trabajadoras en misión que por la resumida duración del contrato de trabajo, el cual no puede ser superior a un año en ningún caso, se ve afectada la plena garantía del fuero de maternidad. Son varias las situaciones que impiden su sana aplicación: a) El contrato de los trabajadores en misión tiene como fin realizar labores eventuales o de corta duración. Ello indica que el contrato de trabajo celebrado con el trabajador en misión subsiste mientras existan las causas que le dieron origen y la materia objeto del trabajo; b) El período de amparo del fuero de maternidad inicia desde el momento en que la trabajadora notifica a la empresa de servicios temporales su estado de gravidez hasta tres meses posteriores al parto. El amplio período del fuero de maternidad es incompatible con la corta duración del contrato del trabajador en misión, lo cual da lugar a que en todas las situaciones la relación laboral con la trabajadora en misión termine dentro del período de amparo.

El criterio reinante en la Corte Constitucional respecto a la estabilidad laboral de la trabajadora en estado de gravidez se encuentra establecido en la sentencia C-470 de 1997⁴⁸, cuya parte resolutive declaró la constitucionalidad condicionada del artículo del 239 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido que carece de todo efecto el despido de la trabajadora en estado de gravidez o en los tres meses posteriores al parto. Lo señalado en esta sentencia se ha reflejado en un sinnúmero de sentencias de tutela en las que la Corte Constitucional ha ordenado el reintegro de la trabajadora en estado de gravidez a pesar de haber terminado el contrato de trabajo por cumplimiento del término fijo pactado⁴⁹ o por la terminación de la obra o labor contratada⁵⁰, ambas causales de terminación del contrato de trabajo ajenas al despido. Es evidente que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se separa de la decisión mayoritaria y reiterada de la Corte Constitucional relacionada con la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora en estado de gravidez, y ha señalado que ésta no goza del amparo del fuero de maternidad cuando el contrato de trabajo termine por cumplimiento del plazo fijo pactado. En otra providencia⁵¹, con el fin de unificar la jurisprudencia, esa corporación señaló los eventos en los cuales el fuero de maternidad opera y cuando no.

⁴⁷ Sobre el fuero de maternidad puede consultarse al artículo "Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral", publicado en la Revista de Derecho, N° 19, Barranquilla, de la Universidad del Norte.

⁴⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁹ Véase sentencia T-040A de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de septiembre de 2003, radicación 20.776. M.P. Isaura Vargas Díaz.

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia 13.561 de 11 de mayo de 2000, M.P. Germán Valdez Sánchez.

El fuero sindical, como garantía a la estabilidad laboral del trabajador, se contradice con la corta duración del contrato del trabajador en misión. La discusión radica en determinar si el fuero sindical debe prevalecer sobre el acuerdo de las partes que aceptaron en dar un período fijo de duración al contrato de trabajo (contrato a término fijo), por un lado; por el otro, el saber que por mandato de ley el objeto del contrato de trabajador en misión es realizar labores eventuales o de corta duración, la cual en ningún caso puede ser superior a un año (artículo 77, Ley 50 de 1990). De prevalecer esta garantía, la empresa de servicios temporales deberá presentar ante el juez laboral solicitud para el levantamiento del fuero, siempre que exista justa causa, so pena que el trabajador inicie las acciones correspondientes para obtener el reintegro bajo las mismas condiciones al momento de la desvinculación, junto con el pago de salarios dejados de percibir. De no prevalecer el fuero, la empresa de servicios temporales no tendría impedimento alguno para desvincular el trabajador en misión que ha cumplido con el período de contratación.

Del estudio de las disposiciones que sobre fuero sindical expone el Código Sustantivo del Trabajo, en especial del artículo 411 ibídem, se concluye que la figura del fuero sindical no es compatible con el contrato del trabajador en misión. Ello se debe a diferentes razones: a) la mencionada norma no permite la terminación del vínculo laboral del trabajador aforado sin autorización del juez laboral, cuando fenece por expiración del plazo fijo pactado; b) debido al congestionamiento de los despachos judiciales, el tiempo requerido para el trámite de la solicitud para el levantamiento del fuero sindical, es más extenso que la duración del mismo contrato del trabajador en misión, el cual, en ningún caso, puede ser superior a un año; c) mientras no exista justa causa que motive el levantamiento del fuero sindical, no es posible iniciar acción alguna para el retiro del trabajador aforado, lo que permite que la duración del contrato del trabajador en misión se extienda más allá del año del servicio; d) todo trabajador, sin importar la calidad del contrato de trabajo, inclusive si es trabajador en misión, tiene derecho a gozar de la garantía al fuero sindical; e) existe un vacío jurídico en cuanto al levantamiento del fuero sindical cuando el contrato de trabajo termina por cumplimiento del plazo fijado. Todas estas inquietudes justifican la intervención del legislador para que en ejercicio de sus funciones reforme el artículo 411 del C.S.T., en el sentido de señalar que la terminación del contrato de trabajo por la expiración del plazo fijo pactado no requiere autorización del juez laboral.

10.5- BOLSAS O AGENCIAS DE EMPLEO

El concepto de agencia de empleo expuesto en el artículo 2° del decreto 3115 de 1997 indica que son aquellas personas naturales o jurídicas que ejercen la intermediación laboral. Por intermediación laboral se entiende:

“Es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de la mano de obra, el reconocimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacantes sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas⁵² .

El simple intermediario es aquella persona dedicada a la actividad de poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra para que estos últimos vinculen a los primeros como sus trabajadores, y recibe una comisión como contraprestación⁵³. La relación del simple intermediario frente a los trabajadores suministrados -para un mejor entendimiento- pueden agruparse de la siguiente manera:

La agencia de empleo no tiene el carácter de empleador frente a los trabajadores suministrados. El demandante de la mano de obra adquiere la calidad de empleador. No es posible la figura de la solidaridad entre la agencia de empleo y el empleador por las obligaciones originadas del contrato de trabajo de los trabajadores suministrados.

- No existe relación jurídica alguna entre el trabajador suministrado y la agencia de empleo; por lo tanto, no le corresponde responde frente a cualquier reclamación presenta por él.

- La obligación de la agencia de empleo sólo se limita a ubicar al oferente de la mano de obra al servicio del demandante del servicio, quien, se repite, es el auténtico empleador.

El artículo 4° del decreto 3115 de 1997 establece la clasificación de las agencias de empleo así:

1. Agencias privadas de colocación o empleo, las cuales a su vez se dividen en:

a) Agencias privadas lucrativas de colocación o empleo: Personas naturales o jurídicas que tienen como objetivo la intermediación laboral y perciben una utilidad, entendiéndose que esta actividad será prestada en forma gratuita para el oferente de la mano de obra (trabajador);

⁵² Artículo 10 del Decreto 3115 de 1997.

⁵³ Si la agencia de empleo está clasificada como lucrativa, la comisión no puede ser superior al 20% del salario básico que el oferente postulado devengará (artículo 12, decreto 3115 de 1997).

b) Agencias privadas no lucrativas de colocación o empleo: Personas naturales o jurídicas que tienen como objetivo la intermediación laboral sin percibir utilidades por dicha actividad.

2. Agencias públicas de colocación o empleo. Entidades de derecho público que ejercen gratuitamente la intermediación laboral al servicio de la comunidad.

Ahora, como requisito para obtener la licencia de funcionamiento, las agencias de empleo deben elaborar un reglamento interno de funcionamiento, el cual debe ser aprobado por el otrora Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio de Trabajo. Este reglamento debe contener: a) el carácter de la entidad o persona que realiza la intermediación de empleo y el domicilio de la misma; b) condiciones y requisitos para la inscripción de oferentes de mano de obra; c) procedimiento de colocación de los oferentes inscritos; d) obligaciones y derechos del oferente de mano de obra frente al intermediario de empleo; e) requisitos de aceptación de la solicitud de demanda de mano de obra; f) valor de la comisión y honorarios que cobra el intermediario al demandante de mano de obra por su intermediación; y g) derechos y obligaciones que contra el demandante de mano de obra respecto al intermediario y del oferente. Las agencias públicas de empleo no están obligadas a presentar el reglamento interno de funcionamiento como requisito para obtener la licencia de funcionamiento por parte del Ministerio de Protección Social.

Por la simplicidad de esta forma de intermediación laboral y por no existir entre la agencia de empleo y el trabajador suministrado obligación laboral, considero que lo expuesto es suficiente para dar por concluido este capítulo. Estudiar la relación laboral entre el trabajador suministrado y la agencia de empleo sería desviar el objeto de este artículo, el cual es el análisis jurisprudencial y legal del intermediario laboral frente al trabajador suministrado. Repito, por ser el demandante de la mano de obra el auténtico empleador del suministrado, la legislación llamada a ser aplicada es la general contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo.

10.6- CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL

Para entender con mayor profundidad una de las modalidades contractuales que en la actualidad marca la tendencia del sector empresarial de asociar varias empresas para llevar a cabo un cometido particular, podemos acudir al concepto de asociación mediante el que el doctor José Ignacio Narváez García afirma: *“la connotación jurídica de la palabra asociación es genérica porque comprende diversas agrupaciones estables y generalmente de duración indefinida, cada una de las cuales en particular persigue un fin que es común a*

*sus asociados*⁵⁴. Los contratos de asociación son el género dentro del cual se encuentran todas las especies de acuerdos de voluntades mediante los cuales dos o más personas se agrupan para lograr un objetivo común, entre los que se identifican los contratos de asociación que dan lugar a una persona jurídica, como las fundaciones, corporaciones, asociaciones y sociedades, o aquellos que mantienen la responsabilidad en cabeza de los asociados, como la sociedad de hecho, la comunidad, las cuentas en participación y los contratos de colaboración.

El contrato de colaboración es una forma de los contratos de asociación, que se ha venido desarrollando por la doctrina nacional, pero que mantiene su calidad de contrato atípico dentro de la legislación civil colombiana. Sin embargo, es de anotar que, como se verá adelante, el estatuto de contratación administrativa, Ley 80 de 1993, hace una referencia a las figuras del consorcio y de la unión temporal, como modalidades de los contratos de colaboración.

En este capítulo se hará una reseña de la incipiente evolución normativa relacionada con los contratos de colaboración y sus modalidades el consorcio y la unión temporal, se mostrará un panorama general de esta clase de contratos, en el que se describe su noción, sus rasgos característicos, su clasificación, su comparación con otras figuras jurídicas y las diferentes especies del mismo, a la luz de la legislación colombiana, para finalizar exponiendo los argumentos para defender la necesidad de una regulación positiva para los contratos de colaboración.

En cuanto a sus antecedentes, tenemos que en el Decreto-Ley 150 de 1976, estatuto de contratación administrativa derogado en la actualidad, y su decreto reglamentario 106 de 1977, se hacía referencia a la posibilidad de presentar propuestas conjuntas para contratar con el Estado, cuando en el pliego inicial de condiciones exista la autorización expresa de la entidad contratante para hacerlo⁵⁵. Se establece la responsabilidad solidaria entre los contratistas y la prohibición para los mismos de ceder su participación en la agrupación al proponente conjunto, consideraciones estas que aún se mantienen en el ordenamiento de contratación administrativa⁵⁶.

Lo anterior fue retomado por el Decreto- Ley 222 de 1983, esto es, la posibilidad de presentar propuestas conjuntas con la autorización de la Administración (artículo 3°), la responsabilidad solidaria (artículo 5°) y la

⁵⁴ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Editorial Legis. 1998, página 25.

⁵⁵ Bajo esta normatividad, se admiten las propuestas conjuntas cuando la entidad pública contratante considere que puede obtener de esta forma de contratación mayores beneficios para la Administración. La regla general era la prohibición, la excepción la contratación de forma conjunta. Actualmente, en la Ley 80 de 1993, se invierte la regla, posibilitando la contratación conjunta aunque no exista autorización expresa de la entidad contratante.

⁵⁶ En la Ley 80 de 1993 se contempla el tema de la responsabilidad solidaria, en el artículo 7°, y de la imposibilidad de ceder el contrato al proponente conjunto, en el artículo 9°.

prohibición para los agrupados de ceder su participación entre sí. Lo anterior es complementado con la obligación de obtener la autorización de la entidad contratante para poder ceder el contrato o la participación de uno de los agrupados, a un tercero⁵⁷.

Antes de la Ley 80 de 1993, el consorcio era una forma de llamar a la agrupación de sociedades, sin que pudiera verse como ente que adquiere obligaciones y tiene derechos en relación con el contrato administrativo. El contrato no se adjudica al consorcio, sino a las personas que lo componen individualmente consideradas. En este sentido Gustavo Humberto Rodríguez dice *“que en el esquema del decreto 222 de 1983, el consorcio es simplemente la denominación que se le da a la presentación conjunta de una misma propuesta que, en caso de resultar favorecida, impone la celebración del contrato con todos y cada uno de los proponentes quienes, en tal virtud, asumen una responsabilidad solidaria para su celebración y ejecución frente a la entidad”*⁵⁸.

Antes de la Ley 80 de 1993, los consorcios, las uniones temporales y las demás modalidades de contrato de colaboración, se enmarcaban dentro del mismo universo de contratos atípicos de un mismo género. En algunas ocasiones, el término “consorcio” era acogido en su acepción natural y simple, con lo que se podía considerar como un sinónimo del género de contratos de colaboración⁵⁹. El Estatuto contractual entró a regular las especies del consorcio y de la unión temporal, dejando de lado otras modalidades de contrato de colaboración, como las “agrupaciones de interés económico” o las “uniones temporales de empresas” del derecho Español, los “grupos de interés económico” de la legislación francesa, los “consorcios” de Brasil, las “agrupaciones de colaboración” y las “uniones transitorias de empresas” de Argentina, y los “joint venture” del derecho anglosajón.

Como vemos, la colaboración empresarial, parte de la base de una asociación de empresas o personas que, sin formar sociedad, aglutinan en dicha asociación las características necesarias y relevantes relacionadas con la

⁵⁷ PINZÓN HERNÁNDEZ, María del Carmen. El consorcio un nuevo tipo societario. *Formas de control, colaboración, competencia empresarial y propiedad industrial*. Segundo congreso iberoamericano de derecho empresarial. Tomo III. Bogotá. Octubre 21, 22, 23. 1997, página 38.

⁵⁸ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Nuevos contratos estatales. Primera Edición. Editorial Jurídicas Wilches. Bogotá. 1994. Página 104.

⁵⁹ En este sentido genérico se refirió a los “consorcios” la Asociación Nacional de Industriales (ANDI), mediante su Boletín Jurídico del 13 de enero de 1989, al definir como elementos característicos de esta forma contractual, los siguientes: 1. *Son agrupaciones de empresas que ejercen la misma actividad económica o actividades conexas o complementarias, y tienen por objeto la ordenación de sus intereses mediante una organización común.* 2. *Estas agrupaciones no tienen personalidad propia, habida cuenta de que cada empresa de las asociadas conservan su personalidad e independencia jurídica.* 3. *La responsabilidad de los consorcios es solidaria y mancomunada.* 4. *Las empresas se imponen recíprocamente límites y prohibiciones.* 5. *La participación puede constituir un fondo común para sufragar los gastos que se generen en el desarrollo del contrato. Ese fondo común no viene a constituir un patrimonio autónomo.* 6. *Las empresas, que conforman el consorcio permanecen jurídicamente autónomas, con patrimonios separados y responsabilidad propia respecto a terceros.*

operación a desarrollar en la ejecución de una obra o en la producción de bienes, en los cuales, la exigencia de inversión resulta ostensible, bien se trate de inversiones de capital, tecnología, experiencia que, sin la asociación impediría a uno solo de sus conformantes asumir la empresa por si solo. A continuación veremos los tipos contractuales mas relevantes de la colaboración empresarial.

10.7- JOINT VENTURE

De entrada, se aprecia que este tipo de contrato es atípico en la legislación colombiana aunque no por ello desconocido o poco frecuente; la doctrina, desentrañando las raíces históricas de este contrato ha encontrado que *“La expresión joint venture se remonta a la época de formación del imperio británico cuando para la colonización de territorios de ultramar, pequeños grupos de personas decidían asociarse con el fin de hacerse a la mar en busca de una aventura. Para ello, quienes participaban en la travesía, realizaban algún tipo de aporte, de tal suerte que al culminar ésta, repartían las ganancias obtenidas.”*⁶⁰ A partir de la primera parte del siglo XIX comenzó la “era industrial”⁶¹ que se caracterizó por traer un cambio profundo en el comercio, y que tomó fuerza luego de las duras luchas del hombre en su afán por obtener el poder y conservar la soberanía respecto de las demás naciones del mundo. Estas transformaciones inevitables afectaron todos los campos en que se desenvuelve la actividad humana y que en este caso se tomará a consideración el aspecto económico por ser de trascendental importancia para el presente tema.

Hoy en día y en virtud de los grandes avances en las ciencias de la administración y en un proceso de globalización, en el que el mundo entero busca medios prácticos para lograr el objetivo deseado, ya sea en el campo de la industria, comercio, ciencia o tecnología, algunos empresarios celebran contratos de Joint venture entendidos como *“una unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad, para realizar una operación concreta en búsqueda de beneficios”*⁶² y como lo es propio de este tipo de contratos asumiendo los riesgos de manera conjunta. El contrato de Joint Venture, es el medio más idóneo como reacción a imperiosos requerimientos del comerciante, que en ocasiones necesita llevar a cabo una operación de cooperación entre las demás empresas pero que tenga una dimensión temporal mínima. En países como Estados Unidos y Canadá, los joint Venture son métodos muy conocidos y utilizados para lograr fines

⁶⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles*, Tomo I, Editorial Diké. Medellín 2002, p. 242.

⁶¹ ZALDIVAR, E. *Contratos de Colaboración Empresarial*. II Edición. Argentina. Editorial Abeledo-Perrot. 1986.

⁶² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. p. 243.

comunes. Las grandes y medianas empresas se están asociando, igualmente las pequeñas empresas lo implementan sobre escasas bases formales.

En Latinoamérica esta figura apenas se está empezando a conocer y a implantar en comparación con los países norteamericanos. Tal es el caso de Argentina, país en el cual ya se encuentra una normatividad legal al respecto, que ha reportado beneficios a la mayoría de los comerciantes que llevan a cabo dicho negocio. La razón de implementarlo es que los países en vía de desarrollo desean afanosamente llegar a la cumbre y salir del subdesarrollo, aunque sea un proceso lento. En el ámbito nacional el tema de los contratos de riesgo compartido o joint venture no ha cobrado la atención del legislador, a pesar de la situación económica que atraviesa nuestro país que desde la década de los 90's, con la expansión de mercados al interior del mismo por parte de países extranjeros, hace necesario e indispensable la adopción de la normatividad aplicable a la celebración de éste tipo de contratos que, ciertamente, satisface las necesidades del empresario en un momento determinado. Colombia se caracteriza por manejar este tipo de asociación en la contratación estatal ya que el numeral 2 del artículo 40 de Ley 80 de 1993 consagra que las entidades administrativas pueden "...celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran para el cumplimiento de los fines estatales"

La Jurisprudencia ha tratado de definir las características propias de estas asociaciones, indicando que debido a que no implica ningún tipo de contrato, los socios tienen una responsabilidad compartida, igualitaria, ya sea que se presenten consecuencias positivas o negativas en la ejecución del contrato. Pero si en la ejecución de un contrato surge un conflicto entre las partes asociadas y es una autoridad judicial quien va a dirimir dicha controversia, es posible que aplique la normatividad de una figura jurídica semejante que pueda ser utilizada.

Pero ¿qué régimen jurídico debe aplicarse a los contratos atípicos? Al respecto nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia publicada en la Gaceta Judicial No. XXVI de Mayo 31 de 1938 dijo:

"Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contratos, se aprecian por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los Principios generales del derecho de las obligaciones y contratos, y a título complementario por el arbitrio judicial. Bien entendido que estos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazadas por el legislador..."

Esta ausencia es la que se observa en la realidad Colombiana en la que se

hace necesaria una guía, una normatividad legal para la aplicación de éste tipo de contratos en los ámbitos comercial, privado y público. Por lo pronto, el aspecto mas conocido en Colombia es el Joint Venture operacional que es una sociedad a través de la cual dos o más firmas crean una entidad jurídica nueva y separada para llevar a cabo una actividad económica productiva o de prestación de servicios, en la cual cada parte roma un activo rol en el proceso de toma de decisiones. Por otro lado también existen las Joint Venture Empresariales que se definen como una empresa, corporación o sociedad, formada por dos o más compañías, individuos u organizaciones donde al menos uno de ellos es una entidad en actividad que desea ampliar sus actividades con el propósito de conducir un negocio nuevo, rentable con una duración permanente. En los últimos años a éstos se les consideran como contractuales o no solitarios. En algunos casos a los Joint Venture se les considera como una subcontratación ya que en ciertos países, cuando un empresario obtiene un contrato y acuerda en que en otra parte empresa realice parte de la obra o de los bienes.

En cuanto al tratamiento tributario de los joint venture podemos decir que “[e]n el derecho tributario colombiano, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la conformación de un join venture contractual no ofrece ninguna ventaja tributaria ni para el participante extranjero ni para la entidad estatal, puesto que ambos deben pagar el impuesto de renta sobre las utilidades de sus respectivos porcentajes de producción; el participante extranjero debe además pagar al Estado colombiano un impuesto sobre el valor neto de la remesa, al enviar sus utilidades a la casa matriz en el exterior”.⁶³

10.8- GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO O HOLDING

La Teoría de los Grupos de Interés postula, según Freeman, que la capacidad de una empresa para generar una riqueza sostenible a lo largo del tiempo y, con ello, su valor a largo plazo viene determinada por sus relaciones con sus grupos de interés⁶⁴. Según el mismo autor, el grupo de interés de una empresa es (por definición) cualquier grupo o individuo que puede afectar o es afectado por el logro de los objetivos de la organización. A partir de Freeman, otros autores han dado énfasis principal en el concepto de los grupos de interés⁶⁵.

⁶³ OSORIO ARTURO, Edna Lorena. Los Joint Ventures (Contratos de Asociación), primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín. 1999. Página 95.

⁶⁴ FREEMAN, R. E. (1984) *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Pitman Series in Business and Public Policy.

⁶⁵ GIL LAFUENTE, Anna M. *Revista de Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa*. (11). Páginas 71-90. Universidad Pablo de Olavide. España. Junio de 2011. Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=233118302005>

En la revisión de la literatura encontramos más de una acepción para definir los “grupos de interés”. De acuerdo con Post *et al.* (2002), los grupos de interés de una empresa son los individuos y colectivos que contribuyen, voluntaria o involuntariamente, a su capacidad y sus actividades de creación de riqueza y que, por lo tanto, son sus potenciales beneficiarios y/o portadores del riesgo. En la Teoría de los Grupos de Interés, la empresa se define como una organización socioeconómica formada para crear riqueza para los múltiples colectivos que la componen. Por tanto, la participación constructiva de las partes interesadas las empresas pueden aumentar la confianza externa en sus intenciones y actividades, ayudando a mejorar la reputación corporativa y catalizar la difusión de prácticas más sostenibles en el sistema de empresa en general. Los grupos de interés abarcan una amplia variedad de actores, tales como: accionistas, empleados, clientes, comunidades locales, administración pública, ONG y proveedores.

La Teoría de los Grupos de Interés predice que la sostenibilidad debe tener un impacto positivo sobre los resultados financieros porque las empresas se benefician de “abordar y equilibrar las reivindicaciones” de los múltiples grupos de interesados clave. Por otra parte, *“el constante fracaso para abordar las preocupaciones y las expectativas de los grupos, en última instancia, reduce la confianza de los inversores en acciones de la empresa, que afectan a su coste de financiación (coste medio ponderado del capital) y, por tanto, las oportunidades de lucro”*⁶⁶.

En la actual escena de mercado, se aprecia y distingue, como modalidad de los grupos de interés la forma de Holding, la cual se refiere a la compañía socia o dueña de un grupo de empresas con fines comunes, éste se conforma con el fin de controlar sus actividades de un mismo mercado, lo cual asegura que las empresas que forman parte del Holding tengan acceso a materia prima, logística, transporte, financiación, etc.⁶⁷

Se trata de empresas que tienen activos formados casi exclusivamente por acciones de otras empresas, el porcentaje del capital pagado de las empresas que la forman es generalmente mayoritario. Desde el punto de vista administrativo este tipo de empresas es la directora y controladora de todas las políticas, estrategias, planes, sistemas y de los objetivos de las unidades que de ellas dependen, para cada una de las áreas funcionales que las integran orientado básicamente a la toma de decisiones. Tiene como finalidad específica ejercer el control de las acciones de otras empresas, también se le ha enfocado como la controladora de los inmuebles de las empresas del grupo o reguladora de los fondos de dichas empresas, a cuyo cargo se está la reinversión de las

⁶⁶ SAM (Sustainability Asset Management) y PWC (PricewaterhouseCoopers) *The Sustainability Yearbook 2009*. Zurich, 2009, p. 13.

⁶⁷ Al respecto, ver las memorias del Curso de Planeación Estratégica Logística en la Especialización Logística Empresarial de la Universidad Tecnológica de Pereira. 2009.

utilidades que generen las empresas operativas. Permiten a sus accionistas, personas físicas o morales, que mantengan su participación en una sola empresa evitando que se diversifique su inversión, con lo que se logra un mayor control y mejor manejo de las inversiones.

10.9- CONSORCIOS

La expresión consorcio proviene del término latín “consortium” que significa “con la misma suerte”, asociación, acción concertada, implica un grupo de personas que actúan de común acuerdo. Es en términos generales una forma de asociación con unos fines específicos. La evolución del concepto de asociación ha dado lugar a la creación y conformación de grandes complejos económicos y consecuentemente a la reacción de los pequeños empresarios con el fin de buscar formas de colaboración entre ellos, mediante la combinación de recursos económicos, técnicos y financieros.

La ley 80 de 1993, que es el actual estatuto general de contratación de la administración pública, regula el consorcio en su artículo 7 así: *“Para los efectos de esta ley se entiende por: 1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que los conforman”*. Este artículo de la Ley 80 de 1993 se refiere al consorcio, pero no define su contenido esencial sino que hace descripción de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman.

Al respecto, el Consejo de Estado ha expresado: *“El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica. | Se tiene de lo anterior [L. 80/93 art. 7º] que según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero*

asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.”⁶⁸

Por su parte, la Corte Constitucional define consorcio así:

“El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituir las como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo comercial que son los denominados “contratos de colaboración económica”, que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido.”⁶⁹

El artículo 7 de la Ley 80 de 1993 se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman; es así como la norma determina que el consorcio surge “cuando dos o más personas presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato”.

Conocido por la doctrina y la legislación comparada el Consorcio como asociación de empresarios para la realización conjunta de una obra, labor o actividad económica en un tiempo determinado, y por lo general considerado como carente de personalidad jurídica, puesto que de tenerla ya dejaría de ser Consorcio o Joint venture, como se le conoce en el derecho anglosajón, no parece correcto que se le asimile a las sociedades comerciales, y peor todavía, sin precisar el tipo de sociedad correspondiente”⁷⁰.

En torno a la capacidad contractual de los consorcios, la jurisprudencia constitucional ha expresado que el estatuto de contratación les reconoce este

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de mayo de 2003. Rad. 22051. Consejero Ponente Alir E. Hernández Enríquez

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de septiembre 5 de 2001. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-414 de septiembre 22 de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en cumplimiento de las obligaciones contractuales.⁷¹

En diversos laudos arbitrales se ha sostenido que “el consorcio es una figura propia del derecho tanto privado como público, es una asociación de empresarios por la cual se originan y generan obligaciones solidarias entre las personas que se unen o actúan cooperándose unas con otras, o asociándose para asumir una tarea particularmente importante, que les permita distribuirse los riesgos y responsabilidades que pueda implicar la actividad que pretendan acometer o que se acometa; a través de este acuerdo los consorciados aúnan recursos financieros, tecnológicos y profesionales buscando mejorar el experticio, la competitividad, etc., para así poder prestar o atender las obligaciones que surjan según el contrato celebrado o del caso de que se trate, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

*Es claro, que los consorcios no encuadran con exactitud en la noción de persona, pues son un acuerdo que permite identificarlos como un sujeto especial, pues son entes colectivos sin personería jurídica, la identificación surge para poder identificarlos por razón de los fines de la actividad que van a desarrollar. Ello es así, porque el Consorcio no puede aparecer asimilado ni a las sociedades, ni a las asociaciones con personería jurídica, ni a una persona jurídica como tal, pues son entes atípicos que no hacen surgir una nueva persona jurídica por eso se hace en la ley una ficción para darle capacidad legal para actuar acorde al hecho o contrato que ha de celebrarse”.*⁷²

Según la Superintendencia de Sociedades, “el consorcio empresarial es una figura en virtud de la cual varias personas, naturales o jurídicas unen sus esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica para la gestión de intereses comunes o recíprocos, y aunque parte de una base asociativa no hay socios propiamente dichos, sino un modelo de colaboración para la ejecución de uno o varios proyectos, pero cada uno de los asociados conservando su independencia, y, asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.... El consorcio es un grupo económico utilizado como un instrumento de colaboración entre las empresas cuando requieren asumir un proyecto económico de gran envergadura, permitiéndoles de algún modo distribuirse riesgos, aunar recursos financieros y

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Expediente No. D-3277 de septiembre 5 de 2001. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷² LAUDO ARBITRAL. Araujo Vélez y Asociados Ltda., y J.E. Bulla e Hijos Asociados Ltda., vs. Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (en liquidación). Noviembre 20 de 2001.

*tecnológicos, fortalecer sus equipos, y aunque su responsabilidad es solidaria respecto de todas y cada una de las obligaciones, cada una conserva su independencia jurídica*⁷³

Según el Doctor José Ignacio Narváez “el consorcio no corresponde en Colombia a ningún contrato tipificado y regulado en la normación sobre los acuerdos de voluntades para crear, regular o extinguir entre las partes una relación jurídica patrimonial. Esta circunstancia ha generado confusiones con ciertas figuras definidas en los textos de economía como instrumentos eficaces de que se valen los empresarios para precautelar o defender conjuntamente sus comunes intereses. Estos ostentan como principal característica la de que los empresarios que los forman no renuncian ni se despojan de su autonomía, pero ya se trate de comprar materias primas o ya de vender determinado producto, las operaciones se centralizan en una organización común.

Es pertinente observar que en el registro mercantil que llevan las cámaras de comercio abundan sociedades – anónimas y limitadas – denominadas (consorcio de inversionistas) o (consorcio industrial) o (consorcio metalúrgico) o (consorcio importador) o (consorcio comercial) o (consorcio de exportación), etc., cuyos estatutos normalmente contienen las menciones exigidas por el artículo 110 del Código para la escritura constitutiva de la sociedad mercantil, pero en los cuales no aparecen los elementos que al trasluz de la noción tradicional puramente económica estructuran un consorcio. Quizás se ha generalizado la errónea creencia de que denominando (consorcio) a una sociedad queda por sí sola conformada esta figura.

*Precisamente por desconocimiento de la naturaleza económica y jurídica que a esta forma asociativa se le ha reconocido en las más recientes legislaciones, se ha llegado al deplorable absurdo de identificar como (consorcios) a entidades cuyo objeto es la captación de recursos monetarios del público con el halago de financiar al suscriptor de un plan de adquisición de ciertos bienes o servicios, pero que en nada corresponden ni tiene similitud o analogía alguna con la asociación de dos o más empresarios que desarrollan una misma actividad económica o actividades conexas o complementarias, para explotar un determinado bajo una organización común que no absorbe ni interfiere la de cada uno de los asociados ni su independencia jurídica o económica”.*⁷⁴

*El autor Guillermo Cabanellas define el consorcio como la “asociación en que dos o más empresas se reúnen para actuar unidos bajo una misma dirección y reglas comunes, aunque conservando su personalidad”*⁷⁵.

⁷³ DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURÍDICOS. Superintendencia de Sociedades. Bogotá. 2000. Pág. 190.

⁷⁴ NARVÁEZ, José Ignacio, La asociación por parte de interés en Colombia, Editorial Legis. Bogotá 1983. Pág. 186 – 187

⁷⁵ CABANELLAS, GUILLERMO “Diccionario del Derecho Usual” Tomo I Editorial Buenos Aires 1968

Para el profesor Gaspar Caballero Sierra *“Los consorcios tanto públicos como privados, son asociaciones especiales o cualificadas, es decir, que solo se pueden constituir por personas que se encuentren en determinadas condiciones o circunstancias el consorcio, entonces, emerge cuando los interesados o protagonistas de la organización se encuentran en la misma situación objetiva respecto a una actividad de interés común con el consorcio no se crea artificialmente una comunidad de intereses, sino que con él se hace común un interés que ya es propio de todos sus miembros, puesto que se encuentran en aquella situación objetiva determinante del interés que los lleva colectivamente a satisfacerla”*⁷⁶.

Según este autor, en el consorcio se evidencia una técnica de mediación que les permite a sus miembros organizarse para el logro mancomunado de ciertas actividades que obviamente conllevarán beneficios para cada uno de ellos, valiéndose para tal fin de un órgano común a todos que asume por cuenta y a favor de los consorciados las tareas que estos mismos le han atribuido y que antes de la creación del consorcio ejercía particularmente cada uno de ellos. Las actividades no atribuidas al organismo siguen siendo ejecutadas directamente por los consorciados, que conservan su personería.

Tal vez una de las apreciaciones más acreditadas en materia conceptual del consorcio se sea la que evidencia el hoy Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar cuyo criterio se enlista a establecer que en la legislación colombiana la naturaleza jurídica del consorcio es la de un contrato atípico, es decir, un contrato de colaboración empresarial; sostiene lo siguiente: *“El consorcio es un contrato de colaboración entre dos o más empresarios con la finalidad de unir esfuerzos para lograr un determinado objetivo, generalmente la construcción de una obra, la prestación de un servicio o en general la ejecución de una empresa determinada sin que se establezca una sociedad entre ellos. El consorcio es un concepto indefinido en nuestra legislación y al que se le ha dado el tratamiento de sociedades de hecho. Sin embargo, el consorcio no es un contrato de sociedad ni de cuentas de participación, es una figura contractual atípica en el derecho privado colombiano, que puede ubicarse como una especie de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración empresarial”*⁷⁷

Siendo el consorcio una modalidad aplicable tanto para la contratación con personas del orden privado como público, en nuestra legislación ha tenido más desarrollo en el campo público. El consorcio no reúne todos los requisitos necesarios para que pueda calificarse como sociedad, esto es: 1) La capacidad y el consentimiento exento de vicios por parte de los contratantes, objeto y

⁷⁶ CABALLERO SIERRA, Gaspar. Los Consorcios públicos y privados. Editorial Temis. Bogotá, 1985. pág. 12, 15 y 16

⁷⁷ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit. Págs. 284-293.

causa lícitos, 2) Concurrencia de un número plural de personas, 3) Aporte de cada uno de los socios en busca de un beneficio común, 4) Reparto de las utilidades o pérdidas que genere el desarrollo de la empresa social y 5) La *affectio societatis* o intención de asociarse. Este último punto es el que diferencia el consorcio y la sociedad, ya que los consorcios no tienen la intención de permanecer unidos sino por el tiempo necesario para desarrollar la empresa o proyecto, mientras que la sociedad tiene un objeto social estable, permanente y duradero.

Si bien es cierto que en materia de contratación pública y privada se le otorga la capacidad a los consorcios para que presenten propuestas y suscriban contratos de naturaleza, también lo es que el consorcio como tal no adquiere obligaciones ni derechos, son los consorciados los que tienen que asumir tales responsabilidades y disfrutan de los beneficios que se generen. Hoy en día se ha constituido en un modelo de colaboración en el campo del derecho público para la promoción y ejecución de obras y servicios de interés general. En este tipo de consorcios no hay socios propiamente dichos, ni búsqueda de utilidades y rendimientos, ni distribución de ganancias y pérdidas sino un propósito de unión entre diversos entes administrativos, con o sin la colaboración de los particulares, para prestar un servicio o para ejecutar una labor, pero en todo caso movidos por el interés público general o colectivo y actuando con una personalidad jurídica propia, distinta de la de los propios consorciados, como un auténtico sujeto de derechos y de obligaciones.

10.10-UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS

El artículo 7º de la ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) definió las uniones temporales así:

Unión Temporal: *Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.*

PARÁGRAFO 1o. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará el consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad”.

Las Uniones Temporales, constituyen entonces una forma de colaboración empresarial, en virtud de la cual, dos o más personas naturales o jurídicas, unan esfuerzos económicos, logísticos, técnicos o administrativos, sin conformar una persona jurídica distinta de sus integrantes. Generalmente, se constituyen para participar en concursos o licitaciones para la celebración y ejecución de un contrato.

A esta clase de colaboración empresarial, se refiere expresamente la Ley de Contratación Administrativa, Ley 80 de 1993, para efecto de presentar propuestas y desarrollar contratos con el Estado, advirtiendo que los integrantes de la misma, responden en forma solidaria por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado; sin embargo, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato se impondrán acorde con la participación en la ejecución de cada uno de sus miembros que la conforman.

Las uniones temporales, según el régimen tributario, no tienen el carácter de contribuyentes del Impuesto de Renta y Complementarios, por lo que cada uno de los miembros de la Unión Temporal, deberá declarar de manera independiente los ingresos, costos y gastos. Consistente con lo anterior, cada uno de los miembros de la Unión, descontaría su retención en la fuente en la declaración de renta correspondiente, a prorrata de su participación en el ingreso facturado. La facturación puede realizarla la Unión Temporal bajo un NIT propio e independiente que le asignaría la DIAN, o en forma separada cada uno de los miembros; en el primer caso, la factura debe señalar el porcentaje o valor del ingreso que corresponda a cada uno de los miembros.

El tratamiento y presencia de las uniones temporales dentro del ordenamiento es el mismo que para los consorcios pero a diferencia de estos la responsabilidad de los conformantes se distribuye en proporción de sus aportes o participación. Así lo opina el profesor Edgar González López:

“La unión temporal tiene el mismo contenido conceptual del consorcio, es decir, la presentación en forma conjunta de una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato, y, además, la responsabilidad solidaria por el incumplimiento total de la propuesta y el objeto contratado. Sin embargo, se adiciona un precepto respecto del tema de las sanciones, en el sentido de que ellas se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros en la unión temporal. (...) Si la

responsabilidad es solidaria, solidario es el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato. Y si es así, y si además existe un solo representante de la unión temporal, la cual tiene capacidad legal para contratar, la administración debe exigir el cumplimiento de la totalidad del contrato.

Y, frente a un eventual incumplimiento, todos y cada uno de los miembros del consorcio responden del mismo y deben subsanarlo y remediarlo a la brevedad posible. Si no lo hacen, todos y cada uno de ellos deben estar incurso en las sanciones contractuales que se hayan previsto, y en los demás efectos que surjan de su incumplimiento, pues el incumplimiento es de todos y cada uno de ellos. En consecuencia, no se ve con claridad la estipulación respecto de la responsabilidad solidaria de los miembros de la unión temporal y, al mismo tiempo, el derecho y el deber de la administración de sancionar sólo al incumplido. En nuestro sentir, o hay responsabilidad solidaria o no la hay (...)

Sin embargo, si el incumplimiento afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato puede conducir a su paralización, presupuestos de hecho que tipifican la figura de la caducidad del contrato, surgiría el interrogante de, si en este caso, podría haber terminación parcial del contrato, o contratación parcial con un tercero ajeno a la unión. La respuesta negativa parece obvia; le corresponde al otro miembro o miembros asumir las obligaciones del incumplido, cuestión que debe ser indiferente para la administración, por cuanto existe un solo representante de la unión temporal para todos los efectos. Y, en caso de persistir el incumplimiento, la inhabilidad corresponde a la ejecutoria del acto que imponga la caducidad, no debería afectar a uno solo de ellos, sino a la unión temporal y a todos los que la conforman, dada su responsabilidad solidaria. (...) Si no fuera así, no tendría significación jurídica el concepto de responsabilidad solidaria o de cumplimiento total de la oferta y del contrato”⁷⁸.

Las diferencias entonces, entre consorcio y unión temporal las encontramos al establecer que en el consorcio sus miembros responden solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman y, en la unión temporal, sus participantes lo hacen solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las

⁷⁸ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa, Ediciones Rosaristas, 1994, págs. 99 y 101 a 103, citado por DATA LEGIS CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, [§ 3044].

sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

10.11-EMPRESAS UNIPERSONALES

Para definir mejor a las empresas unipersonales, podemos acudir a una aproximación confeccionada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-624/98 en donde señaló lo siguiente:

“La Empresa unipersonal tuvo su origen principalmente en Alemania, con un esquema de empresa unipersonal, basado en la creación de un patrimonio autónomo y propio, destinado a una definida explotación económica. El patrimonio autónomo, constituido por bienes de una persona que al ser independizados, son destinados para fines específicos y que sirven de garantía de las obligaciones vinculadas a la ejecución o cumplimiento de una actividad. Por tanto, la persona sigue siendo la titular del patrimonio afectado, sin que se forme una persona jurídica”.

Por otra parte, la Empresa Unipersonal se separa de la clásica idea de que el patrimonio, como atributo de la personalidad, es uno solo y único, y que no puede dividirse sin que se divida la persona titular de los derechos y obligaciones. Debe señalarse que nuestra legislación ha aceptado la separación del patrimonio de la persona en otros eventos, precisamente en el caso de la fiducia mercantil, y como se verá, en la empresa unipersonal.

La *empresa unipersonal*, como patrimonio autónomo, fue asumida posteriormente por el Código de las Obligaciones del Principado de Liechtenstein de 1926, al darle personalidad jurídica a la empresa unipersonal lo que se buscaba era generar una clara separación de actividades, patrimonio y obligaciones entre el socio unipersonal y la sociedad en sí misma, que permitiera una mayor agilidad y transparencia en la actividad comercial.

Era ampliamente reconocido en nuestro país que existían un gran número de sociedades de fachada con pluralidad de miembros, en las que realmente trabajaba un solo socio y los demás llenaban el requisito legal, circunstancia que motivaba la inclusión de la figura en nuestro régimen interno. La consagración de la empresa unipersonal, con el objetivo de facilitar las actividades de los comerciantes, de una forma mas ajustada a las necesidades del mundo de los negocios. Respondiendo a *la Costumbre contra legem*.

Para este propósito comercial la Gaceta del Congreso No 381 del 4 de noviembre de 1993, Proyecto de ley No 119 de 1993, Cámara de Representantes, otorgo a la empresa unipersonal personería jurídica, con la Ley 222 de 1995 artículo 71, así:

"Mediante la empresa unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.

La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica Par- Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados".

Por su parte, el comerciante puede destinar ciertos bienes a la realización de actividades mercantiles, con la garantía y el beneficio de la personalidad jurídica. Por consiguiente, ni desvirtúa la naturaleza contractual de las demás sociedades reguladas por el artículo 98 del Código de Comercio, que quedó incólume con la reforma de la Ley 222, así pues, la empresa unipersonal "no es más que una variante del concepto genérico de sociedad, siendo la otra, la sociedad pluripersonal", en todo caso, la figura de la *empresa unipersonal* es más cercana a la *sociedad unipersonal*, en especial por la remisión que supletivamente se hace, a la aplicación de las normas mercantiles relacionadas con la sociedad de responsabilidad limitada tradicional.

La Confederación colombiana de Cámaras de Comercio "Confecámaras" ha señalado y sintetizado los aspectos fundamentales de la Empresa Unipersonal, los cuales son necesarios tener definidos y claros para así abordar el tema que nos ocupa en esta línea jurisprudencial, la cual atañe el fundamento, el funcionamiento y la viabilidad legal de la Empresa Unipersonal.

Así pues, en primera instancia Confecámaras señala que la Empresa Unipersonal es "una persona jurídica mediante la cual una persona natural o jurídica (comerciante), que en este caso se denomina empresario, destina parte de sus activos para la realización de una o varias actividades mercantiles. La cual se puede constituir por: Escritura Pública, o documento privado reconocido ante notario o ante el funcionario autorizado por la Cámara de Comercio.

En cualquiera de los dos casos, el documento debe contener la siguiente información, sin la cual la Cámara de Comercio no podrá efectuar el registro:

- ✓ Nombre completo, documento de identidad, domicilio (ciudad o municipio) y dirección de la persona que constituye la empresa unipersonal.
- ✓ Denominación o nombre de la empresa unipersonal, seguida de la expresión “empresa unipersonal” o de la sigla “E.U.”.
- ✓ Domicilio (ciudad o municipio) de la empresa unipersonal.
- ✓ Término de duración, el cual puede ser preciso o indefinido (en cualquier caso se debe decir).
- ✓ Objeto: enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la empresa podrá realizar “cualquier acto lícito de comercio”.
- ✓ Monto del capital. En caso de que el capital se componga de bienes aportados, debe hacer una inscripción pormenorizada de todos los bienes aportados indicando su valor.

Nota: Si se aporta un bien inmueble a la empresa, la constitución de la misma se debe realizar únicamente por escritura pública.

- ✓ El número de cuotas en que se divide el capital y el valor nominal de las mismas.
- ✓ La forma de administración y representación legal de la empresa unipersonal y el nombre, documento de identidad y las facultades del representante legal.

El siguiente paso es el registro de la Empresa Unipersonal que se realiza en la Cámara de Comercio así: Verifique previamente que el nombre escogido no se encuentre registrado en la Cámara de Comercio; Copia de la escritura pública que expide la notaria o copia auténtica del documento privado, debe presentarla para inscripción en cualquiera de las sedes de la Cámara; Cancele el valor que le liquide el cajero y el Impuesto de Registro; En caso de que el representante legal de la empresa unipersonal no sea el mismo empresario, debe anexar carta de aceptación de la persona designada con el número de documento de identidad.

Otro aspecto de vital importancia para ser señalado es la reforma de estatutos de la Empresa Unipersonal la cual exige que se entregue para la inscripción, copia de la escritura pública o del documento privado que contenga el texto de la reforma, debidamente reconocido ante juez o notario, o funcionario autorizado por la Cámara de Comercio.

Por otra parte, la Empresa Unipersonal puede transformarse en una Sociedad en caso de que las cuotas que componen el capital de la empresa unipersonal pasen a ser propiedad de dos o más empresarios como consecuencia de una cesión parcial o total de las mismas, puede la empresa unipersonal transformarse en sociedad, para lo cual debe otorgar una escritura pública de conversión e inscribirla en el Registro Mercantil. Reuniendo los requisitos que la ley señala para la clase de sociedad escogida.

Ya en la parte de la terminación de la Empresa Unipersonal, como es sabido se compone en un primer momento que es la disolución para luego pasar al momento de la liquidación de la Empresa Unipersonal, así pues, para el momento de la disolución se puede dar por una de estas causales, a saber:

1. Por voluntad del empresario.
2. Por vencimiento del término de duración.
3. Por muerte del constituyente, salvo estipulación en contrario.
4. Por imposibilidad de desarrollar el objeto.
5. Por pérdidas que reduzcan el patrimonio en más del 50%.
6. Por orden de autoridad competente.
7. Por iniciación del trámite de liquidación obligatoria.

Mediante la Empresa Unipersonal (E.U), una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. La Empresa Unipersonal, una vez inscrita en el Registro Mercantil, forma una persona jurídica. La empresa y el establecimiento de comercio son figuras que se complementan, pues la empresa es una organización económica destinada a la producción de bienes y servicios para el mercado, el establecimiento de comercio resulta ser el instrumento con el cual se desarrolla la empresa y sus fines. Es así como por medio de una Empresa Unipersonal una persona ya sea natural o jurídica, que tenga la capacidad para ser comerciante, destina una parte de su patrimonio a la realización de actividades que ostentan el carácter de mercantil, de esta forma una vez inscrita en el registro mercantil con observancia de requisitos establecidos en la ley, forma una persona jurídica.

En cuanto a los aspectos Tributarios se establece que en materia de las Empresas Unipersonales, se aplicará el mismo régimen para las sociedades de responsabilidad limitada, así pues entre algunas exigencias deberá llevar libros de contabilidad con ajustes a la inflación, la respectiva tarifa al impuesto de renta, si se realizan actividades generadoras de IVA, la retención en la fuente, impuesto de timbre, entre otros.

Otro tema importante dentro de la Empresa Unipersonal es la conversión, en este caso cuando una sociedad sea disuelta por la reducción de socios a uno,

tendrá diferentes opciones, una de ellas es liquidarse y la otra es convertirse en una Empresa Unipersonal, de acuerdo con la respectiva solemnidad por medio de una escritura pública y esta inscrita en el registro mercantil; de esta forma la Empresa Unipersonal sin solución de continuidad asume los derechos y las obligaciones de la anterior sociedad.

11. CONCLUSIONES

- ✓ El Modelo Neoliberal, en boga actualmente en el país, propone un mercado laboral sin ningún tipo de regulaciones, donde los trabajadores no puedan incidir directamente sobre sus condiciones de vida, las cuales serían manejadas por los empleadores en su afán de generar más ganancias y no permitir el progreso de la clase obrera o trabajadora.
- ✓ El modelo de reconversión productiva debido al corto plazo que presenta, se considera como un fracaso, a consecuencia de que no ha brindado las oportunidades laborales que se suponía que generaría, conllevando a la creación por parte del Estado de estrategias como la creación de empleo de emergencia o de choque.
- ✓ La influencia de los sindicatos ha disminuido como también los conflictos en las relaciones laborales, como consecuencia del debilitamiento de las formas de organizaciones sindicales que ha promovido en los trabajadores la participación activa de los procesos de distribución, producción y consumo, a la vez que ha generado la pérdida de la capacidad de parte de los empleados de negociar sus condiciones salariales y laborales.
- ✓ En la actualidad, el movimiento sindical en Colombia pasa por una crisis como organización de naturaleza político- social. Esta crisis se fundamenta en factores como: La tercerización de la economía, la escasa planificación sindical, la estructura sindical anacrónica y los procesos de ajuste que promueve el modelo neoliberal.
- ✓ El trabajo ha perdido peso como actividad estable y contractual permanente del modelo industrial. Esto se debe a que la sociedad actual denominada como la sociedad del conocimiento, se encuentra enfocada a la promoción del emprendimiento y empresarismo, generando la creación de empresa, más no una búsqueda de trabajo.
- ✓ El auge de las Cooperativas de Trabajo Asociado, la contratación a término fijo y los trabajadores en misión o temporales, se debe al debilitamiento de la figura contractual tradicional convirtiéndose en un estrategia obligatoria de parte del Estado y los empleadores.
- ✓ En Colombia, el aumento del empleo de baja calidad y baja productividad presente en los últimos años, conlleva al desarrollo de procesos de deslaboralización del trabajo y su forma de contratación, debido a que el Gobierno percibe la protección laboral como un costo adicional y perjudicial para el precio y costo del producto final, comercializado en un mercado

global, generando al debilitamiento del empleo de buena calidad por parte del gobierno y empresarios.

- ✓ Las reformas laborales en los últimos 30 años en Colombia, no significan el proceso de mejoramiento en el acceso y condiciones de empleo que suponían. Estas reformas violan tajantemente el derecho al trabajo, vulnerándose la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores como también el derecho al trabajo, promoviendo un estado de vulnerabilidad en las familias colombianas a través de la privación de la estabilidad laboral.

BIBLIOGRAFÍA

ARICAPA, Ricardo. Las Cooperativas de Trabajo Asociado del Sector Azucarero: ¿Flexibilización o salvajización?. Escuela Nacional Sindical. Medellín. 2005.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles*, Tomo I, Editorial Diké. Medellín 2002.

BARONA Z, Bernardo & VALENZUELA Wendy Catalina, MICRO FINANZAS URBANAS EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE ALGUNAS EMPRESAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO EN EL VALLE DEL CAUCA. Revista Estudios Gerenciales, octubre-diciembre, No. 081. Universidad ICESI. Cali.

CABALLERO SIERRA, Gaspar. Los Consorcios públicos y privados. Editorial Temis. Bogotá, 1985.

CABANELLAS, GUILLERMO “Diccionario del Derecho Usual” Tomo I Editorial Buenos Aires 1968.

CONSEJO CONSULTIVO LABORAL ANDINO. La subcontratación Laboral – Análisis y Perspectivas-. Cuadernos de Integración Andina. Número 20. 2007.

CONSEJO DE ESTADO, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de mayo de 2003. Rad. 22051. Consejero Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de septiembre 5 de 2001. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

------. Sentencia C-414 de septiembre 22 de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

------. Expediente No. D-3277 de septiembre 5 de 2001. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia del 24 de abril de 1997, radicación 9435, M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez.

-----, Sala de Casación Laboral, sentencia del 12 de marzo de 1997, M.P. José Roberto Herrera Vergara.

-----, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de septiembre de 2003, radicación 20.776. M.P. Isaura Vargas Díaz.

-----, Sala de Casación Laboral, sentencia 13.561 de 11 de mayo de 2000, M.P. Germán Valdez Sánchez.

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURÍDICOS. Superintendencia de Sociedades. Bogotá. 2000.

DRUCKER, Peter. Gerencia para el futuro, citado por ZAPATA CÁRDENAS, Carlos Alberto. Nuevas formas de contratación: el outsourcing en los servicios de información y documentación. En: Revista Memoria. (ene.-jun. 1997); p.95

FREEMAN, R. E. (1984) *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Pitman Series in Business and Public Policy.

GIL LAFUENTE, Anna M. *Revista de Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa*. (11). Páginas 71-90. Universidad Pablo de Olavide. España. Junio de 2011. Disponible en:

<http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=233118302005>

GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa, Ediciones Rosaristas, 1994, págs. 99 y 101 a 103, citado por DATA LEGIS CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, [§ 3044]

LARA NAVARRO, Pablo y MARTÍNEZ USERO, José Ángel. Outsourcing documental: organización de futuro. [en línea]. Disponible en: <<http://eprints.rclis.org/archive/00006968/01/2000-FESABID-outsourcing.pdf>>

LAUDO ARBITRAL. Araújo Vélez y Asociados Ltda., y J.E. Bulla e Hijos Asociados Ltda., vs. Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (en liquidación). Noviembre 20 de 2001.

NARVÁEZ, José Ignacio, La asociación por parte de interés en Colombia, Editorial Legis. Bogotá 1983.

-----, Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Editorial Legis. 1998.

OSORIO ARTURO, Edna Lorena. Los Joint Ventures (Contratos de Asociación), primera edición, Biblioteca Jurídica Díké, Medellín. 1999.

PINZÓN HERNÁNDEZ, María del Carmen. El consorcio un nuevo tipo societario. *Formas de control, colaboración, competencia empresarial y propiedad industrial*. Segundo congreso iberoamericano de derecho empresarial. Tomo III. Bogotá. Octubre 21, 22, 23. 1997.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Nuevos contratos estatales. Primera Edición. Editorial Jurídicas Wilches. Bogotá. 1994.

ROTHERY, Brian. Outsourcing. México. Editorial Limusa, S.A de C.V, 1996. p. 4.

SAM (Sustainability Asset Management) y PWC (PricewaterhouseCoopers) *The Sustainability Yearbook 2009*. Zurich, 2009.

ZALDIVAR, E. Contratos de Colaboración Empresaria. II Edición. Argentina. Editorial Abeledo-Perrot. 1986.