

**EL USO INADECUADO DE LA TERCERIZACIÓN POR PARTE DE LAS  
ENTIDADES PÚBLICAS EN COLOMBIA  
PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

*Diana Carolina Sánchez Rodríguez*

*Gloria Lucia Mera*

**Resumen:**

El presente artículo tiene como propósito principal analizar el abuso de la figura de la tercerización en materia laboral en el ordenamiento jurídico colombiano por parte de las entidades estatales, lo cual desdibuja los principios orientadores superiores en materia laboral y permite que se vulneren derechos de trabajadores que son protegidos por normas de carácter supranacional.

**Palabras claves:** Tercerización – Empresa de Servicios Temporales (EST)– Contrato de Trabajo

**Abstract:**

The main purpose of this article is to analyze the abuse of the figure of outsourcing in labor matters in the Colombian legal system by state entities, which blurs the superior guiding principles in labor matters and allows the violation of workers' rights that are protected by supranational norms.

**Keywords:** Outsourcing - Temporary Service Company (TSC) - Employment Contract - Contract of Employment

## **Introducción**

En Colombia existe, lo que se ha denominado tercerización en materia laboral. Tema que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, así como por parte del Consejo de Estado y que tiene como fuente la Constitución Política de 1991, La Ley y diferentes actos administrativos proferidos tanto por el Ministerio de Trabajo como por diferentes entidades administrativas, lo cual se desarrollará a lo largo del presente artículo.

En ese orden de ideas, el artículo 53 de Constitución Política establece los principios orientadores en el ámbito laboral en Colombia. Según el (Decreto 5670 de 2016 Pág 2, *Col*) nos indica que el fenómeno de la tercerización se manifiesta cuando una empresa o entidad pública que requiere un servicio específico, realiza un contrato a través de un tercero, que garantiza la prestación de ese servicio sin que sea necesaria la contratación de manera directa por parte de la empresa o entidad estatal, este tercero presta aquel servicio de recurso humano de manera independiente y asegura los derechos fundamentales al trabajo de la persona que ejercerá dicha actividad de manera personal ante aquella empresa o entidad pública.

La tercerización en Colombia es una herramienta que formaliza y materializa el derecho laboral, disminuye la informalidad y puede ser garantía para los trabajadores. Pero qué pasa cuando ese fenómeno de tercerización es abusado por parte de las entidades estatales. La propuesta de este trabajo es determinar ¿Cuál es el cumplimiento legal de la tercerización laboral en Colombia de acuerdo con el precedente judicial?\_En ese orden de ideas manejaremos la hipótesis de que en Colombia la Tercerización ha demostrado tener falencias en su aplicación, por lo cual el presente trabajo tiene como objetivo determinar el cumplimiento legal de la tercerización laboral en Colombia a través del precedente judicial e identificar la problemática de la tercerización laboral por parte del estado actualmente.

En cuanto a la metodología del proyecto, el problema y los objetivos es de carácter deductivo, toda vez que a través del precedente Judicial se va a determinar la aplicabilidad legal de la tercerización laboral en Colombia por parte de las entidades del estado.

## **Título 1. Marco jurídico de la tercerización laboral en Colombia**

En Colombia el fenómeno de la tercerización se manifiesta a través de las empresas de servicios temporales (EST) las Cooperativas de trabajo Asociado (CTA) y el contrato sindical, pero no es objeto de la presente investigación profundizar en los mismos sino en la problemática de la tercerización.

Conforme a lo anterior, una de las formas de tercerización laboral se puede encontrar en la contratación utilizada por las Empresas de Servicios Temporales EST, la cual se ha desarrollado en el estado Colombiano amparado en lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, reglamentado a través del artículo 6 del Decreto 4369 del 4 de diciembre de 2006 y en el artículo 2.2.6.5.6 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, donde se ha permitido a dichas empresas prestar servicios a terceros para ayudar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la empresa usuaria, en el que el trabajador contribuye en el cumplimiento del objeto de la entidad, bajo las órdenes de la empresa de servicios temporales EST y con el supuesto que el empleado tendría los mismos derechos y garantías de los demás trabajadores que se encuentran directamente con la entidad usuaria.

Las entidades que requieran servicios a través de Empresas de Servicios Temporales únicamente podrán realizar dichos negocios jurídicos en los siguientes casos:

1. Actividades acciones de tipo laboral de carácter transitorio, accidental y ocasional en armonía con el artículo sexto del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Reemplazo por causa de personal en licencia, incapacidad médica o con ocasión a la licencia de maternidad o paternidad según sea el caso y, por concepto de vacaciones remuneradas, de conformidad con el artículo 186 de la norma laboral aplicable.

3. Con el fin de atender contingencias o aumento en la mercancía, producción y transporte y en l referente a la prestación de servicios, durante un lapso de seis meses con una única prorrogas por el mismo término.

Adicional a lo anterior el párrafo del referido artículo manifiesta una prohibición en el sentido de que una vez cumplido el termino anterior con su prorrogas, la entidad en este caso, no podrá adicionar o extender el negocio jurídico, ni iniciar una nueva contratación con la misma o nueva empresa, con el fin de continuar prestando el servicio. (Ley 50 de 1990, art 77 Col ).

Inicialmente, esta forma de subcontratación se confunde con un intermediario y que se diferencia de este por que la empresa intermediaria es la que tiene una relación contractual con los empleados, lo que significa que es la encargada de asumir todas las obligaciones y costos de la relación laboral. Según el artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo, estableciendo:

1. Son intermediarios, las personas que contraten servicios de otras personas con el fin de ejecutar actividades en beneficio de un empleador que asume la carga contractual y prestacional en cuanto a derechos laborales corresponde.

2. También son considerados intermediarios, pese a figurar como empresarios independientes, las personas que coordinan servicios de determinados trabajadores para la ejecutar actividades en espacios físicos como locales, o que utilicen maquinarias, herramientas, equipos y otros implementos pertenecientes a un empleador con el fin de beneficiar a éste.

Y que según el artículo 8 del Decreto 4369 De 2006 no cuentan con los mismos beneficios extralegales que brinda la empresa usuaria y que dado a esto, la subcontratación de los empleados en misión genera beneficios económicos para la empresa beneficiaria, por lo cual los demás beneficios laborales no son de obligatorio cumplimiento, si no que su remuneración es de libre decisión de la empresa usuaria, confirmado por Calle (2007).

De conformidad con el decreto 583 de 2016 se le denomina tercerización en el campo laboral los servicios prestados en favor de un beneficiario por un proveedor, siempre que se tengan en cuenta la normatividad vigente.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2017) se refiere de la siguiente forma al fenómeno de la tercerización:

“todo trabajo realizado por una persona física por una persona a favor de una persona física o jurídica denominada usuaria a través de un régimen de subcontratación en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacional de cada país” OIT (2017) P7.

El artículo 53 de Constitución Política establece los principios orientadores en el ámbito laboral en Colombia. Según el (Decreto 5670 de 2016 Pág 2, *Col*) nos indica que el

fenómeno de la tercerización se manifiesta cuando una empresa o entidad pública que requiere un servicio específico, realiza un contrato a través de un tercero, que garantiza la prestación de ese servicio sin que sea necesaria la contratación directamente por parte de la empresa o entidad estatal, este tercero presta aquel servicio de recurso humano de manera independiente y asegura los derechos fundamentales al trabajo de la persona que ejercerá dicha actividad de manera personal ante aquella empresa o entidad pública.

El fenómeno de la tercerización tiene fundamento en la normatividad jurídica colombiana, tal como es el caso de la (Ley 909 de 2004 art 1, *Col*) que nos especifica que la regulación del empleo público en Colombia, indicando la referida norma que dentro de la función pública hacen parte los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, los empleos de periodo fijo y los empleos temporales.

Lo que se busca el legislador al establecer los principios orientadores de la norma la a través de la figura de la tercerización por parte de las entidades del estado, es la reducción de costos operativos, al igual que mermar la carga excesiva de trabajo que presentan las entidades públicas, por lo cual la norma permite la práctica frecuente de contratación de proveedores de servicios a través de empresas de tercerización laboral o empresas temporales de trabajo, disminuyendo responsabilidad por parte del estado frente a trabajadores que son responsabilidad específica de las EST.

Es importante, para poder ejercer la tercerización laboral, por estipulación legal que garanticen los derechos fundamentales de las personas, y que los mismos no interfieran en el correcto funcionamiento de los objetivos misionales de la entidad y por ende de los servidores públicos.

El artículo 77 la Ley 50 de 1990, es claro en afirmar que, el servicio a cargo de la EST solo puede ser prestado para: 1. Actividades acciones de tipo laboral de carácter transitorio, accidental y ocasional en armonía con el artículo sexto del Código Sustantivo del Trabajo. 2. Reemplazo por causa de personal en licencia, incapacidad médica o con ocasión a la licencia de maternidad o paternidad según sea el caso y, por concepto de vacaciones remuneradas, de conformidad con el artículo 186 de la norma laboral aplicable y 3. Con el fin de atender contingencias o aumento en la mercancía, producción y transporte y en lo referente a la prestación de servicios, durante un lapso de seis meses con una única prórroga por el mismo término.

## **Titulo 2. Precedente jurisprudencial respecto a la tercerización laboral en Colombia**

En Colombia la tercerización en materia laboral. Tema que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y que tiene como fuente la Constitución Política de 1991, la Ley y sus decretos reglamentarios:

### **Corte Constitucional.**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 1998, con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara frente a una Acción de Inconstitucionalidad del artículo 2 Ley 50 de 1990, 1998 resalta lo establecido en el artículo 53 superior, implica que se reconoce la relación desigual que existe entre empleador y trabajador, entendiendo que el empleador es la parte fuerte de la relación contractual y el trabajador, representa la parte débil de la misma. Por lo cual surge la necesidad de proteger los derechos de los más débiles en la relación laboral con el fin de equilibrar la balanza de la justicia y por ende que no se vean desmejorados sus derechos de rango supranacional.

Así mismo la Corte Constitucional mediante Sentencia C-690 de 2011, Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub en demanda de inconstitucionalidad en contra del párrafo transitorio de la ley 1429 del año 2010 norma de formalización y generación de empleo, que estipulaba que dicha ley entraba en vigencia dos años después de su promulgación. Según los demandantes, no existe razón alguna para que el legislador otorgara dicho termino a la entrada en vigencia de la referida norma, que contenía una garantía expresa para los trabajadores y prohibía o limitaba a las empresas públicas y privadas con el objetivo de cumplir sus funciones misionales mediante tercerización y en los casos excepcionales que así fuera, es decir en los casos previstos por la ley, dichas cooperativas deberían garantizar los derechos irrenunciables a los trabajadores de conformidad con el Código Sustantivo del trabajo. La corte se declaró inhibida pues la mentada norma fue derogada por la ley 1450 de 2011, que trató del Plan Nacional de Desarrollo 2010 hasta el año 2014. El tema de la tercerización que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de

Colombia, y más ampliamente parte del Consejo de Estado cuya fuente principal es la Constitución Política de 1991.

Analizando lo anterior, la Corte Constitucional ha tratado el tema a través del reconocimiento de la relación desigual que existe entre empleador y trabajador, entendiendo que el empleador es la parte fuerte de la relación contractual y el trabajador, representa la parte débil de la misma siendo necesario un tratamiento posterior y profundo del máximo organismo de la jurisdicción constitucional habida cuenta que es poca la jurisprudencia existente en este tema, siendo la que más desarrolla el tema, la sentencia C-665 de 1998.

### **Corte Suprema de Justicia**

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 467-2019 (Contratación Defraudatoria, 2019), se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las empresas de servicios temporales recordando que las empresas de servicios temporales no pueden ser un instrumento que cubra en su totalidad las necesidades de manera permanentes de la entidad usuaria o con el fin de sustituir personal permanentemente. Sino para cumplir las actividades que tiene un carácter de excepcional y temporal previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 que, en ningún caso pueden o no ser o constituir el giro habitual de sus negocios.

En ese mismo sentido en la sentencia CSJ SL 3520 del año 2018 señaló que, a través de la tercerización, las empresas facultadas para tal fin suministran de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien a su vez se encarga de determinar las funciones y supervisar la respectiva ejecución. De esta forma, los trabajadores se consideran trabajadores EST pero por facultad o representación de esta última, se ejerce la subordinación material a través de la empresa usuaria.

De las sentencias anteriormente citadas se puede analizar, que las empresas que prestan servicios temporales tienen un tiempo limitado para ejercer dicha actividad, la norma es clara en señalar el periodo o termino de seis meses con una prórroga que no puede exceder dicho termino, afirman los doctrinantes que se tiende a pensar que las empresas son contratadas para ejercer cualquier labor, pero no es así, son una funciones específicas que se deben diferenciar con las actividades misionales o del giro ordinario de la entidad. Que los

casos en los cuales estas empresas ejercen una actividad que se armoniza con lo que el legislador quiso establecer al proferir la norma es que las entidades que requieran servicios a través de Empresas de Servicios Temporales únicamente podrán realizar dichos negocios jurídicos cuando se realicen actividades acciones de tipo laboral de carácter transitorio, accidental y ocasional en armonía con el artículo sexto del Código Sustantivo del Trabajo o de manera que se sustituya o reemplace a personal en licencia, incapacidad médica, licencia de maternidad, vacaciones y con el fin fundamental de atender contingencias o sobreproducción en las funciones públicas.

### **Consejo de Estado**

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado (CE. Sentencia 00485 de 2017, *Col*): La tercerización Laboral es un contrato en donde existe una parte que se denomina beneficiario o otra, proveedor, que debe estar acorde a las normas laborales, en caso de las entidades del estado, el beneficiario vendría a ser este y el proveedor, la empresa temporal de servicios laborales, que debe cumplir con la normatividad laboral colombiana

La tercerización, puede ser ilegal ir en contraria a derecho cuando en una institución pública o privada coincidan dos elementos, el primero es que se vincule para actividades misionales establecidas en el decreto 1072 de 2015 o vulnere los derechos constitucionales de los trabajadores.

Se debe tener en cuenta también en cuenta que el fenómeno de la tercerización tiene fundamento en la normatividad jurídica Colombiana, tal como es el caso de la (Ley 909 de 2004 art 1, *Col*) que no especifica que la regulación del empleo público en Colombia, indicando la referida norma que hacen parte de la función pública, los empleos de carrera, los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, los empleos de periodo fijo y los empleos temporales.

De conformidad con la Sentencia (CE. Sentencia 11001-03-25-000-2006-00144-00(2326-06) de 2009, *Col*): nos enseña que, basándonos en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, los empleos de carácter temporal reflejan un nuevo modo de empleos públicos con la

característica que deben ser una excepción a la regla, que les permite a las entidades administrativas crear o establecer en empleos de carácter temporal o transitorio.

La tercerización en Colombia puede generar es una herramienta que formaliza y materializa el derecho laboral, disminuye la informalidad y puede ser garantía para los trabajadores. Pero qué pasa cuando ese fenómeno de tercerización es abusado por parte de las entidades estatales.

Se reitera que, podemos manifestar que la tercerización es un mecanismo que ejecutan las entidades públicas y privadas para contratar servicios por parte de terceros, y así no asumir cargas por contrataciones directas, como emolumentos laborales o similares. Teniendo en cuenta también en cuenta que el fenómeno de la tercerización tiene fundamento en la normatividad jurídica Colombiana, tal como es el caso de la (Ley 909 de 2004 art 1, *Col*) que nos especifica que la regulación del empleo público en Colombia, indicando la referida norma que hacen parte de la función pública, los empleos de carrera, los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, los empleos de periodo fijo y los empleos temporales.

La empresas que presten servicios de tercerización deben cumplir unos requisitos que entre los cuales están que, no deben ejercer la actividad de tercerización propiamente dicha, sobre actividades que naturalmente correspondería a la entidad pública, o se podría también en caso que exista una carga excesiva de trabajo, situación que debe ser excepcional o, con el fin de realizar actividades de consultoría en asuntos que conciernen a la entidad caso en el cual la labor debe realizarse dentro de un plazo máximo de doce meses. Así mismo debe establecerse un soporte técnico y jurídico, junto con la aprobación y disponibilidad presupuestal debidamente aprobado por la entidad quien debe garantizar el cubrimiento y pago de las acreencias laborales.

El Consejo de Estado ha sido claro en establecer que las facultadas para ejercer la tercerización en Colombia son las empresas de servicios temporales, definiéndola doctrinalmente como la subcontratación de bienes o prestación de servicios, que conforme a la ley prohíbe vulnerar derechos de rango constitucional, es decir que es la actividad que se desarrolla con el fin de obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando se cumpla con las normas laborales vigentes, ampliando la corte que el fenómeno de la tercerización puede ser ilegal cuando concurren dos situaciones: por un lado con el fin de cumplir objetivos misionales de la entidad y cuando se afecten los derechos constitucionales

y prestacionales establecidos en las normas laborales aplicables y vigentes, entendiendo que la persona jurídica en este caso, que provea los servicios de personal humano asume actúa bajo su propia cuenta y riesgo, pero que incluso esto puede ocasionar o general una responsabilidad solidaria frente a la entidad.

Finalmente, se puede analizar jurisprudencia tanto constitucional como contencioso administrativa ha definido de manera uniforme y reiterada lo que significa tercerización, siempre haciendo un especial énfasis en la primacía de los derechos de orden laboral de los trabajadores que sean vinculados a estas empresas con el fin de garantizar un espíritu de coordinación económica y equilibrio social entre los trabajadores de la entidad y los que se encuentran vinculados a través de fenómeno de la tercerización regulando así las relaciones de derecho individual del trabajo, haciendo especial énfasis en que tercerización puede en contraria a derecho cuando concurren cuando tengan como fin cumplir objetivos misionales de la entidad y cuando se afecten normas de rango constitucionales y supranacional.

### **Titulo 3. Problemática de la tercerización laboral por parte del estado actualmente**

Actualmente Colombia, existe una responsabilidad por parte de los empleadores que presten servicios como proveedores de recurso humano a través del fenómeno de la tercerización ante entidades estatales, tales como la afiliación a seguridad social de las personas que trabajen para ellos. Es usual que algunas entidades, a través de empresas de tercerización o que presten servicios temporales, vulneren derechos del trabajador que son estipulados mediante normas de orden público al establecer una desigualdad en entre trabajadores vinculados a través de la figura de la tercerización y los trabajadores que hacen parte de la entidad. Hablamos entonces de derechos ciertos e indiscutibles.

La tercerización en materia laboral se ha venido practicando a nivel nacional con mucha frecuencia, por cuanto presenta un beneficio económico para las entidades estatales, en lo referente a la disminución de costos. En ese mismo sentido, la entidad pública no genera una relación laboral de manera directa sino a través de empresas privadas, que prestan ese servicio. Se puede afirmar entonces que, en los procesos de tercerización, existe un

beneficiario, que no es otro, que la entidad estatal, y un proveedor, que es la empresa que presta sus servicios de manera temporal.

Podríamos afirmar, que esta forma de vinculación menoscaba o desmejora el trabajo decente con igualdad de derechos en los trabajadores ante la entidad pública frente a otros trabajadores, conforme a los tratados internacionales y normatividad interna aplicable y vigente.

Por lo cual el fenómeno de la tercerización sería una buena opción para ayudar al aparato estatal a cumplir sus funciones, siempre que no se vulneren derechos fundamentales de las personas vinculadas y su función sea temporal o provisional, pues en caso contrario se estaría también tergiversando el principio de los empleos públicos y esto a su vez, generaría una carga para personas que cuentan con empleos temporales, lo cual es responsabilidad del sector público, en sus funciones misionales.

Podemos afirmar un contrato de trabajo, en virtud de la normatividad laboral correspondiente concurren los elementos esenciales mencionados en el Código Sustantivo de Trabajo, específicamente en su artículo 23, es decir que se preste una actividad personal, que haya una relación de subordinación o dependencia y que exista un salario o sueldo por concepto de la actividad laboral o profesional ejercida. Reunidos o enmarcados los elementos mencionados, se entiende que existe un contrato de trabajo independientemente de la denominación que le den las partes.

Es importante, para poder ejercer la tercerización laboral, por estipulación legal que garanticen los derechos fundamentales de las personas, y que los mismos no interfieran en el correcto funcionamiento de los objetivos misionales de la entidad y por ende de los servidores públicos.

Algunos de los riesgos o aspectos negativos que puede presentar el fenómeno de la tercerización, básicamente son que los servicios puedan ser prestados por un solo proveedor, lo que desmejora la participación objetiva y democrática de otras empresas y parcializa la contratación, así como también en algunos aspectos puede generar un mayor gasto de lo presupuestado inicialmente, por concepto de adiciones o nuevas contrataciones.

También se podrían presentar, conflictos internos entre empleados públicos de carrera y los que prestan servicios laborales de tipo transitorio y esto generaría que, no se cumplan

los objetivos para los cuales fue contratado el proveedor del servicio pasando por alto el precedente jurisprudencial que ha sido muy garantista en este aspecto.

En todo caso podemos afirmar que la figura de la tercerización en Colombia por parte de las entidades del estado, está siendo abusada, vulnerando derechos fundamentales de los trabajadores.

De conformidad con lo anterior, uno de los problemas respecto a la utilización del fenómeno de la tercerización, se basa en el detrimento de la calidad del trabajo, en muchos casos la falta de garantías de igualdad entre los trabajadores en lo referente a sus jornadas de trabajo muchas, que depende de el volumen de actividades que tenga represada la entidad, los bajos beneficios económicos así como las desvinculación, materializada en despidos sin justa causa que afectan directamente al trabajador.

En ese orden de ideas podemos manifestar que la tercerización es un mecanismo que ejecutan las entidades públicas y privadas para contratar servicios por parte de terceros, y así no asumir cargas por contrataciones directas, como emolumentos laborales o similares.

En ese orden de ideas, las empresas que contraten servicios o empresas usuarias no pueden beneficiarse de esta forma de contratación para suplir empleos permanentes. De allí que según lo establecido en el artículo sexto del decreto 4369 de 2006, se restringe taxativamente prorrogar o extender el contrato, así como celebrar o suscribir uno nuevo con la misma empresa o con diferente Empresa de Servicios Temporales, una vez se cumpla el termino de seis (6) meses, prorrogables por el mismo periodo, así subsistan incrementos en la producción o en los servicios. En ese mismo sentido, las empresas de tercerización se encuentran en la obligación de respetar lo estipulado en el 77 de la Ley 50 de 1990, la cual es principio para contratar por parte las empresas que prestan servicios temporales, uno de los cuales no indica que una de las características de este tipo de contratación es que sean empleos de carácter, transitorio, lo cual también, en la práctica presenta un defecto, ya que la duración de estos empleos es de máximo seis meses, que pueden ser prorrogados por seis meses más

### **Actualidad de la tercerización en Colombia**

La situación actual que vive el personal trabajador en Colombia, vinculado a través de empresas de servicios temporales, con el objetivo de visualizar el panorama de esta práctica empresarial, la cual viene presentando síntomas de aumento en los diferentes sectores productivos de nuestro país como lo manifiesta en su edición No. 30 del mes de mayo de 2022, la revista de la Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales – ACOSET a través del Observatorio de Mercado Laboral (ACOSET, 2020), así:

**Tabla No. 1**

**TRABAJADORES EN MISIÓN 2021**

MES	AÑO 2020	AÑO 2021	VARIACION #	VARIACION %
ENERO	433.996	316.006	-117.990	-37,3%
FEBRERO	432.247	304.898	-127.349	-41,8%
MARZO	417.018	313.343	-103.675	-33,1%
ABRIL	381.814	314.444	-67.370	-21,4%
MAYO	272.428	306.709	34.281	11,2%
JUNIO	265.491	311.990	46.499	14,9%
JULIO	258.576	383.563	124.987	32,6%
AGOSTO	167.329	399.480	232.151	58,1%
SEPTIEMBRE	255.983	417.256	161.273	38,7%
OCTUBRE	273.538	427.491	153.953	36,0%
NOVIEMBRE	283.685	443.327	159.642	36,0%
DICIEMBRE	276.905	432.389	155.484	36,0%
TOTAL	309.917	364.241	54.324	14,9%

Fuente: Observatorio de mercado laboral (2020)

Se observa, que a pesar de los efectos de la pandemia originada por el Covid-19, la contratación de personal trabajador a través de empresas de servicios temporales EST, ha presentado un incremento equivalente a 14.9% que corresponde a 54.324 nuevos trabajadores vinculados a través del mecanismo de tercerización autorizado en Colombia.

**Tabla No. 2**

**COMPARADO PORCENTUAL ANUAL DE TRABAJADORES DEPENDIENTES Y EN MISIÓN 2021**

MES	TRABAJADORES EN MISION	TRABAJADORES FORMALES DEPENDIENTES	PORCENTAJES
ENERO	316.006	9.248.070	3,4%
FEBRERO	304.898	9.510.896	3,2%
MARZO	313.343	9.644.778	3,2%
ABRIL	314.444	9.781.672	3,2%
MAYO	306.709	9.716.383	3,2%
JUNIO	311.990	9.745.784	3,2%
JULIO	383.563	9.761.907	3,9%
AGOSTO	399.480	9.934.801	4,0%
SEPTIEMBRE	417.256	10.108.425	4,1%
OCTUBRE	427.491	10.213.359	4,2%
NOVIEMBRE	443.327	10.372.904	4,3%
DICIEMBRE	432.389	9.801.705	4,4%
PROMEDIO	364.241	9.820.057	3,70%

Fuente: Observatorio de mercado laboral (2020)

Se puede precisar que el empresariado nacional viene adelantando esfuerzos por la provisión de nuevos cargos tanto para los trabajadores vinculados formalmente, como para los que son vinculados a través del modelo de tercerización laboral, a través de empresas de servicios temporales, resaltando, que mes a mes, se presentaron incrementos en la vinculación de personal misional para los diferentes sectores de la producción nacional.

**Tabla No. 3**

**COMPOSICIÓN Y ESCALA SALARIAL**

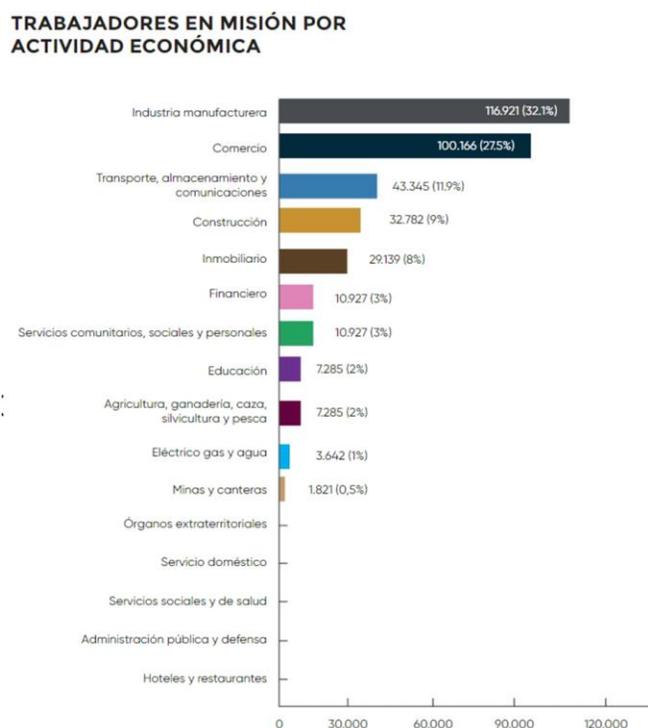
Total trabajadores mision promedio	Porcentaje	Total promedio trabajadores en Porcentaje mision año 2.021	Pagos en salarios por mes 2.021	Pagos por auxilios de transporte mensual 2.021	Total salarios y auxilios de transporte pagados en el mes 2.021	Total salarios y auxilios de transporte pagados en el año 2021
		364.241				12
Devengan 1 S.M.M.L.V	64%	233.114	211.790.566.056	24.815.968.854	236.606.534.910	2.839.278.418.925
Devengan hasta 2 S.M.M.L.V	17%	61.921	112.513.738.218	6.591.741.727	119.105.479.944	1.429.265.759.332
Devengan hasta 4 S.M.M.L.V	15%	54.636	198.553.655.678	NA	198.553.655.678	2.382.643.868.135
Devengan mas de 4 S.M.M.L.V	4%	14.570	79.421.462.271	NA	79.421.462.271	953.057.547.254
<b>TOTALES</b>	<b>100%</b>	<b>364.241</b>	<b>602.279.422.223</b>	<b>31.407.710.581</b>	<b>633.687.132.804</b>	<b>7.604.245.593.646</b> (7 billones 604 mil 245 millones 593 mil 646)

Fuente: Observatorio de mercado laboral (2020)

Es claro resaltar que el mayor porcentaje de trabajadores vinculados a través de la modalidad de tercerización laboral, se concentra en aquellos a los cuales su salario

corresponde al fijado por el gobierno nacional como Salario Mínimo Legal Vigente (SMMLV) con un 64% del total de los vinculados.

**Tabla No. 4**



Fuente: Observatorio de mercado laboral (2020)

Sin embargo, en el progreso de la vinculación por las EST se han visto varios obstáculos en el desarrollo correcto y con el cumplimiento de los requisitos de la normatividad laboral, uno de ellos es el tiempo para adelantar las actividades a favor de la entidad usuaria, toda vez que, como se ha indicado en el artículo 77 numeral 3° de la Ley 50 de 1990 reglamentado a través del artículo 6 del Decreto 4369 del 4 de diciembre de 2006 y en el artículo 2.2.6.5.6 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, la ejecución de las actividades se desarrollará por un término de seis (6) meses, prorrogables por un periodo igual. Por lo que, una vez cumplido dicho tiempo el único y verdadero empleador de los trabajadores que se vinculan por medio de las EST son las entidades usuarias.

La tercerización es un mecanismo que ejecutan las entidades públicas y privadas para contratar servicios por parte de terceros, y así no asumir cargas por contrataciones directas, como emolumentos laborales o similares. Teniendo en cuenta también en cuenta que el fenómeno de la tercerización tiene fundamento en la normatividad jurídica Colombiana, tal como es el caso de la (Ley 909 de 2004 art 1, *Col*) que nos especifica que la regulación del empleo público en Colombia, indicando la referida norma que hacen parte de la función pública, los empleos de carrera, los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, los empleos de periodo fijo y los empleos temporales.

De conformidad con las consideraciones del (Resolución 5670 de 2016, *Col*) nos manifiestan la problemática de la tercerización en Colombia y nos especifica la vulneración del derecho al trabajo por parte de estas entidades, indicándonos que la problemática principal radica en que en algunas ocasiones el sector empresarial se ha dotado, de recurso humano para realizar actividades que son propias de la entidad, lo cual va en contra de lo establecido en la ya mencionada Ley 50 pues los trabajadores no son semejantes a mercancía, porque en ese orden de ideas lo ideal, sería la contratación directa por parte de la empresa a través de contratos de trabajo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico aplicable. El fenómeno de la tercerización, surge con el fin de implementar servicios temporales en las entidades públicas optimizando las funciones misionales y cumplir con los objetivos constitucionales dentro de un estado social de derecho. Pero en la práctica regular de la tercerización pueden verse afectados derechos laborales como la asociación e igualdad salarial.

Algunos de los riesgos o aspectos negativos que puede presentar el fenómeno de la tercerización, básicamente son que los servicios puedan ser prestados por un solo proveedor, lo que desmejora la participación objetiva y democrática de otras empresas y parcializa la contratación, así como también en algunos aspectos puede generar un mayor gasto del presupuestado inicialmente, por concepto de adiciones o nuevas contrataciones.

También se podrían presentar, conflictos internos entre empleados públicos de carrera y los que prestan servicios laborales de tipo transitorio y esto generaría que, no se cumplan los objetivos para los cuales fue contratado el proveedor del servicio y por ende pasan por alto el precedente jurisprudencial garantista para los trabajadores.

En ese orden de ideas, pese existir reglas en el concepto de la tercerización, muchas empresas desconocen o no acatan el criterio de temporalidad, lo que genera continuidad por parte de los trabajadores ejerciendo estos la misma actividad, una vez finalizado el plazo establecido por la ley, olvidado los lineamientos impartidos por el legislador para tal fin, en lo que respecta al carácter ocasional, transitorio y temporal del servicio.

Dicho lo anterior, la situación aquí esbozada ha permitido que surjan relaciones de trabajo, que vulneran derechos de asociación e igualdad ambiguas, que afectan no solo a los trabajadores sino los intereses de los empleadores, del propio estado y de la sociedad en general constituyendo un abuso que no debe ser tolerado ya que permea garantías básicas laborales, legalmente establecidas.

Como se mencionó anteriormente la modalidad de la tercerización laboral debería ser excepcional y provisional, no debe ser prolongada en tiempo. Porque se da el caso que en entidades como alcaldías municipales existen trabajadores que llevan ejerciendo actividades bajo esa modalidad varios años, lo que genera que exista mucha circulación de personal y esto no permita cumplir los objetivos esenciales del estado a través de sus dependencias.

Tanto las entidades del estado, como las de derecho privado usan esta modalidad para evadir responsabilidades laborales frente a sus trabajadores, tal y como es el caso de las vacaciones, pago de prima de servicios y auxilio de cesantías, pues, aunque las entidades administrativas obligan de conformidad con la ley a realizar aportes a la seguridad social.

Así mismo, pese a que el legislador tomó medidas para prevenir la mala utilización de la tercerización laboral, dicha prevención fue establecida de manera muy general por lo que pueden existir circunstancias que en nada protegen a los trabajadores, pues en el caso de una persona que sea contratada por el aumento en la productividad de la empresa y esta perdura en el tiempo el empleador siempre va a estar dotado de los medios de producción, lo que denota que no se trata de un trabajo coordinado como lo pretende la norma en su postulado, sino que sobrepone una excesiva subordinación, cuestionando de esta forma la utilidad, pertinencia y conducencia de dicha norma.

Encontramos que los principios y derechos que se ven afectados con el uso inadecuado de la figura de la tercerización entre otros son:

- Derechos de asociación y Libertad Sindical establecidos en el Artículo 39 de la Constitución Política de Colombia y el Artículo 353 de Código Sustantivo

del Trabajo, los cuales establecen que, todos los trabajadores tiene derecho a asociarse para defender sus intereses sin embargo cuando se está bajo un contrato con una empresa de servicios temporales este derecho se ve amenazado ya que no existen garantías pues dichos contratos son temporales bajo la modalidad de obra labor, beneficiando al empleador a dar por terminado el contrato en cualquier momento, lo cual también genera inestabilidad laboral.

- Principio del derecho laboral de trabajo igual, salario igual estipulado en el artículo 143 de CST el cual indica que no deben existir diferencias en el salario cuando se desempeña un mismo trabajo, sin embargo, las EST delegan funciones misionales de la empresa usuaria, generando una precariedad y carga laboral ya que los salarios son significativamente bajos a comparación de los salarios de los empleados de la entidad usuaria.
- Concepto de trabajo decente de la OIT 2007 que entre otros indica que este corresponde a igualdad de oportunidades y de trato, el cual se ve vulnerado ya que los beneficios y oportunidades que tienen los trabajadores de la entidad usuaria no los tienen los trabajadores de la EST, tales como estabilidad laboral, primas extralegales, educación entre otros.

Actualmente, el gobierno del presidente Gustavo Petro, radicó un proyecto de Ley, que busca una reforma laboral con el fin de brindar mayores garantías a los trabajadores. Dicha reforma pretender revivir derechos como por ejemplo el caso de la jornada diurna, que sería desde las seis de la mañana a las seis de la tarde., mientras que la jornada la nocturna funcionaría desde las seis de la tarde hasta las seis de la mañana. Con respecto al tema que objeto de investigación, dicha reforma laboral busca también dar prioridad al contrato de trabajo a término indefinido y disminuir la tercerización laboral, lo anterior, con el fin de favorecer la estabilidad laboral en Colombia.

En ese orden de ideas la referida reforma laboral, con respecto a la tercerización introduciría unos requisitos a los contratistas, con el fin de que estos tengan una organización empresarial de manera propia e individual a menos que quieran ser considerados, simples intermediarios. Así mismo dicha reforma establecería la extensión de derechos salariales y prestacionales a sus colaboradores, especialmente en materia colectiva cuando se tarte de

contrataciones para suplir actividades principales de la entidad. Así mismo esta reforma plantea una responsabilidad solidaria de la entidad usuaria frente a todos los emolumentos laborales.

La mentada reforma, prohíbe o mejor, reitera la prohibición ya existente en materia laboral de contratos con empresas de servicios temporales, que busquen atender, necesidades permanentes de la empresa. También contempla una prohibición de prorrogar un contrato de tipo comercial con la misma empresa de servicios temporales, en su defecto prohíbe la prórroga con la misma. Finalmente, dentro del proyecto de ley si el trabajador es desvinculado de la empresa o entidad, y a nivel probatorio puede demostrar que la empresa o entidad era su verdadero empleador, podría en dado caso solicitar un reintegro.

### **Consideraciones finales**

Actualmente en Colombia se radicó el proyecto de ley a la reforma laboral por el Gobierno del presidente Gustavo Petro donde se reflejan cambios significativos en la tercerización laboral que intenta dignificar y garantizar la estabilidad laboral, esto a través del artículo 12 del título 3 numeral 2 que indica que los trabajadores de las empresas de servicios temporales deberán contar con los mismos salarios y prestaciones que los trabajadores de las empresas principales, así como en el capítulo 2 artículo 13 donde se prohíbe a las empresas usuarias prorrogar contratos o suscribir uno nuevo con la misma empresa o una diferente, así como celebrar contratos para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, lo anterior de conformidad con lo ampliamente esbozado en el capítulo anterior.

### **Conclusiones**

1. La normatividad laboral respecto al fenómeno de la tercerización tiene unas reglas claramente definidas, resaltando especialmente que, Colombia existen varias modalidades de vinculación laboral, bien sea de manera verbal o escrita, a término fijo o indefinido, entre otras, lo cual implica que a las personas sobre las cuales recae esta vinculación laboral tiene unas obligaciones, tanto para trabajadores como para empleadores. Teniendo en cuenta la responsabilidad de los empleadores, tales como la afiliación a seguridad social de las personas que trabajen para ellos, son usual algunas

empresas incluyendo las entidades del estado, que la figura del contrato de trabajo sea tergiversada y por lo tanto se vulneren derechos del trabajador que son estipulados mediante normas de orden público. Hablamos entonces de derechos ciertos e indiscutibles.

2. Lo que se busca con la tercerización por parte de las entidades del estado, es la reducción de costos operativos, al igual que mermar la carga excesiva de trabajo que presentan la mayoría de entidades públicas, por lo cual es muy frecuente contratar proveedores de servicios a través de empresas de tercerización laboral o empresas temporales de trabajo y esto a su vez disminuye responsabilidad por parte del estado frente a sus trabajadores, los cuales en muchos casos instauran demandas de tipo laboral.

Se concluye, con respecto al fenómeno de la tercerización que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto debe tener un mayor desarrollo, pues el tema ha sido tratado en mayor medida por máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que es el Consejo de estado. La figura de tercerización solo se encuentra encaminada a establecer una relación de carácter civil o comercial entre dos partes, la empresa usuaria y la que provee el personal humano a la entidad pública, a través de la tercerización laboral mediante empresas especializadas, que prestan dicho servicio siempre y cuando garanticen lo establecido en las reglas establecidas por Ley, en lo referente a los derechos laborales de sus trabajadores. La jurisprudencia existente garantiza el derecho al trabajo de las personas que tiene realmente un vínculo laboral con alguna entidad, bien sea del sector público o privado.

3. La problemática que se ha generado a nivel nacional con estos procesos de tercerización se basa en que, en algunos casos, el sector empresarial que, homologado el suministro de personal, con el objetivo de realizar actividades propias o naturales de las entidades administrativas, y eso no es permitido por nuestro ordenamiento jurídico en el campo laboral. Pues los trabajadores no son objetos, mercancía o artículo alguno por lo que la regla general según los fines esenciales del estado es la contratación directa con la entidad estatal por medio de contratos de trabajo de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo. De conformidad con lo anterior, podemos afirmar que uno de los problemas respecto a la utilización del fenómeno de la tercerización, se basa en el detrimento de la calidad del trabajo, en muchos casos la falta de garantías de igualdad salarial entre los trabajadores en lo referente a sus jornadas de trabajo muchas, que depende de el volumen

de actividades que tenga represada la entidad, los bajos beneficios económicos así como las desvinculación, materializada en despidos sin justa causa que afectan directamente al trabajador.

En ese orden de ideas podemos manifestar que la tercerización es un mecanismo que ejecutan las entidades públicas y privadas para contratar servicios por parte de terceros, lo que podría genera el no asumir cargas por contrataciones directas, como emolumentos laborales o similares por parte de la entidad pública y desigualdad laboral con relación a los trabajadores de planta de la entidad en temas salariales.

En ese mismo sentido, las empresas de tercerización se encuentran en la obligación de respetar lo estipulado en el 77 de la Ley 50 de 1990, la cual es principio para contratar por parte las empresas que prestan servicios temporales, uno de los cuales no indica que una de las características de este tipo de contratación es que sean empleos de carácter, transitorio, lo cual también, en la práctica presenta un defecto, ya que la duración de estos empleos es de máximo seis meses, que pueden ser prorrogados por seis meses más, y lo podría generar que persistencia y duración en estos cargos por periodos superiores a los establecidos en la Ley o cambio de personal constante.

## **REFERENCIAS BOBLIOGRAFICAS**

### **Fuentes directas:**

#### **Normas nacionales:**

- Constitución Política de 1991 (CP) publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Ley 84 de 1873 - Código Civil de Los Estados Unidos de Colombia (CC) 26 de mayo Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.
- Código Sustantivo del Trabajo (CST) Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951.
- Ley 1610 de 2013. Art 13 Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral. Diario Oficial No. 48.661 de 2 de enero de 2013 (*Col*).

- Ley 1429 de 2010. Art 63 Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010 (*Col*).
- Decreto 4588 de 2006. Art 20. **Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. Diciembre 27 de 2006. Art 20 (Col).**
- **Ley 909 de 2004 Art 1.** Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004 (*Col*).
- **Resolución 5670 de 2016, Ministerio del Trabajo. Por la cual se establecen los lineamientos de Inspección, Vigilancia y Control que se adelante frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1429 de 2010, así como sus decretos reglamentarios. 29 de diciembre de 2016 (Col).**
- ACOSSET, A. C. (mayo de 2020). Las EST, de actores a Protagonistas del crecimiento económico. *ACOSSET*, 11-16.

### **Jurisprudencia**

- CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativo Sección Segunda A. Subsección B. C.P SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. 15 de marzo de 2017. Radicado: 20160048500 (*Col*).
- CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativo Sección Segunda. Subsección B C.P CARMELO PERDOMO CUETER. 19 de febrero de 2018. Radicado 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011) (*Col*).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. M.P JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB. C- 614 DE 2009. 2 de septiembre de dos mil nueve (2009). (*Col*).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. M.P J JORGE IVAN PALACIO PALACIO. C- 732 DE 2011. 27 de septiembre de dos mil once (2011). (*Col*).

### **Fuentes Indirectas:**

- Contrato por prestación de servicios: aspectos a considerar  
Recuperado de: <https://actualicese.com/actualidad/2017/10/27/contrato-por-prestacion-de-servicios-aspectos-a-considerar/>

- Código Sustantivo del Trabajo artículo 34 Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_sustantivo\\_trabajo\\_pr001.html#34](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo_pr001.html#34)
- Néstor A. Pizarro Recuperado de: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/contrato.htm>
- Código Civil, artículo 1495 Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil\\_pr046.html#1495](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr046.html#1495)
- Sentencia T-903 de 2010 Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-903-10.htm>
- Código Sustantivo del Trabajo artículo 34 Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_sustantivo\\_trabajo\\_pr001.html#34](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo_pr001.html#34)
- Código Sustantivo del Trabajo artículo 23 Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#23](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html#23)
- Constitución Política de Colombia Artículo 53 recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html#49](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#49)
- Sentencia C-665/98 Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-665-98.htm>
- Sentencia T-287 de 2011 Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-287-11.htm>
- Contrato de prestación de servicios, Publicado el 25 de abril de 2018, Recuperado de: <https://www.gerencie.com/contrato-de-servicios.html>

- Sentencia T-903/10 Recuperado de:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-903-10.htm>
- Constitución Política de Colombia de 1991 artículo 228 recuperado de:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr007.html#228](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr007.html#228)
- Constitución Política de 1991 artículo 25. Recuperado de:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html#25](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#25)
- Reforma Laboral 2023: puntos clave del proyecto de ley. Recuperado de  
<https://www.pwc.com/co/es/pwc-insights/reforma-laboral-2023.html#:~:text=Prohibici%C3%B3n%20de%20pactos%20colectivos%20dirigidos,Prohibici%C3%B3n%20de%20los%20contratos%20colectivos.>