

**LA LICITUD DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y LA INTERMEDIACIÓN
LABORAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA POSTURA DEL MINISTERIO DEL
TRABAJO A PARTIR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

MARIANA GÓEZ MONDRAGÓN

JOSE JAIME POSADA MOLINA

Monografía para optar por el título de Abogado

Asesora: Juliana Valencia González

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLIN

2016

Contenido

Introducción	7
1. Conceptos en torno a la tercerización laboral	14
1.1 Relaciones entre la tercerización laboral e intermediación laboral	15
1.2 La intermediación laboral en Colombia: un concepto equívoco	28
2. El <i>core business</i> en el marco de la tercerización laboral	32
2.1 <i>Core Business</i>	34
2.2 Objeto Social	34
2.3 Actividad normal de la empresa o negocio y giro ordinario de los negocios	36
2.4 Actividad permanente y actividad misional permanente	45
2.4.1 El concepto de actividad misional permanente en la Sociedad por Acciones Simplificadas	52
3. Instituciones jurídicas a través de las cuales se lleva a cabo la tercerización laboral en Colombia	53
3.1 Empresas de Servicios Temporales	55
3.2 Pre-cooperativas y Cooperativas y de Trabajo Asociado	61
3.3 Contrato Sindical	66
3.4 El contratista independiente	69
3.5 Simple Intermediario	73
3.6 Empresa Asociativa de Trabajo	75
4. Regulación y vacíos normativos frente a la tercerización laboral en Colombia: aproximaciones desde las instituciones jurídicas estudiadas	77
4.1. Las disposiciones que regulan la relación laboral, su caracterización constitucional y de orden público	78
4.2 Análisis de cada institución jurídica	83
4.2.1. Intermediación laboral lícita e ilícita	84
4.2.2 Pre-cooperativas, Cooperativas de Trabajo Asociado y Empresas Asociativas de Trabajo en la intermediación laboral	87
4.2.3 Tercerización laboral	91
4.2.4 Contratista Independiente	93

4.2.5 Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado	99
4.2.6 Empresa Asociativa de Trabajo	100
4.2.7 Contrato sindical	100
4.2.8 Simple intermediario	101
5. La tercerización laboral desde la perspectiva del Ministerio del Trabajo	102
5.1 La competencia del Ministerio del Trabajo para adelantar procedimientos administrativos sancionatorios por tercerización laboral.....	102
5.2 La posición del Ministerio del Trabajo sobre la licitud de la tercerización laboral	105
5.2.1 Actos administrativos sancionatorios	105
5.2.2 Decreto 583 de 2016: de la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral.....	110
6. Conclusiones	128
Referencias Bibliográficas	134

Resumen

La tercerización laboral es un fenómeno que ha tomado lugar en Colombia y el mundo, que se constituye como una práctica que genera trabajo humano a partir de diferentes instituciones jurídicas. Estas relaciones han generado problemáticas a nivel de los derechos individuales y las obligaciones de los sujetos que intervienen en estas prácticas, pero igualmente, en Colombia se han emitido disposiciones jurídicas que pretenden proveer de competencia al Ministerio de Trabajo de Colombia para sancionar a las personas que intervienen en las actividades denominadas tercerización laboral ilegal, especialmente el recién expedido Decreto 583 de 2016. El presente escrito presenta un estudio sobre la normativa y la posición de la autoridad del trabajo, respecto a la tercerización laboral en Colombia, considerando las diferentes instituciones jurídicas a partir de las cuales se adelantan las mismas, así como los criterios para calificarlas como lícitas o ilícitas.

Palabras Claves: tercerización laboral, intermediación laboral, *outsourcing*, actividad misional permanente, Ministerio de Trabajo, *core business*, Colombia.

Abstract

Labor outsourcing is a phenomenon that has taken place in Colombia and all across the globe, consisting of a practice under which human labor is created as of several legal institutions. These relationships have created discussions upon the individual rights and obligations of the parties involved. Nevertheless, the debate in Colombia has extended drawn from the expedition of legal norms providing of competency the Ministry of Labor to fine the subjects that intervene in these processes whenever the labor outsourcing is illegal, particularly the Decree 583 of 2016. This paper presents a review of the legal regime and the position of the Ministry of labor regarding the lawfulness of labor outsourcing in Colombia, considering the different legal institutions by which it is carried over, and the criteria to conclude their legality.

Key words: labor outsourcing, labor intermediation, outsourcing, missionary permanent activity, Ministry of Labor, core business, Colombia.

Abreviaturas

CST: Código Sustantivo del Trabajo

EST: Empresas de Servicios Temporales

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PCTA y CTA: Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado

SAS: Sociedad por Acciones Simplificadas

Introducción

Las nuevas realidades económicas del mundo, las cuales no han sido ajenas a Colombia, han permeado el derecho laboral en función de que este se acomode a las mismas. Así, las organizaciones empresariales y asociativas han cambiado de estructura y en muchas ocasiones, han optado por celebrar acuerdos en virtud de los cuales se logra la prestación de servicios a su favor bajo condiciones diferentes a las de la típica relación laboral y con la intervención de sujetos diferentes al empleador y trabajador. De esta manera han surgido las “*formas atípicas de empleo*” denominadas así por la Organización Internacional del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2015, pág. 1 y 3)

Una de las disyuntivas fundamentales a las que se han enfrentado los actores económicos en los últimos tiempos, se refiere al alcance de las actividades que ejecutan ellos directamente, con sus propios medios y con el personal que vinculan, considerando el alcance de las actividades que, debiendo ejecutar ellos mismos, lo hacen a través de terceros, quienes cuentan con sus propios medios y personal. Frente a estas disyuntivas, la tendencia del sector empresarial en las décadas anteriores, ha consistido en tener un *core* del negocio muy definido, el cual cumple directamente el empresario, para así contratar la prestación de otros servicios, fuera del corazón de sus negocios, con terceros ajenos a la organización que se beneficia de esos bienes o servicios (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 62).

De esta manera, la producción de bienes o prestación de servicios a cargo de un tercero distinto, ajeno a la empresa misma, ha superado la consideración de la empresa como unidad que

desarrolla directamente cada fragmento de su objeto económico, el cual se torna cada vez menos robusto. Lo anterior se evidencia en el surgimiento de modalidades contractuales en las que, según la Organización Internacional del Trabajo, se encuentran vinculadas “*varias partes*” (2015, pág. 2) para la prestación del trabajo humano, prácticas denominadas *outsourcing*, tercerización laboral e intermediación laboral, entre otras, las cuales han sido un suceso determinante en las relaciones laborales desde entonces y han tenido un crecimiento exponencial en las últimas décadas. (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, págs. 35, 36 y 54).

La razón principal de tipo económico para que las compañías muten a este tipo de modelo, parte de la premisa de que, en la actualidad, el conocimiento de cada unidad productiva debe ser técnico y especializado en un área concreta, por lo que es eficiente en términos económicos. Es decir, es menos costoso contratar la ejecución de actividades con terceros externos a la empresa, en tanto son actividades de las cuales la empresa contratante no tiene ese tipo de conocimientos, pero la persona con la que se subcontrata sí los tiene (Piedrahíta & Monsalve, 2015, pág. 8 y 9) (Schneider, 2004, pág. 47 y 88).

Adicionalmente, recurrir a este tipo de formas para la generación de trabajo humano le permite a la organización un mayor margen de flexibilidad, así como un acoplamiento suyo a la actualidad tecnológica y de conocimiento, cuya evolución sucede día a día. No reaccionar de esta manera ante los mercados emergentes podría causar la exclusión de la empresa del sector económico, lo que aniquilaría a estas organizaciones, quienes son la principal fuente de generación de empleo (Organización Internacional del Trabajo, 2015, pág. 4).

Por su parte, la tercerización laboral también tiene un impacto positivo en la generación de empleo e ingresos de las personas naturales que ofrecen su mano de obra, pues a partir de esas formas de contratación se aumenta la ocupación de la población y se tiende a disminuir el desempleo a partir de la contratación de personas con dificultades para ingresar al mercado laboral, fenómeno que ha sido evidenciado por la Organización Internacional del Trabajo, en la reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo. (2015, pág. 21) (Guataquí, García, & Rodríguez, 2009).

De esta manera, es válido afirmar que, “(...) *un mercado laboral dinámico y eficiente es clave para que los países alcancen altos niveles de competitividad. Altas tasas de desempleo e informalidad son resultados recurrentes de mercados laborales con poca flexibilidad (...)*” (Consejo Privado de Competitividad, 2015, pág. 85).

Sin embargo, al margen de estas ventajas para los actores económicos que participan en estas relaciones, tanto la OIT como las autoridades colombianas han evidenciado que este tipo de formas de vinculación, en algunas ocasiones, traen consigo la amenaza y vulneración de los derechos laborales de quienes prestan su mano de obra a partir de la tercerización laboral, sino también frente al cumplimiento objetivo de las normas jurídicas laboral, el cual controla y vigila el Ministerio del Trabajo.

Estas discusiones han adquirido mayor relevancia en la medida en la que la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado sobre el particular, reiterando:

(...) de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas (...) legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. (Corte Constitucional, 2009) (Sentencia C-171, 2012)

Para afrontar desde esa última perspectiva la problemática de la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores y siguiendo los parámetros internacionales, desde hace un poco más de dos décadas en Colombia se comenzaron a emitir normas jurídicas que proveyeron de competencia al actual Ministerio del Trabajo, en calidad de autoridad pública encargada de vigilar el cumplimiento de la normativa laboral, para imponer sanciones de tipo económico (multas) a las personas u organizaciones que intervinieran en procesos de intermediación laboral ilegal, y con el paso del tiempo, en los últimos ocho años han entrado en vigencia algunas normas que han extendido el alcance de esa prohibición, concretamente la Ley 1429 de 2010 el Decreto 2025 de 2011 y el Decreto 583 del 8 de abril de 2016 emitido por Presidente de la República a través del Ministerio de Trabajo.

Sobre el particular, autores como Casale y Sivananthiran han formulado apreciaciones de la siguiente índole sobre la aproximación anunciada:

En muchos países, el servicio de inspección del trabajo está tratando de encontrar un nuevo equilibrio entre la protección en favor de la justicia social y la imparcialidad, por un lado, y la eficacia económica en favor de la competitividad y el crecimiento de las empresas, por el otro. (Casale & Sivananthiran, 2011, pág. 53)

Así las cosas, las autoridades del Estado colombiano han insistido sobre la necesidad de eliminar todas las discriminaciones que se consolidan en las relaciones generadoras de empleo, especialmente aquellas originadas en fraudes a verdaderos trabajadores a través de la celebración de contratos que excluyen la relación laboral (Corte Constitucional, 2009) (Procuraduría General de la Nación, 2013) o, en escenarios en los que a pesar de existir una relación laboral de por medio, resultan vulnerados los derechos mínimos de los trabajadores (Corte Constitucional,

2014). Este requerimiento formulado por las autoridades públicas, tiene un flanco justificado en la vigilancia por parte del Ministerio del Trabajo del cumplimiento de la normativa laboral.

Como se anunció entonces, desde la expedición de la Ley 1429 de 2010 y sus decretos reglamentarios, la discusión referida a la licitud de la tercerización laboral en Colombia tuvo matices distintos, pues en el artículo 7° de la ley mencionada, así como en sus decretos reglamentarios, se estableció que el personal que requiera una entidad pública o privada, para la ejecución de actividades misionales permanentes, no podrá ser vinculado "(...) *bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.*" (Ley 1429 de 2010).

Ahora, considerando la justificación económica de las prácticas de tercerización laboral, Colombia ha sido calificada con buenos resultados en términos de flexibilización en la contratación laboral de acuerdo con los índices del Banco Mundial, uno de cuyos indicadores consiste en la licitud de tercerizar parte de la fuerza laboral (Informe Privado de Competitividad, 2013, pág. 78).

Ante este escenario en el que inicialmente pugnan los intereses del sector empresarial y del que presta su mano de obra, el Ministerio del Trabajo de Colombia ha iniciado procedimientos administrativos sancionatorios en contra de las personas y organizaciones que intervienen en las prácticas de tercerización e intermediación laboral, calificándolas en algunos casos como ilícitas e imponiendo multas de una cuantía bastante considerable sobre los intervinientes en estos procesos.

Sobre el particular, cabe mencionar que la imposición de esas multas supone que haya una regulación clara y expresa al respecto en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual justifique

la declaratoria de ilegalidad de las prácticas bajo análisis. La búsqueda de ese fundamento se hace necesaria, de un lado, por la posibilidad de cuestionar el contenido de las decisiones en los procedimientos administrativos sancionatorios iniciados por la autoridad del trabajo, y de otro, por la claridad sobre los criterios para establecer la ilegalidad de dichas prácticas. De esta manera, el sector empresarial podría desplegar prácticas de tercerización laboral lícitas, es decir, sin incurrir en un ilícito y así evitar la imposición de las sanciones descritas.

Por este motivo el Ministerio del Trabajo emitió el Decreto 583 de 2016 en el que se pretende reglamentar la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral en Colombia, el cual será estudiado a profundidad a lo largo de este escrito.

Adicionalmente, la autoridad del trabajo tiene a su vez competencia para celebrar con las organizaciones los denominados “*acuerdos de formalización laboral*” a partir de los cuales, ante un hallazgo de tercerización o intermediación laboral ilegal, la organización responsable puede vincular directamente el personal subcontratado ilícitamente, para de esa manera, lograr la garantía de los derechos laborales en juego y la reducción de la sanción impuesta por el Ministerio del Trabajo.

En últimas, se considera valioso realizar un trabajo académico que profundice sobre los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para concluir que una práctica de tercerización o intermediación laboral deba ser calificada como lícita o ilícita, y que justifique la intervención del Ministerio del Trabajo para la imposición de sanciones a cargo de los intervinientes. Lo anterior, sin perder de vista cada una de las instituciones jurídicas a partir de las cuales se adelantan esas prácticas.

Por lo anterior, en este trabajo se pretende analizar las disposiciones jurídicas en Colombia que versan sobre la tercerización y la intermediación laboral, para de esa manera evidenciar y cuestionar los criterios que determinan su licitud o ilicitud, bajo las diferentes instituciones jurídicas a partir de las cuales se adelantan dichas prácticas. Así, se expondrá la postura del Ministerio del Trabajo de Colombia sobre la calificación de esas prácticas como adecuadas o no a las normas jurídicas colombianas.

La principal limitante para el cumplimiento de los objetivos planteados fue la dificultad para acceder a los actos administrativos a partir de los cuales dicha autoridad del trabajo se pronuncia sobre la licitud de dichas prácticas en cada caso objeto de investigación.

La metodología que se usó fue cualitativa, a partir de la revisión de normativa, de decisiones judiciales, actos administrativos del Ministerio del Trabajo contentivos de decisiones en procedimientos administrativos sancionatorios, normas y recomendaciones internacionales, así como doctrina nacional y extranjera.

El escrito está dividido en seis capítulos. En el primero se realiza una aproximación conceptual a la tercerización laboral, externalización, *outsourcing*, intermediación laboral, entre otros conceptos alrededor de los mismos. En el segundo se plantea el alcance de los denominados conceptos de *core business*, objeto social, giro ordinario de los negocios, actividad misional permanente y actividad permanente. Luego, en el siguiente capítulo se profundiza en las instituciones jurídicas a partir de las cuales se adelantan las prácticas de tercerización laboral en Colombia. Posteriormente, en los dos capítulos finales se analiza la postura del Ministerio del Trabajo sobre la licitud de la tercerización laboral en Colombia y su confrontación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Por último se presentan las conclusiones.

1. Conceptos en torno a la tercerización laboral

La definición del concepto de tercerización laboral ha sido objeto de discusiones por parte de los operadores jurídicos nacionales y extranjeros. La doctrina, la legislación, la reglamentación y la jurisprudencia han planteado posturas e interpretaciones en el marco de dicha discusión que la han hecho más profunda y con un mayor número de matices. Lo anterior supone un asunto de alta relevancia para el desarrollo de este trabajo, pues cuestionamientos como qué es, mediante qué modalidades puede realizarse legalmente, y cómo se presenta el fenómeno de la tercerización laboral, servirán de cimiento teórico para plantear una respuesta a los problemas planteados.

Las discusiones en torno a la definición de tercerización laboral tienen su origen principalmente en la existencia de una serie de expresiones que rodean el concepto bajo estudio y entre las cuales se entretajan relaciones de toda índole, tales como tercerización laboral, *outsourcing*, externalización, descentralización productiva, intermediación, interposición, subcontratación, entre otros. Así mismo se hace referencia a las prácticas que derivan de las definiciones de la tercerización en la gestión empresarial y comercial, las cuales no están comprendidas por los conceptos descritos. (Hierrezuelo, 2008, pág. 235 a 239) (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 9 a 11)

La variedad de conceptos se debe a diferentes razones, entre ellas, una disparidad teórica de los doctrinantes alrededor del globo sobre el particular, las diferentes regulaciones en los países en los que estas situaciones se encuentran planteadas por los ordenamientos jurídicos, o la falta de regulación de las mismas. Igualmente existe un factor determinante y es la falta de interés de los Estados miembros de la Comunidad Internacional en que este tipo de asuntos se

abarquen con la profundidad y sean objeto de pronunciamientos por parte de la Organización Internacional del Trabajo como organismo máximo a nivel mundial sobre asuntos laborales. (Ermidia & Colotuzzo, 2009, pág. 31)

A continuación se planteará una aproximación a cada uno de los conceptos que han surgido en torno a la tercerización laboral, y en su caso, una adhesión explícita a una de las corrientes que plantean sus definiciones, con la finalidad de abarcar los objetivos planteados.

1.1 Relaciones entre la tercerización laboral e intermediación laboral

Desde tiempo atrás, la tercerización ha sido entendida en la doctrina como la traducción del término en inglés *outsourcing*, el cual ha sido definido por autores como Ben Schneider, así:

Una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su core business y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a sus actividades distintivas (...). La posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializado y eficiente que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. (Schneider, 2004, pág. 31)

De otro lado, Jorge Peyrano propone una definición atendiendo a la etimología de la expresión *outsourcing*, y a partir de dicho enfoque asevera que la misma:

Hace referencia al recurso de fuentes externas para lograr el fin deseado. En este sentido, el Outsourcing se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no dispone. Así, mediante el Outsourcing los directivos tratan de configurar un mapa de competencias que les permita mantener y mejorar su posición competitiva. La empresa que acomete un proceso de Outsourcing deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos, que no están relacionados con sus competencias nucleares, para adquirirlas a un proveedor externo. (Peyrano, 2000)

En ese mismo sentido, para Puig y Osorio el concepto de tercerización laboral etimológicamente puede entenderse como la intervención de un tercero en una situación donde

ya están presentes dos personas, a pesar que existen algunos fenómenos de externalización laboral en los que no necesariamente existen tres sujetos (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 12).

Así las cosas, Puig y Osorio plantean que:

Se habla de externalización laboral cuando son solo los trabajadores quienes son “externos” – definiéndose su externalidad por el hecho de que no media entre ellos y el beneficiario de su trabajo un contrato laboral, es decir, que no forman parte de la planta de personal de este (...) (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 11).

Sin perjuicio de las aproximaciones conceptuales anteriores, en el ordenamiento jurídico colombiano no hay una definición clara sobre los términos tercerización laboral ni *outsourcing* que se acomode a los planteamientos teóricos que serán formulados. Ni en la legislación, ni en la jurisprudencia¹ se han adoptado posiciones claras y coherentes, por el contrario puede afirmarse que respecto al tema hay un vacío importante en la normativa, pues no existe una línea jurisprudencial profunda y abundante sobre el particular, y únicamente el Ministerio del Trabajo ha asumido un papel fuerte inspeccionando y sancionando compañías, en un contexto bastante desafortunado de claridad con relación a lo que se entiende como tercerización laboral legal.

Así, el Ministerio del Trabajo emitió recientemente el Decreto 583 de 2016, que en su artículo 2.2.3.1., numeral 6, pretende establecer una definición de lo que debe entenderse por tercerización laboral en Colombia, definición que analizada a la luz de las aproximaciones doctrinales nacionales e internacionales, como se verá, es bastante precaria.

¹ La jurisprudencia colombiana apenas se ha pronunciado en ciertas oportunidades, mencionando la expresión *outsourcing*, concretamente en la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional. Por su parte, la expresión tercerización sí ha sido de amplio uso, en algunos encabezados de normativa de hace aproximadamente 5 años, en resoluciones de entidades públicas como la Procuraduría General de la Nación y en jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, la Corporación Constitucional se refirió a la expresión en la sentencia C-593 de 2014.

Por su parte, sobre el término intermediación laboral, es menester profundizar en las referencias que la doctrina, la Organización Internacional del Trabajo, la normativa laboral y la jurisprudencia colombiana, han formulado, pues como se verá, a diferencia de los términos estudiados anteriormente, esta expresión, aunque con ambigüedades, está regulada en Colombia desde hace varias décadas y sí aparece con amplias decisiones jurisprudenciales en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, sobre los conceptos bajo estudio, es decir, la tercerización e intermediación laboral, la doctrina ha logrado advertir dos tendencias frente al alcance conceptual de las mismas y las relaciones que median entre ellas: los autores que se adhieren a la primera consideran que la tercerización laboral es un concepto distinto de la intermediación laboral; en cambio, a juicio de aquellos que se unen a la segunda, la tercerización laboral es un género que comprende una especie, cual es la intermediación laboral. Al margen de estas dos tendencias, como ya se aseveró, los términos *outsourcing* y tercerización laboral, se considerarán sinónimos a efectos del presente escrito (Pérez, 2012, pág. 208) (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 9).

De la mano de lo anterior, el concepto de intermediación laboral permanece igual sin consideración alguna a que se adhiera a una u otra tendencia, lo que cambia de una a otra es su relación con la tercerización laboral.

La primera tendencia es liderada por autores como Toledo (2000) y Pérez (2012), quienes definen la tercerización laboral como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios. La tercerización laboral así entendida, supone que la producción de bienes o prestación de servicios se ejecute en un marco de dirección y control a cargo de una parte que se

denomina contratista, con sus propios medios, trabajadores y patrimonio, a favor de otro sujeto, el contratante. En otras palabras, la tercerización laboral consiste en:

(...) acudir a un tercero para que desarrolle una función o varias que no forman parte del core business de la empresa, con total autonomía e independencia, sin que el contratante tenga vínculo alguno en la administración o manejo de lo contratado, ya que la actividad se concreta en un resultado final (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012, pág. 208).

De la definición planteada, pueden extraerse varios elementos que deben ser estudiados de manera separada para comprender la posición de los autores que se adhieren a esta vertiente:

- **La presencia de un tercero.** Consiste en que un tercero ajeno a la unidad productiva sea quien ejecute las actividades encomendadas. Es decir, no será un trabajador de la empresa beneficiaria.
- **La ejecución de funciones para cumplir con un resultado.** Quien ejecutará las funciones será el tercero contratista, obligándose a proveer un resultado final buscado por el contratante, que consiste en la prestación de un servicio, la fabricación, producción, comercialización, etc., de un bien.
- **Las actividades encomendadas están fuera del *core business*.** Este elemento es fundamental en la definición de la tercerización laboral, pues en él está inmersa su finalidad. En términos de Pérez García: *“El outsourcing o tercerización, en últimas, busca agilizar y economizar el logro de los objetivos sociales de las empresas por medio de la contratación con terceros de procesos, o variados servicios, de modo que las empresas se centren en lo que les es característico y distingue”* (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012, pág. 208). Para comprender el

alcance del *core business* se hará una referencia más profunda en los siguientes capítulos, sin embargo, se anticipa que es lo central o el corazón del negocio, lo propio del mismo (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012).

- **La autonomía e independencia de ejecutar las funciones.** El tercero contratista despliega dichas funciones con sus propios medios, con el personal vinculado por él directamente. Es decir, para Pérez García, la empresa que contrata la ejecución de las funciones descritas, apenas y vigila el cumplimiento de las mismas, pero no pone a disposición su patrimonio ni capital humano para esos efectos. (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012)

La presencia de este último elemento es de vital importancia, pues como se verá más adelante, será determinante para la configuración de una relación de carácter laboral en los términos del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, a juicio de quienes se adhieren a esta tendencia, la intermediación laboral es un fenómeno que difiere del concepto de tercerización laboral. Así, Hierrezuelo (2008) y Toledo (2000), consideran que, de acuerdo al planteamiento de este último autor, mediante la intermediación laboral “(...) *una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria no sostendrá vínculo laboral con esta última*”.

A partir de las anteriores consideraciones, los autores que acogen esta postura concluyen que la tercerización y la intermediación laboral tienden a satisfacer dos necesidades distintas. La primera busca cubrir un requerimiento de un determinado bien o servicios especializado, es decir, un resultado; mientras que la intermediación laboral tiene como finalidad la prestación de

servicios personales por parte de trabajadores del contratista y a favor, directamente, del contratante.

A juicio de Schneider, quien se acoge a la distinción planteada:

Existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero Outsourcing (...) que incluye [el outsourcing], frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el core business de la empresa. (Schneider, 2004, pág. 32)

De otro lado, la segunda tendencia sobre la relación entre la tercerización y la intermediación laboral, dentro de la cual se destacan autores como Ermidia y Colotuzzo (2009), concluyen que el *outsourcing*, como tercerización, consiste en la descentralización productiva que impulsa el surgimiento de nuevas formas de organización de la producción y del trabajo, dentro de las cuales se presentan dos modalidades: de un lado, la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios, y de otro la subcontratación de mano de obra. Como se verá, para estos autores, la relación entre el concepto tercerización e intermediación laboral es de género – especie, siendo la primera el género y la segunda su especie.

Esta tendencia tiene como pilar fundamental el Informe VI (1) sobre Trabajo en régimen de subcontratación, elaborado en la 85ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 1997), así como el Informe V (1) de la Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión (Organización Internacional del Trabajo, 2006). En ellos se establece que existen dos tipos de subcontratación en razón al objeto del contrato, así:

- **Subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios,** mediante la cual “(...) una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y

esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos.” (Organización Internacional del Trabajo, 1997).

- **Subcontratación de mano de obra**, que sucede cuando el objetivo único predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de servicios) por parte de un subcontratista a la empresa usuaria, la cual tiene la potestad de ordenar la prestación de los servicios a su favor por esos trabajadores, ya sea dentro o fuera de sus instalaciones, pero sin configurarse un vínculo laboral entre la empresa usuaria y los mismos. (Ermidia & Colotuzzo, 2009, pág. 14 y 24).

Para efectos del presente trabajo, se usará la definición planteada por la segunda tendencia, es decir, la tercerización laboral es una estrategia empresarial que consiste en implementar una cooperación inter-empresarial en aras de recurrir a un tercero ajeno a la unidad económica, ya sea para que le provea de personal (mano de obra) o para que se encargue de la ejecución de una parte del proceso productivo con sus propios medios. Así, se deja a un lado la opción de ejecutar parte de los procesos productivos o de servicios con los propios medios y/o personal.

La adhesión a esta tendencia se justifica, en primer lugar, en que la misma tiene un respaldo institucional por parte de la Organización Internacional del Trabajo. En segundo lugar, porque en el ordenamiento jurídico colombiano, concretamente en el Decreto 583 de 2016, en los pronunciamientos de prensa y en actos administrativos del Ministerio del Trabajo, se evidencia la tendencia al uso del término tercerización laboral como un género que abarca una especie: la intermediación laboral.

Lo anterior, dado el título del capítulo que adiciona el Decreto 583 del 8 de abril de 2016 apunta a que este versa sobre “(...) *la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral*” y en sus normas tiene disposiciones que se refieren a las EST y al simple intermediario, que son instituciones a partir de las cuales se adelantan prácticas de intermediación laboral, como se verá más adelante. (Presidente de la República, 2016)

Así mismo, cuando la autoridad del trabajo se va a pronunciar respecto a la intermediación laboral en casos concretos en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios, lo hace refiriéndose a la tercerización laboral. (Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo, 2015).

Por último, la tercerización y la intermediación laboral tienen una finalidad única y es la de la cooperación empresarial a partir de terceros para suplir necesidades determinadas.

Como se anunció, esta tendencia supone la existencia de dos modalidades de tercerización laboral. La primera consiste en la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios, donde el contratista, con sus propios medios, instrumentos y personal, realiza la producción del bien o la prestación de servicios contratados, sin que el contratante intervenga en la ejecución del encargo, sino apenas en su vigilancia, ni que medie una relación laboral entre éste y el trabajador del contratista².

De otro lado, una segunda modalidad se refiere a la subcontratación de personal a través de un tercero, quien envía trabajadores suyos a realizar una actividad a la empresa contratante, con una característica especial, y es que si bien los trabajadores son empleados de la empresa contratista, mientras dura el servicio, éstos, a pesar de estar sometidos a la subordinación de otro

² Esto sin perjuicio de su responsabilidad solidaria eventual frente a los derechos laborales de los trabajadores.

que es la empresa usuaria, no tienen un vínculo laboral con ella. Este tipo de contratación, bajo los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo, se debe equiparar al concepto de intermediación laboral. (Mazza, Servicios de Intermediación laboral: enseñanzas para América Latina y el Caribe, 2003)

A diferencia de la primera modalidad de *outsourcing* o tercerización laboral, si se analiza la definición de empleador planteada en el Código Sustantivo del Trabajo colombiano, las tres características principales de este no radican exclusivamente en un sujeto.³ De un lado, la empresa usuaria es quien ejerce la subordinación sobre trabajadores de los que no es empleadora y de otro, la empresa de servicios temporales, eventuales, o en todo caso, la intermediaria, paga las acreencias laborales a favor de los trabajadores en misión, siendo la usuaria quien se beneficia directamente del servicio prestado. Tal es la particularidad advertida sobre la figura del empleador en este tipo de *outsourcing*. (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 47)

Como se demostrará, las prácticas que comportan dichos términos podrían encuadrarse en supuestos de hecho de las normas jurídicas laborales y comerciales colombianas. Adicionalmente, son prácticas del día a día en el entorno empresarial de país y del mundo (Ermidia & Colotuzzo, 2009, pág. 11), cuya habitualidad se justifica, desde la perspectiva empresarial, en términos de eficiencia en el cumplimiento del objeto social propio de cada unidad económica, el aumento de la competencia en los mercados, y en últimas, en la búsqueda de formas eficientes de generar trabajo humano (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012) (Scheinder, 2004) (Ermidia & Colotuzzo, 2009, pág. 17 a 18).

³ De acuerdo con los artículos 22 y 23 del CST las tres características que definen al empleador son: i) es él quien paga los salarios y; ii) es él quien ejerce la subordinación sobre los trabajadores; iii) es él quien se beneficia del servicio prestado por el trabajador.

Las modalidades de tercerización laboral descritas se llevan a cabo, en el caso colombiano, a través de entidades como las Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas de Servicios Temporales, los contratistas independientes, los intermediarios y simples intermediarios, los sindicatos y beneficiarios en virtud de contratos sindicales, y en general los sujetos que prestan sus servicios a partir de relaciones civiles comerciales, entre otros (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 21) (Presidente de la República, 2016, pág. 3). Estas serán desarrolladas más adelante.

Como se observa, en las relaciones mencionadas, independiente de la tendencia a la que se adhiera, siempre existirán tres sujetos intervinientes en éstas:

- Un sujeto que se beneficia de un servicio, un producto o una provisión de personal, denominado beneficiario, contratante o empresa usuaria;
- Un contratista que podrá ser una EST, una PCTA y CTA, un contratista independiente, una asociación sindical, una empresa asociativa de trabajo, o un sujeto que en todo caso provea un servicio;
- Los trabajadores, prestadores de servicios, contratistas, asociados, sindicalistas o en general aquellas personas naturales que prestan sus servicios con las condiciones particulares de cada institución.

La doctrina y la Organización Internacional del Trabajo, han denominado “*relaciones triangulares*” a las que se establecen entre los tres sujetos mencionados en los párrafos anteriores bajo el esquema planteado.

Sobre el particular, algunos autores como Hierrezuelo (2008) y Pérez (2012) afirman que esas relaciones triangulares toman lugar únicamente cuando media una relación con una Empresa de Servicios Temporales, una empresa usuaria y un trabajador en misión, es decir, cuando se está frente a un fenómeno de intermediación laboral. Así pues, siguiendo sus líneas, la “*interrelación triangular*” toma lugar entre esos tres sujetos, con la figura del empleador sin poderse concretar de manera certera en cabeza de la Empresa de Servicios Temporales o de la empresa usuaria, sin perjuicio que la normativa expresamente determine quién de ellos ostenta dicha calidad.

Contrario a lo que plantean esos autores, en el Informe V (1) sobre la Relación de Trabajo generado en la Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión en el año 2006, se concluye que dichas relaciones surgen en razón de dos principales hechos generadores: “(...) *de un lado, la ejecución de obras y de prestación de servicios, y de otro lado, el suministro de personal mediante contratos comerciales*” (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 44). Es decir, para la OIT este tipo de relaciones se configuran en los dos tipos de sub-contratación expuestos atrás y no solo en la intermediación laboral.

Consecuente con lo anterior, los autores que defienden la postura de la OIT consideran que estas relaciones triangulares o triangulaciones laborales, pueden configurarse en otros escenarios diferentes al de las Empresas de Servicios Temporales, pues es posible que las figuras de los contratistas independientes, las pre-cooperativas y cooperativas de trabajo asociado y los contratos sindicales, a pesar de aparentemente encuadrar dentro de la tercerización lícita, en realidad se utilicen con la finalidad de ejecutar una actividad que consiste en intermediación laboral, la cual, en Colombia, está permitida exclusivamente a las EST, como se analizará más adelante. (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 13) (Ermidia & Colotuzzo, 2009, pág. 29)

A partir de estas relaciones triangulares, específicamente del tipo de sujetos que se encuentran inmersos en ellas, así como las relaciones que se entablan entre cada uno de los mismos, es que debe analizarse la posibilidad de que eventualmente se incurra en la violación de derechos laborales de los que son titulares los prestadores de sus servicios. Del tipo de relaciones y sujetos también podría derivarse el fundamento bajo el cual se ampararía la consagración legal de una responsabilidad solidaria de los sujetos intervinientes frente a las acreencias laborales, y en últimas la licitud de las prácticas de tercerización e intermediación laboral para la imposición de sanciones por parte de la autoridad del trabajo.

Esto teniendo presente, que como se ahondará más adelante, la tercerización laboral implica el surgimiento de dos tipos de relaciones. En primer lugar, de relaciones laborales en las que aparece un tercero adicional al típico empleador y trabajador; y en segundo lugar, otro tipo de relaciones en las que a pesar de que se constata la prestación de trabajo humano, el mismo no se ejecuta bajo condiciones de subordinación y dependencia, sino bajo otras modalidades distintas a la relación laboral, por ejemplo a partir de modelos asociativos o de sindicalización.

El concepto de tercerización laboral fue recientemente delimitado en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del artículo 2.2.3.2.1., numeral 6, del Decreto 583, que reza: “*Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes*”. (Presidente de la República, 2016)

Según el numeral 4 del mismo artículo, el beneficiario es “*(...) la persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente la producción de un bien o la prestación de un servicio por parte de un proveedor.*” Por su parte, el proveedor se define como “*(...) aquella*

persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo”.

A pesar que a continuación de estos conceptos, el Ejecutivo incluyó un listado de “*modalidades*” bajo las cuales se pueden encontrar los beneficiarios y proveedores, que incluyen la mayoría de instituciones jurídicas que serán estudiadas en este escrito, la definición de tercerización laboral citada es bastante precaria.

Allí en realidad no se deja clara la importancia de un tercero en la relación para catalogarse propiamente como tercerización laboral, tampoco es nítida la posibilidad de que dicha práctica genere relaciones técnicamente calificadas como laborales y otras con naturaleza jurídica diferente. En esta norma jurídica habría sido idóneo incluir consideraciones frente a las ya referidas relaciones triangulares, que a partir de aproximaciones doctrinarias permiten comprender de una manera más clara los sujetos que intervienen en este tipo de procesos, su naturaleza jurídica y la de las relaciones que se crean entre cada una de ellas.

Ello por cuanto en el Decreto únicamente se hace referencia al denominado “*beneficiario*” y al “*proveedor*”, mas no a las personas naturales que prestan su mano de obra, tampoco a la posición negocial que adquieren en la tercerización laboral ni a sus derechos originados en virtud de las relaciones en cuestión. Y como se verá, definir esos asuntos es de suma relevancia para calificar la tercerización laboral como lícita o ilícita.

Una vez analizados los conceptos de tercerización laboral y *outsourcing* por subcontratación laboral, se profundizará en el alcance de la intermediación laboral en Colombia.

1.2 La intermediación laboral en Colombia: un concepto equívoco

Como se anticipó en el subtítulo anterior, y a diferencia de la tercerización laboral, la intermediación laboral sí está definida en el ordenamiento jurídico colombiano e inclusive ha sido objeto de pronunciamientos judiciales. A pesar de lo anterior, este es un concepto equívoco en la normativa colombiana, así como en algunos pronunciamientos de organizaciones internacionales, es decir, no tiene una única definición. Autores como Pérez (2012), Puig & Osorio (2014) y Rojas (2004) ya se han anticipado a la equivocidad anunciada.

El antecedente normativo más antiguo, y que aún está vigente en la actualidad en Colombia, es el artículo 35 del Código Sustantivo del trabajo, en el que está consagrada la figura del simple intermediario.

Sobre esta institución jurídica, el artículo en mención consagra dos supuestos en los que un sujeto adquiere la calidad de simple intermediario: en primer lugar, el simple intermediario es aquella persona que contribuye con el contacto entre oferta de mano de obra y demanda de la misma, es decir, es quien media en la contratación laboral pero no recibe beneficio alguno por la prestación de servicios del trabajador ni contrata en representación de ningún sujeto. Este tipo de intermediación laboral no será profundizada en el presente escrito, pues de acuerdo al alcance de los conceptos analizados, este no es un evento propiamente de tercerización laboral. (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012, págs. 71, 72 y 92) (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014, pág. 13)⁴

⁴ Conforme lo aseveran Puig y Osorio, los intermediarios bajo esta primera acepción son los prestadores de los servicios públicos de empleo, que son cuatro: “(...) i) las agencias públicas de empleo a cargo del SENA, ii) las agencias privadas de gestión y colocación de empleo (Cajas de Compensación), iii) las agencias públicas y privadas de gestión y colocación, iv) las bolsas de empleo” (2014, pág. 16)

En el segundo supuesto el simple intermediario es aquél sujeto que "(...) *agrupa o coordina* (...)" trabajadores que prestan sus servicios a favor de un beneficiario, quienes usan bienes y elementos de trabajo de propiedad de un empleador, que es el beneficiario, y para la ejecución de actividades ordinarias, inherentes o conexas a él. Esta segunda modalidad será objeto de un estudio de mayor profundidad en los próximos capítulos.

Consecuente con lo anterior, a raíz de la expedición de la Ley 50 de 1990, el legislador colombiano estableció en los artículos 95 y 96, bajo el título "*intermediación laboral*", dos disposiciones sobre la denominada "*actividad de intermediación de empleo*", es decir, sobre el contacto entre oferentes de mano de obra (futuros trabajadores) y demandantes de la misma (futuros empleadores)⁵. Si se contrastan esas dos disposiciones con la segunda acepción del simple intermediario consagrada en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, es razonable concluir que se hace referencia a un mismo concepto.

Bajo esa misma definición, el Banco Interamericano de Desarrollo a través de sus investigaciones se ha referido a las prácticas de intermediación laboral como aquellas tendientes a conectar la oferta con la demanda de empleo, tales como la capacitación, la inscripción de desempleados o subempleados y de vacantes en registros, entre otras, a través de entidades denominadas *agencias de empleo* (Mazza, 2002) (Mazza, 2003).

En ese sentido se ha pronunciado la Organización Internacional del Trabajo a través del Convenio 088 sobre el servicio del empleo (Organización Internacional del Trabajo, 1948)⁶ y del

⁵ Este era el alcance provisto para la intermediación laboral por el artículo 1° del Decreto 3115 de 1997, ya derogado por el artículo 54 del Decreto 722 de 2013, este último a su vez derogado por el Decreto 2852 de 2013, el cual no utiliza el término intermediación laboral,

⁶ Este Convenio fue ratificado por Colombia el 31 octubre 1967.

Convenio 181⁷ sobre las agencias de empleo privadas (1997), cuando establece este último la definición de las prácticas que adelantan esas entidades contenida en el literal (a) del artículo 1° de este Convenio.

En conclusión, la calidad de simples intermediarias de las agencias de colocación y de empleo no son fuente de ninguna obligación laboral, más bien son “(...) *servicios que apoyan con diferentes fines a quienes aspiran a entablar una relación laboral*” (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012, pág. 67) y por ello no serán objeto de estudio en el presente trabajo, a pesar de que este tipo de instituciones estén reguladas expresamente en el Decreto 583 de 2016 como una forma de llevar a cabo la tercerización laboral.

Sin embargo, tanto en la normativa colombiana como en el mismo Convenio 181 de la OIT se encuentra otra acepción de la intermediación laboral, que junto con la segunda acepción del simple intermediario, serán efectivamente objeto de estudio en la presente monografía.

Así, el literal (d) del artículo 1 de dicho Convenio (1997) establece:

1. A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

(...)

(b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

Conforme lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano consagra precisamente esa actividad de intermediación laboral y la define en los mismos términos. Inicialmente, las disposiciones contenidas en el numeral 1° del artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, y los incisos 1°

⁷ Se trae a colación el Convenio, a pesar de no haber sido ratificado por Colombia aún.

y 3° del artículo 64 de la Ley 1429 de 2010 incluyeron el término objeto de estudio. Sin embargo no lo definieron, sino que establecieron consecuencias jurídicas para las Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado y los terceros que intervengan en prácticas de intermediación laboral⁸.

Posteriormente, el artículo 1° del Decreto 2025 de 2011 definió la intermediación laboral como "*(...) el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones (...)*", por lo cual, si se interpretan sistemáticamente las disposiciones precitadas con los artículos 71 a 95 de la Ley 50 de 1990 y los artículos 1°, 2°, segundo inciso del 4°, 20 y 21 del Decreto 4369 de 2006, se debe concluir que la intermediación laboral, bajo esta segunda acepción, es el fenómeno que consiste en que un empleador acuerde con otra persona, que aquél le enviará sus trabajadores a esta, para que ellos presten sus servicios a favor suyo, y que esta misma ejerza subordinación sobre los trabajadores temporalmente.

Al someter los tres conceptos citados a una comparación, es razonable concluir que en definitiva son distintos entre sí, pues cada uno de ellos tiene una finalidad y forma de operar. Contactar la oferta y la demanda laboral, así como la agrupación y coordinación de trabajadores para que ejecuten actividades con elementos y patrimonio de propiedad de un empleador, y para su propio beneficio en determinadas actividades, son prácticas que difieren de la contratación de una persona natural para enviarla a que preste sus servicios a favor de un tercero que no la contrató directamente y que no es su empleador, evento en el que, si se cumplen las

⁸ La normativa colombiana tiene otras referencias a la intermediación en sectores económicos específicos, como por ejemplo el parágrafo del artículo 6° del Decreto 515 de 2004 y el parágrafo del artículo 6 del Decreto 1020 de 2007 sobre la intermediación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema de Salud y las EPS-S.

disposiciones jurídicas vigentes sobre la intermediación laboral, no se configurará la calidad de simple intermediario en los términos del Código Sustantivo del Trabajo⁹.

Tan diferentes son, que en Colombia las Empresas de Servicios Temporales tienen prohibido el contacto de oferta y demanda laboral, y a las agencias de empleo les está proscrito adelantar las prácticas propias de las EST (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012, pág. 94) (Decreto 1433 de 1983)

A partir de dicha distinción, es necesario dejar claro que los conceptos de intermediación laboral a los que se hará referencia en el presente trabajo serán el referente al envío de trabajadores en misión, y el contenido en el numeral 2 del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, pues a partir de ellos se lleva a cabo la tercerización laboral.

2. El *core business* en el marco de la tercerización laboral

Partiendo de las consideraciones anteriores sobre el alcance conceptual de la tercerización laboral, es de suma relevancia un estudio sobre algunos términos que hacen parte integral de su definición, tales como el *core business*, el objeto social, la actividad permanente, la actividad misional permanente, el giro ordinario de los negocios y las actividades normales de la empresa. Como se expondrá, a pesar de que en el ámbito internacional el uso de la expresión *core business* sea más común, el ordenamiento jurídico colombiano consagra todas las expresiones

⁹ La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre los efectos jurídicos que tiene la contratación de un trabajador en misión a través de una Empresa de Servicios Temporales y a favor de la empresa usuaria fuera de las estrictas condiciones legales consagradas en la normativa sobre el particular. La consecuencia jurídica consiste en la calificación de la EST como simple intermediaria y por ende, la empresa usuaria se convierte en el verdadero empleador y obligado al pago de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo. Sobre el particular las sentencias del 24 de abril de 1997, radicado 9435, así como la del 21 de febrero de 2006, radicado 25717 y la del 7 de mayo de 2014, SL6107-2014 con radicado 39669.

mencionadas, salvo esta última. (Puig & Osorio, El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal, 2014)

El estudio de tales conceptos es relevante, fundamentalmente porque su alcance implicará que algunas prácticas de tercerización laboral se adecúen o no al ordenamiento jurídico colombiano. Es decir, como se verá, el que una persona acuda a un tercero para ejecutar su *core business*, las actividades del giro ordinario o su objeto social, podría implicar la calificación de dicha práctica como ilícita. Las consecuencias en el ámbito del derecho laboral de esa calificación son dos principalmente, de un lado, la declaratoria de eventuales relaciones laborales entre el contratante y quien presta el servicio,, y la posibilidad de iniciar procedimientos administrativos sancionatorios a cargo del Ministerio del Trabajo en contra de las personas que intervienen en el proceso, es decir, de aquellas personas, naturales o jurídicas, que ejercen prácticas de tercerización laboral, que a juicio de la autoridad del trabajo sean ilícitas.

Los términos mencionados se remiten a un concepto en común, pero desde diferentes enfoques o paradigmas. Así, el *core business* es propio del campo de la administración de empresas, el objeto social es un término proveniente del derecho comercial, y por su parte, el giro ordinario de los negocios, así como la actividad normal de la empresa, son términos que están consagrados tanto en la normativa laboral como en la comercial. Por último, la actividad permanente es un concepto cuyo origen se remonta al derecho administrativo, que en la actualidad ha permeado toda la normativa laboral, tanto pública como privada, a partir de la definición del concepto de actividad misional permanente.

A continuación se analizará el alcance de cada uno de los conceptos referidos y su campo de aplicación.

2.1 Core Business

Como ya fue anticipado, el *core business* es el fuerte del negocio, lo central, el valor que distingue a la empresa de las demás, que la identifica como tal (Pérez, 2012, pág. 207). Schneider define este concepto como la “*actividad distintiva*” de la empresa (2004, pág. 20 y 47).

En este orden de ideas, el *core business* consiste en el elemento esencial de las actividades de la empresa, el cual permite la especialización de ésta, ya que conforma las actividades estratégicas, y que son condición *sine qua non* para la existencia de la misma. Sin embargo, se han presentado discusiones sobre dicho alcance, pues cernir el concepto anterior a la realidad empresarial no es una tarea sencilla, toda vez que –como también lo discuten otros autores- es una noción inestable, relativa y subjetiva, pues las empresas van evolucionando en su adaptación al mercado cambiante. Adicionalmente, las personas encargadas de dirigir el rumbo empresarial son quienes establecen las actividades del giro de la misma y es común que ellas se encuentren en desacuerdo respecto a la identificación de esas actividades principales, por ejemplo, los grandes fabricantes de automóviles o computadores, quienes reducen su *core* al producto, la marca, funciones de mercadeo y manejo de cliente, externalizando completamente la fabricación y ensamblaje del producto final (Puig & Osorio, 2014, págs. 28, 29 y 35).

2.2 Objeto Social

El objeto social es un término que proviene del derecho comercial¹⁰, el cual se define, en términos del objeto de la sociedad, como la actividad económica principal de dicha entidad, que determinará su capacidad (Rengifo, 2012) (Reyes, Derecho Societario, 2011, pág. 122).

De la lectura de las disposiciones del Código de Comercio que hacen referencia a este concepto, se infiere que la estipulación de las actividades que conformarán el objeto social deben ser claras, determinadas y conexas con éste, de lo contrario, existirán determinadas consecuencias jurídicas adversas desde la perspectiva societaria. Además, por expresa disposición legal,¹¹ se entienden incluidas dentro del mismo las actividades que están directamente relacionadas con éste, así como aquellas que tengan como finalidad ejercer derechos o cumplir obligaciones que se derivan legal o convencionalmente de la existencia y actividad de la sociedad.

Ahora bien, la evolución en la economía mundial y las reformas en el régimen societario de otros países, provocó en Colombia la expedición de la Ley 1258 de 2008 que permitió la creación de un tipo societario sin que fuera necesario determinar su objeto social de manera específica y clara: la Sociedad por Acciones Simplificadas, SAS., por sus siglas (Reyes, 2009, pág. 19 a 32).

Considerando la altísima creación de este tipo societario, así como la transformación de grandes personas en el mismo, será necesario hacer referencia a una implicación considerable a efectos de la intermediación laboral generada por esta permisión sobre el objeto social. (Superintendencia de Sociedades de Colombia, 2014, pág. 2)

¹⁰ Es un elemento que es requisito para la constitución de una sociedad según lo establecido en el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 99 de ese mismo código.

¹¹ Artículo 99 del Código de Comercio.

2.3 Actividad normal de la empresa o negocio y giro ordinario de los negocios

Las expresiones “(...) labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio (...)” del artículo 34, y “(...) actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo (...)” del artículo 35, ambas del Código Sustantivo del Trabajo, deben estudiarse a profundidad y en el marco de las dos instituciones en las que operan, es decir, el contratista independiente y el simple intermediario, respectivamente.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) ha asimilado los conceptos de labores normales de la empresa o negocio, al del giro ordinario de los negocios, en los siguientes expedientes: No. 35570 del 13 de abril de 2010, M.P. Eduardo López Villegas (pág. 11); No. 25505 del 30 de Agosto de 2005, M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López y No.39342 del 5 de junio de 2012, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno (págs. 9, 11 y 14).

Por su parte, el Consejo de Estado y la Superintendencia Financiera han expuesto una definición, en donde el significado de giro ordinario está vinculado también al de objeto social. Así, la Superintendencia en mención aseveró que la expresión “(...) giro ordinario de las actividades propias del objeto social (...)”, comprende el concepto de *actividades principales* previstas en el objeto social para el cual se constituyó la sociedad, “(...) pero no se agota en ese punto. De hecho, el giro ordinario de las actividades propias del objeto social debe incluir otros actos o negocios jurídicos cuya relación con aquellas permitan concretar o materializar las actividades intrínsecas de la naturaleza de la empresa social.” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2004).

Consecuente con lo expuesto, la Superintendencia Financiera, citando un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Concepto de mayo 29 de 2003, M.P. Susana Montes de Echeverri, Radicación 1488), replicó lo siguiente:

De este modo, corresponden al giro ordinario de sus negocios todos los actos y contratos relativos a la actividad principal, consignados en el acto de constitución y aquellos sin los cuales la actividad económica no se podría concretar, todos los cuales, dada la naturaleza reglada del mismo, están definidos en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2004)

Por lo anterior, y como se verá más adelante, al enfrentarse a los derechos laborales en juego, es necesario trascender al concepto de objeto social planteado en el ámbito del derecho comercial, profundizando así en el criterio fijado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para establecer el alcance que tiene la expresión “*actividades normales de la empresa o negocio*” y declarar una responsabilidad solidaria por los derechos laborales a cargo de uno de los intervinientes en el proceso de subcontratación laboral, concretamente del contratista independiente. Esto, dejando el objeto social como un marco de referencia para la decisión de estos casos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 33082 del 2 de junio de 2009, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza).

Sobre el asunto en cuestión la doctrina ha planteado una clasificación del alcance de la actividad normal de la empresa, en la que resultan dos categorías a partir de un criterio que se refiere a la amplitud del alcance de ese concepto. De un lado, hay una posición amplia y de otro una posición estricta. (Hierrezuelo, 2008)

La posición amplia es aquella según la cual el giro ordinario o actividad normal no se agotan en la actividad principal de quien se beneficia del resultado de la subcontratación, sino

que abarcan actividades accesorias, siempre y cuando estén integradas permanentemente a la empresa. Igualmente, bajo esta posición están comprendidas aquellas actividades que son coadyuvantes y necesarias, y que, a pesar de ser secundarias, son imprescindibles para la realización de la actividad principal. (Hierrezuelo, 2008, pág. 190 a 197)

De otro lado, se encuentra la posición estricta, bajo la cual el giro ordinario o actividad normal se refiere a “(...) *aquellos servicios o trabajos que están íntimamente relacionados con la actividad de la empresa, y que no se pueden escindir de la misma sin alterar el proceso productivo, con exclusión de aquellos que resultan secundarios o accesorios*” (Hierrezuelo, 2008, pág. 190 a 197). Así pues, pueden existir actividades necesarias para el funcionamiento de una empresa, pero que son accesorias y escindibles, por lo que no corresponden a actividades normales o del giro ordinario. Una vez se analice la posición de la Corte Suprema de Justicia colombiana, se procurará ubicar su criterio para determinar el alcance de las expresiones en cuestión conforme a esta clasificación doctrinaria.

Frente al alcance de esas expresiones, las providencias de dicha Corporación han sido unánimes al establecer que la necesidad para el beneficiario o dueño de la obra de las labores ejecutadas en virtud del contrato que éste celebró con el contratista independiente, es apenas un indicio para determinar que aquellas son actividades normales del giro empresarial del beneficiario. Es decir, el criterio determinante, en definitiva, no consiste en que la actividad encomendada al contratista independiente sirva de apoyo para que el beneficiario o dueño de la obra cumpla con su objeto de explotación económica (Corte Suprema de Justicia, Sentencia nro. 40541 del 20 de marzo de 2013, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve).

En cambio, la Sala Laboral de la Alta Corte ha precisado que, además de ser necesarias las labores, estas deben estar “(...) *directamente vinculadas con la ordinaria explotación de su objeto económico (...)*”, es decir, ha de ser una “(...) *función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico (...)*”.(Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 21 de septiembre de 2010, Expediente nro. 34893, M. P. Eduardo López Villegas, pág. 12) (Sentencia SL14540-2014 del 5 de febrero de 2014, Radicación Nro. 38651, M.P. Gustavo Hernando López Algarra, pág. 15). Muy ligado a lo anterior, es necesario que la función sea “(...) *normalmente desarrollada por el beneficiario (...)*” (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL14540-2014 del 5 de febrero de 2014, Radicación Nro. 38651, M.P. Gustavo Hernando López Algarra, pág. 15).

A pesar de las constantes referencias al objeto social del beneficiario o dueño de la obra, la Alta Corporación ha precisado en sus decisiones que en algunos eventos, debe trascenderse ese concepto, en la medida en la que en el derecho laboral existe un mandato de orden constitucional que se refiere a la primacía de la realidad sobre las formalidades (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 26), forma que en este tipo de casos, usualmente se manifiesta en el documento que contiene el objeto social del beneficiario de la obra¹². Por ello, en ciertos casos, “(...) *lo que importa es la conexidad que exista entre las labores desarrolladas por uno [el contratista independiente] y otro [el beneficiario de la obra].*” (Corte Suprema de Justicia, SL 695 – 2013, Radicación No. 37297 del 2 de octubre de 2013, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, pág. 19).

Una premisa adicional a la anterior para llegar a dicha conclusión, es que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no hace referencia al objeto social, sino a las actividades

¹² Un certificado de existencia y representación legal, unos estatutos de una sociedad, entre otros documentos.

normales de la empresa, pues se reitera, en el derecho laboral colombiano el concepto de objeto social no basta para la protección de los derechos de los trabajadores.

Por su parte, otra manifestación del principio constitucional en mención, tiene aplicación en una serie de casos en los que el trabajador del contratista independiente ejecuta actividades que están directamente relacionadas con la explotación del objeto económico del beneficiario o dueño de la obra, a pesar de que estas actividades no están consagradas expresamente dentro de las de éste último, ni las de su empleador, ni en el contenido del contrato celebrado entre éste y aquél. En estos eventos, la Sala de decisión ha optado por contrastar las actividades ejecutadas directamente por el trabajador con aquellas del beneficiario o dueño de la obra, para de esa manera determinar la solidaridad a cargo de este último (Corte Suprema de Justicia: Sentencia SL4400-2014, Radicación Nro. 39000 del 26 de marzo de 2014, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve); Sentencia Radicación Nro. 40541 del 20 de marzo de 2013, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; Sentencia SL 695 – 2013, Radicación Nro. 37297 del 2 de octubre de 2013, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno; Sentencia 10 de marzo de 2009, Radicación 27623 M.P. Eduardo López Villegas y Radicación No. 35864 del 1 de marzo de 2010, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza).

De la mano de estos razonamientos, y siguiendo la postura de la máxima Corporación, la actividad del contratista independiente -o del trabajador-, podría considerarse como normal, o del giro ordinario de los negocios del beneficiario, si es que esta tuvo “(...) *vocación de permanencia* (...)” en otras palabras, que hubiere sido “(...) *un servicio con vocación a ser requerido continuamente*”. Y debería llegarse a la misma conclusión si se observa que en las definiciones de giro normal se usa la expresión *normalmente*, que podría considerarse como una

remisión a algo usual, frecuente o permanente (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de abril de 2010, Expediente No. 35570, M.P. Eduardo López Villegas).

Contrario a lo anterior, la subcontratación de una obra concreta y puntual, que no puede clasificarse como “*permanente*”, no encuadra dentro del significado de actividad inherente a aquellas del beneficiario o dueño de la obra, claro está, si se encuentra fuera su esfera de explotación económica (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL4400-2014, Radicación nro. 39000 del 26 de marzo de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve). Como se verá, este elemento de permanencia concuerda con uno de los elementos definitorios de las expresiones actividad permanente y actividad misional permanente.

Luego de plantear las consideraciones en abstracto de la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación se ha referido también, en concreto, a ciertas labores y a su calificación como parte de las actividades normales de la empresa, como pasa a explicarse.

Sobre “(...) *las actividades de mantenimiento de la infraestructura física del establecimiento productivo (...)*” la Corte las consideró extrañas a aquellas que adelanta una entidad pública en calidad de directora de la banca central (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL4400-2014, Radicación N° 39000 del 26 de marzo de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve). En cambio, subcontratar el mantenimiento eléctrico de la maquinaria, en una empresa del sector productivo, “(...) *dedicada a transformar el hierro y el carbón en acero (...)*”, sí comprende parte de las actividades normales de la beneficiaria (Corte Suprema de Justicia: Expediente No. 25505 del 30 de Agosto de 2005, M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López; Sentencia: SL4400-2014, Radicación N° 39000 del 26 de marzo de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve).

Así mismo, la Sala Laboral se pronunció sobre un caso en el que un trabajador de un contratista independiente cumplía funciones de limpieza de un ducto por el que pasaba el bagazo, servicios de los que era beneficiaria una empresa cuyas actividades se restringían a la producción de azúcar. Para la Corte, esa actividad sí hacía parte del giro ordinario de los negocios del beneficiario, porque ese bagazo hacía parte de la cadena productiva del azúcar en la medida en la que este servía de combustible para adquirir el producto final (en el caso el azúcar), es decir, el conducto era parte esencial en el proceso productivo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 695 – 2013, Radicación nro. 37297 del 2 de octubre de 2013, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno).

En esos términos razonó la Alta Corporación en un caso en el que el objeto contratado por una empresa beneficiaria en el ramo de la actividad cementera era la construcción de una banda transportadora de cemento. La Sala consideró que "(...) *las obras nuevas o de mantenimiento, que va a ser parte de la cadena productiva (...) está justamente desempeñándose en el giro propio de sus negocios*" (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Radicado nro. 27.623 del 10 de marzo de 2009, M.P. Eduardo López Villegas).

Igualmente, la Sala Laboral concluyó que era acertado considerar como parte de las actividades normales de Ecopetrol las labores tendientes al mantenimiento general de los tanques de almacenamiento de crudo, los cuales se realizaban de manera permanente (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Expediente nro. 35570 del 13 de abril de 2010, M.P. Eduardo López Villegas, pág. 11 y 12).

De otro lado, la jurisprudencia ha aseverado lo siguiente sobre el mantenimiento de la infraestructura de servicios públicos como agua, aseo, teléfonos, luz eléctrica y alcantarillado:

(...) no puede soslayarse que para la ejecución de una obra normalmente se requiere del concurso y colaboración de una serie de personas que permiten cumplir con el objeto o finalidad de la misma, así como también se necesita la prestación de servicios públicos tales como agua, alcantarillado, aseo, luz eléctrica, teléfonos, etc. **Pero ello no significa que las faenas tendientes al mantenimiento de estos servicios públicos se entienda, por esa sola circunstancia, inherente o propia a la actividad o labor que desarrolla quien se le está prestando la asistencia**” (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia Radicación nro. 40541 del 20 de marzo de 2013, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, pág. 23) (Negrilla propia).

Por su parte, la Corte, en otras sentencias, se refirió a que las actividades “(...) *tendientes a la adecuación o sostenimiento de la planta, relacionadas con el aseo, pintura, construcción, (...)*”, a pesar de ser indispensables, valga decirse, necesarias, no hacen parte de las actividades normales. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicación 30.997 del 17 de junio de 2008, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; posición reiterada en la Sentencia: SL4400-2014, Radicación N° 39000 del 26 de marzo de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve) (Negrilla propia).

Sobre esta reseña jurisprudencial de la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pueden plantearse las siguientes conclusiones:

- El que una actividad ejecutada por el contratista independiente o sus trabajadores, sea necesaria para el beneficiario o dueño de la obra, no basta para que se declare solidariamente responsable a éste último por las acreencias laborales a favor de los trabajadores.
- El criterio preponderante para determinar la responsabilidad solidaria a cargo del beneficiario o dueño de la obra consiste en que la actividad desplegada por el contratista o por sus trabajadores, esté estrechamente ligada a la actividad económica de aquél.

- Igualmente, la permanencia o frecuencia son criterios para determinar dicha calificación, pues una actividad que tiene vocación de permanencia puede ser catalogada como una actividad normal de la empresa.
- Frente a la adecuación, limpieza y mantenimiento de las instalaciones del beneficiario o dueño de la obra, debe analizarse qué parte de las instalaciones es sometida a estos procedimientos, pues si esa parte está íntimamente relacionada con la cadena productiva de aquél, entonces será parte de sus actividades normales. En caso contrario, es decir, si no existe esa relación con la cadena productiva, la actividad no será normal.

Ahora bien, frente a la clasificación doctrinal sobre el alcance de la expresión en comento, se considera que en Colombia rige una posición estricta sobre el alcance de los conceptos objeto de estudio, pues de acuerdo a lo evidenciado, las actividades accesorias y complementarias, como las enunciadas párrafos atrás, no se consideran como parte de las actividades normales del beneficiario de la obra, toda vez que a pesar de ser necesarias en algunos casos, no están íntimamente relacionadas con su actividad económica.

En todo caso, el criterio ha sido expuesto caso a caso, como es natural, pues según se consideró, el Código Sustantivo del Trabajo y la normativa vigente sobre el particular tienen una definición abstracta de la actividad normal y del giro ordinario de los negocios. Así, la jurisprudencia ha establecido criterios generales para determinar el alcance de esa disposición, lo cual genera inseguridad jurídica. (Román & García, 2013)

En últimas, el alcance de las denominadas actividades normales de la empresa o negocio podrían ser útiles en el marco del contratista independiente, como elemento en la discusión sobre

la licitud o ilicitud de la práctica ejercida por un verdadero beneficiario de una obra ejecutada, a la que se compromete un contratista independiente. Es decir, eventualmente, el alcance de estos conceptos podría ser útil como insumo para la construcción de los criterios para determinar la licitud de la tercerización laboral, considerando que esta es una de las principales instituciones que se usan para llevar a cabo estas prácticas en Colombia.

2.4 Actividad permanente y actividad misional permanente

El antecedente del concepto de actividad permanente en Colombia se encuentra en el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968 en su inciso quinto. Allí se establece una obligación dirigida a la Administración Pública, sobre la vinculación directa de personal, cuando su finalidad sea la ejecución de “(...) *funciones de carácter permanente*”. Bajo el mismo razonamiento, la disposición citada prohíbe a las entidades públicas la celebración de contratos de prestación de servicios con personas que vayan a ejecutar dichas funciones.

A partir de esa reglamentación, la Corte Constitucional en sede de control abstracto de constitucionalidad, y el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, se han pronunciado sobre la disposición en comento y le han conferido su alcance actual. Así pues, a través de la sentencia C-614, la Sala Plena de la Corte Constitucional (2009) declaró la exequibilidad de la norma en cuestión considerando principalmente que, a pesar de la protección constitucional al empleo bajo sus diversas formas, las relaciones laborales con el Estado se encuentran bajo la égida de una protección constitucional especial.

El alcance del término “actividad permanente” comenzó a esbozarse al mencionar uno de los requisitos de validez de la celebración del contrato de prestación de servicios con el Estado, toda vez que dicha contratación está sometida a ciertas condiciones, algunas de las cuales coinciden con las aplicables a los particulares. Entre otros requisitos¹³, para la celebración válida de contratos de prestación de servicios con el sector público, solo debe procederse con esta modalidad contractual cuando se requieran conocimientos especializados y/o que la actividad contratada no pueda ejecutarse por el personal de planta de la entidad pública.

Para la Corte, esa restricción significa que la modalidad contractual en cuestión únicamente debe celebrarse cuando sean labores: i) ocasionales; ii) extraordinarias; iii) aquellas que temporalmente exceden la capacidad organizativa y funcional de la entidad pública contratante, y iv) fuera del *giro ordinario* de la entidad pública.¹⁴ Consecuente con lo anterior, la Sala Plena esbozó cinco (5) criterios que sirven para determinar cuándo una entidad pública está contratando la ejecución de una actividad permanente, para entidades públicas. Dichos criterios deben ser analizados de manera conjunta con los elementos definatorios de la relación laboral, de acuerdo con la providencia citada.

Los criterios son los siguientes:

i) Funcional. Al desplegar funciones que están determinadas en la Constitución Política y en la ley como competencia de la entidad, es decir, la “*función usual*”. Así las cosas, este criterio podría asimilarse al expuesto sobre la actividad normal, teniendo presente que en el caso de las entidades del sector público son la Constitución y las leyes las que determinan su capacidad de

¹³ Para la celebración válida de un contrato de prestación de servicios con una entidad estatal se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, como la ejecución de las actividades bajo un marco de autonomía e independencia y la remuneración a título de salario.

actuación y que en cambio, el objeto social de la empresa beneficiaria del sector privado, es por regla general el que determina su capacidad de actuar, en el marco del contratista independiente.

Igualmente, se hace referencia al carácter usual o permanente de las funciones, que también ha sido replicado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al en referencia a la actividad normal o al giro ordinario de los negocios del contratista independiente, para así determinar la responsabilidad solidaria a cargo del beneficiario o dueño de la obra.

ii) Igualdad. Este criterio consiste en que, si la labor contratada es la misma que despliega el personal de la entidad pública, entonces dicha labor será considerada como actividad permanente.

El criterio de igualdad es falible en una medida considerable, pues a pesar de que las actividades ejecutadas por las personas vinculadas, a partir de relaciones diferentes a la relación laboral típica, sea funciones asimilables a las que realizan las personas vinculadas directamente, esta ejecución puede darse bajo situaciones distintas de subordinación, autonomía e independencia, cuya ausencia, claro está, desdibujaría la relación laboral.

Por ejemplo, si dos contadores prestasen los mismos servicios en una entidad, pública o privada, podría suceder, que uno de ellos ejerciera sus labores de manera subordinada, cumpliendo un horario, determinándose su lugar de trabajo, sometiéndose a órdenes y reglamentos, entre otros; y que por el contrario, el otro contador, prestase sus servicios en un marco de autonomía y dependencia, propio de una relación distinta a la laboral.

iii) Temporalidad o habitualidad. En caso que las actividades sean frecuentes o constantes en la entidad pública, estas serán consideradas como una actividad permanente.

En este criterio se reitera la habitualidad o frecuencia de las labores, como lo establece la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema, lo cual debería ser considerado apenas como un indicio de una verdadera relación laboral oculta.

iv) Excepcionalidad. La Corte Constitucional plantea que, contrario a lo que se conoce como el *giro normal de los negocios*, existen otras actividades “*nuevas*”, de las cuales las primeras se consideran como actividad permanente y las segundas se excluyen del concepto en mención.

Este criterio es una réplica de los conceptos de *core business* y de giro normal de los negocios ya analizados y su contenido debe analizarse a la luz de las posturas jurisprudenciales ya expuestas, pues las expresiones usadas por la Alta Corporación Constitucional, tienen un alcance de difícil definición si no se tienen éstas presentes.

v) Continuidad. Este último criterio tiene aplicación al celebrarse varios contratos de prestación de servicios sucesivos entre la entidad pública contratante y el contratista, para desempeñar parte del giro ordinario de la administración, o en palabras de la Corte, la “*función permanente*”. En este evento, las funciones ejecutadas en virtud de esa relación contractual deben ser calificadas como actividades permanentes.

Este criterio podría considerarse, como el establecimiento de un supuesto de hecho concreto, que es la celebración de contratos de prestación de servicios sucesivos, el cual da lugar a que se genere un indicio que apunta a que se están ejecutando funciones permanentes. En este orden de ideas, se hace referencia al concepto de giro ordinario, el cual requiere de un contenido, pues la sola expresión no provee un significado claro, preciso e inequívoco sobre el particular;

contenido que está provisto por las reglas de decisión de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

A pesar de que estos criterios han resultado útiles para la determinación del alcance de las demás expresiones como actividad normal, giro ordinario de los negocios u objeto social, tanto en el ámbito de relaciones con entidades públicas como de entidades del sector privado, es necesario que estén provistos de contenido, pues según se evidenció a lo largo de este capítulo, la jurisprudencia de la Sala Laboral la Corte Suprema de Justicia ha decidido todo un catálogo de casos estableciendo sus posturas sobre cada uno de ellos (Pérez, Contratación laboral, intermediación y servicios, 2012) (Román & García, 2013, pág. 77 y 78).

A partir de los anteriores razonamientos, surgió en Colombia un nuevo concepto denominado actividad misional permanente con la expedición de la Ley 1429 de 2010 en su artículo 63, el cual fue reglamentado en el Decreto Reglamentario 2025 de 2011, que definió dicho concepto como “(...) *aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa (...)*”, considerando que puede asimilarse al de actividad permanente, por lo menos en términos conceptuales, como pasa a explicarse.

En esos mismos términos, el Decreto 583 del 8 de abril de 2016, en su artículo 2.2.3.2.1., numeral 5, replicó las mismas consideraciones frente a este concepto.

El Decreto mencionado reitera una referencia a las actividades que comprenden el significado del que ha provisto la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa a la actividad permanente.

Cierta parte de la doctrina ha planteado una distinción entre el concepto de actividad permanente y actividad misional permanente bajo un criterio que apunta a que las actividades permanentes pueden o no ser misionales. (Central Unitaria de Trabajadores, 2012)

Sobre el particular, es necesario mencionar que el que la palabra “*misional*” se encuentre dentro de la denominación de uno de los conceptos y en el otro no, no trae necesariamente una diferenciación significativa, pues como se indicó previamente, los criterios de funcionalidad y de igualdad apuntan a que es fundamental considerar las actividades propias de la entidad pública y no solo la habitualidad o frecuencia con que sean desplegadas. Es decir, el elemento misional ya estaba incluido como criterio del concepto de actividad permanente antes de la emisión del Decreto en cuestión a partir de los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Ahora bien, sobre la equiparación de los conceptos de actividad permanente y actividad misional permanente, es fundamental considerar que la Ley 1429 y el Decreto 2025 consagraron una consecuencia de altísima relevancia, pues a partir de la expedición de tales instrumentos normativos, el concepto de actividad misional permanente opera tanto para entidades del sector público como del sector privado, a diferencia de la actividad permanente, que como se estableció previamente solo aplica a entidades del sector público por expresa disposición legal. Es por lo anterior que la asimilación debe realizarse únicamente en términos de su alcance conceptual, pero no sobre su ámbito de aplicación.

De otro lado, existe una diferencia sobre la justificación de las permisiones y prohibiciones en torno a los dos términos bajo estudio. La actividad misional permanente es un concepto que surgió en el ámbito de la indebida intermediación laboral que adelantan las Cooperativas y Pre-

cooperativas de Trabajo Asociado, a pesar que como se estudiará más adelante, se hizo una referencia genérica a la vulneración de los derechos de los trabajadores en el marco de su vinculación bajo diversas modalidades.

Así, la problemática principal que procuró resolver la prohibición en torno a la contratación de actividades misionales permanentes dirigida a terceros contratantes, Cooperativas y Pre-cooperativas de Trabajo Asociado, fue la violación de los derechos laborales de trabajadores asociados, que en realidad se encontraban bajo una típica relación laboral, en la medida en que los terceros contratantes ejercían la subordinación propia de ese tipo de vínculos.

En cambio, la obligatoriedad dirigida a la administración pública de vincular personal para desarrollar actividades permanentes tuvo un espíritu más amplio, pues exigió que para el personal que desplegara ese tipo de actividades debía tener un cargo como servidor público dentro de la entidad, sin perjuicio de la mención específica al contrato de prestación de servicios a que hace referencia el artículo precitado.

Al margen de estas diferencias, como se ahondó, los criterios jurisprudenciales esbozados para determinar el alcance de la actividad permanente podrían extenderse y adecuarse para ser aplicados al de actividad misional permanente a partir de la emisión de una norma jurídica general, como un decreto o una ley. De esa manera se lograría una mayor claridad y un poco menos de inseguridad jurídica al decidir si una actividad se califica o no como misional permanente al aplicar los criterios de funcionalidad, igualdad, temporalidad o habitualidad, excepcionalidad y continuidad.

Sobre el concepto de actividad misional permanente, puede contrastarse el contenido del inciso 3 del artículo 1° del Decreto 2025 de 2011, con el Decreto 583 de 2016, en su artículo

2.2.3.2.1., numeral 5, y de ello puede concluirse que el segundo establece un alcance un poco más preciso de las actividades que pueden calificarse como tales, pues ellas son las “(...) *esenciales, inherentes, consustanciales o sin cuya ejecución se afectaría la producción de los bienes o servicios característicos del beneficiario.*” (Presidente de la República, 2016)

Sin perjuicio de dicha precisión, los adjetivos y descripciones a los que se hace referencia en el Decreto de 2016, en realidad no son un aporte significativo y útil para determinar el alcance de la actividad misional permanente, pues son palabras que podrían considerarse como equivalentes en términos semánticos a las actividades o funciones directamente relacionadas con la producción de bienes o servicios que le son característicos al beneficiario.

2.4.1 El concepto de actividad misional permanente en la Sociedad por Acciones Simplificadas

Ahora bien, como se anunció, los criterios y definición para aproximarse al concepto de actividad misional permanente en la Sociedad por Acciones Simplificadas tienen una particularidad. El párrafo del artículo 1° del Decreto 2025 de 2011 consagra lo siguiente: “*Parágrafo. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle.*”

Conforme la disposición citada, ni los criterios ni la definición esbozados tienen aplicación alguna en el marco de las SAS. El primer elemento para analizar esta disposición es que su aplicación debería tener sentido únicamente en el evento en el que los socios o el órgano respectivo de la SAS decidan plasmar como objeto social una enunciación indeterminada del talante de “(...) *cualquier actividad comercial o civil, lícita.*” (Congreso de la República, Numeral 5 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008).

Esta precisión es necesaria en la medida en la que la normativa societaria permite también que la SAS tenga un objeto social determinado, y en ese supuesto debería seguir la misma suerte de las demás sociedades a efectos de la aplicación del concepto de actividad misional permanente, pues al estar su objeto social definido, se asimila a cualquier otra sociedad en cuanto a los efectos de actuar por fuera del mismo. Esta es la interpretación armónica y sistemática de las disposiciones de índole societaria y laboral.

De lo expuesto en este capítulo puede afirmarse que los conceptos de objeto social, actividad normal de la empresa o negocio, giro ordinario de los negocios, actividad permanente, actividad misional permanente, y si se quiere a modo genérico, el *core business*, tienen varios componentes en común, entre ellos que se refieren a una parte necesaria o imprescindible del proceso productivo o de servicios, que son actividades que se despliegan con vocación de permanencia, es decir, con una frecuencia considerable.

Adicionalmente, estos criterios no están definidos de manera clara en la normativa colombiana, que a pesar de los recientes esfuerzos por parte del Ejecutivo de regular la tercerización laboral, como se verá, aún persisten ciertos interrogantes frente al tema en Colombia. De la mano de lo anterior, han sido las decisiones por parte de los jueces de la República las que han determinado caso a caso el alcance de las expresiones analizadas en este capítulo.

3. Instituciones jurídicas a través de las cuales se lleva a cabo la tercerización laboral en Colombia

Atendiendo a que en Colombia las prácticas de tercerización laboral se ejecutan a partir de diferentes instituciones jurídicas, se hace necesario explicar cada una de ellas, para así identificar cómo se presentan las prácticas de la subcontratación de procesos y servicios y la intermediación laboral.

Dentro de las instituciones mencionadas, se encuentran las siguientes: (i) Empresas de Servicios Temporales, (ii) Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, (iii) Contrato Sindical, (iv) Contratista Independiente, (vi) Simple Intermediario, y (vii) Empresa Asociativa.

3.1 Empresas de Servicios Temporales

Las Empresas de Servicios Temporales, en adelante EST, son instituciones de particular relevancia para el presente estudio, pues de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, estas entidades están autorizadas para adelantar prácticas de intermediación laboral lícitamente - de acuerdo con la definición acogida- y bajo estrictas condiciones. En otras palabras, las EST son los sujetos autorizados en Colombia para proveer de “*servicio temporal*” a otras personas (Pérez, 2006, pág. 21 a 33).

Estas entidades surgen en Colombia a mediados de la década de 1960, a partir del ejercicio de la libertad de empresa y la intermediación laboral como una modalidad de generación de empleo, la cual, en definitiva, tiene un componente de flexibilidad y que se aproximaba a la realidad económica mundial de la época, mediante la cual “*un empresario suministra en forma independiente trabajadores a una empresa usuaria, para que, sin perder la condición de verdadero empleador de dichos trabajadores, presten servicios subordinados al usuario*” (Blanco, 2007) (Ackerman, 2008, pág. 98).

La principal normativa que rige su constitución y funcionamiento en Colombia en la actualidad, se remite a la Ley 50 de 1990, y a los Decretos 4369 de 2006 y 2025 de 2011. En dichas normas se estableció la prestación de servicios a terceros para el desarrollo de sus actividades y se regularon las ya denominadas relaciones triangulares, que son aquellas donde median tres sujetos: la empresa usuaria, la EST, y el trabajador en misión de esta.

El espíritu de estas disposiciones, el cual tiene efectos, tanto en las decisiones judiciales de los derechos de los trabajadores, como en los procedimientos administrativos sancionatorios adelantados por las autoridades competentes, desde un principio se ha referido a que la

contratación a través de estas entidades, valga la redundancia, debe ser temporal, pues si dichos servicios se llegaren a tornar en permanentes, se estaría ante una vulneración de los derechos de los trabajadores (Pérez, 2012) (Corte Constitucional, 1995) (Consejo de Estado, 1994) (Corte Suprema de Justicia, Radicación 9435 del 24 de abril de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez).

Así las cosas, la intermediación laboral en Colombia a través de las EST se adelanta de la siguiente manera: La EST tiene un vínculo contractual comercial con la empresa usuaria en el cual aquella se compromete a enviar trabajadores en misión (personas naturales) a esta. Esos trabajadores tienen un vínculo laboral con la EST, es decir, ella es su verdadera empleadora. Por último, el trabajador en misión presta sus servicios personales a favor de la empresa usuaria, quien ejerce la facultad de dependencia y subordinación –delegada por la EST- sobre él, sin que esta sea su verdadera empleadora.

La principal consecuencia práctica de la relación triangular descrita, consiste en que el trabajador presta sus servicios bajo el poder de dirección de la empresa usuaria, es decir, es dicha empresa quien ordena al trabajador las condiciones sobre el modo, tiempo o lugar de trabajo. (Pérez, 2012, pág. 122) (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Radicación nro. 9435, sentencia del 24 de abril de 1997 M.P. Francisco Escobar Henríquez, págs. 13 y 179 a 181). De otro lado, las labores que cumplen los trabajadores en misión se ejecutan en las dependencias de la empresa usuaria, con sus medios e instrumentos de trabajo. Estas condiciones son las que causan la confusión ya anticipada sobre las principales características definitorias del empleador en Colombia, pues la empresa usuaria no adquiere este título a pesar de ejercer las facultades descritas.

En este orden de ideas, el trabajador en misión, vinculado a la EST, lo hace a través de un contrato de trabajo y se hace acreedor de todas las prerrogativas laborales provenientes de dicha relación contractual¹⁵. Así las cosas, por regla general, es la EST en calidad de empleadora y no la empresa usuaria¹⁶, la obligada al pago de las acreencias de las que es titular un trabajador en Colombia frente a su empleador. Adicionalmente, la EST debe cumplir con los requisitos establecidos en la normativa para poder funcionar según su naturaleza, entre ellos, ser una persona jurídica, tener una autorización del Ministerio del Trabajo, estar registrada en Cámara de Comercio, constituir una póliza anual de seguro que garantice el pago de las acreencias laborales a favor de sus trabajadores, rendir estrictos informes a las autoridades del caso, entre otras obligaciones y deberes.

Cabe resaltar que el artículo 77 de la ley 50 de 1990, disposición reglamentada en el artículo 6° del Decreto 4369 de 2006, restringe los casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar con EST, a los siguientes:

- Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.
- Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

¹⁵ Especialmente en la empresa usuaria está cobijado bajo una regla que se deriva el principio de a “trabajo igual salario igual”, así como condiciones similares a su favor frente a la alimentación, recreación y transporte. Todo lo anterior de acuerdo al artículo 79 de la Ley 50 de 1990.

¹⁶ Excepcionalmente, el titular de las obligaciones podrá ser la empresa usuaria. Sobre las obligaciones frente al Sistema General de Seguridad Social Integral, la empresa usuaria podría ser responsable del pago de las cotizaciones a dicho sistema y de las demás consecuencias jurídicas y económicas, pero como obligado solidario y no como obligado principal, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 13 del Decreto 4369 de 2006 del Ministerio de Protección Social. Igualmente, la empresa usuaria y la EST pueden acordar que la primera será la titular de ciertas obligaciones referidas al programa de salud ocupacional, ya denominado Programa de Salud y Seguridad en el Trabajo de conformidad con el artículo 1° de la Ley 1562 de 2012 y el Decreto a través del Decreto 1443 de 2014, entre otras obligaciones contenidas en el Decreto 1530 de 1996.

- Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más. (Decreto 4369 de 2006)

De lo anterior se colige que, en el primer supuesto, de conformidad con el artículo 6° del CST, hay de por medio una limitación temporal, para la celebración de este tipo de contratos por cada servicio temporal, teniendo presente la naturaleza jurídica de este tipo de relación. En todo caso, frente a los supuestos segundo y tercero regulados por el Decreto, la limitación temporal se ceñirá a la duración del evento que genere el servicio, siempre que este no sea superior a seis meses prorrogables por otros seis.

Sobre el particular, se han suscitado discusiones sobre el alcance de la denominada temporalidad y los supuestos estudiados. Así, existe una postura respaldada por la Corte Constitucional que consiste en que el límite temporal aplica para la duración de las labores ejecutadas por los trabajadores (Corte Constitucional, 2001) (Corte Constitucional, 2005).

Sin embargo, para Pérez, el mismo trabajador en misión puede ejecutar “(...) *el mismo oficio* (...)”, en la misma empresa usuaria, desplegando diferentes servicios temporales, es decir, cubriendo distintos picos productivos, de ventas o servicios; diferentes incapacidades médicas o licencias, o desplegando labores ocasionales, transitorias y autónomas cada una. En últimas, para este autor, es lícito que la misma empresa usuaria tenga en su sede el mismo trabajador en misión, de la misma EST, cubriendo diferentes necesidades temporales del usuario (Pérez, 2012, pág. 109). En todo caso, dichos límites temporales aplican a las necesidades individualizadas de

servicios temporales requeridos por las empresas usuarias y no a los servicios del trabajador en misión en sí.

Sin embargo, de acuerdo con algunos pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, el límite se refiere a la prestación de los servicios por el trabajador en misión en una misma EST.

Esta interpretación debería analizarse conforme el cargo que en la realidad despliega el trabajador en misión, pues si el mismo se dedica a ejecutar labores similares a partir de cada orden de servicios, que comiencen a denotar una necesidad de ese trabajador en misión concreto por parte de la empresa usuaria, y por ende a tornar en una relación por la calidad de la persona, se desnaturalizaría el servicio prestado por la EST (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Radicado nro. 25717 del 22 de febrero de 2006, M.P. Carlos Isaac Nader, reiterada en la sentencia 24 de abril de 1997, radicación 9435 del 24 de abril de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez).

Ahora bien, en los supuestos segundo y tercero en los que se puede recurrir a una EST debe analizarse la pertinencia del concepto de *core business* y de actividad misional permanente para determinar su licitud. En este evento, es lícita la intermediación laboral, es decir, la tercerización laboral del *core business*, pues se da cuando la empresa usuaria requiera el reemplazo de uno de sus trabajadores por un ausentismo (licencia, vacaciones, incapacidad, etc.), por lo que los trabajadores en misión pueden ejecutar, y en varias ocasiones, de hecho ejecutan las labores más centrales del negocio de la empresa usuaria.

Por su parte, en el tercer supuesto es incuestionable que dichos picos productivos, de ventas o servicios, puedan estar estrictamente relacionados con el corazón del negocio de la

usuaria. Si no lo estuvieran, la permisión para esta última de contratar servicios de una EST no tendría el efecto útil de permitir la temporalidad para cubrir estos eventos.

Como se observa, la posibilidad de que una empresa usuaria se beneficie del trabajo humano de personas que no tienen un vínculo directo con ella y por cuyas acreencias laborales no responde patrimonialmente, es una situación que en Colombia está bastante restringida.

Por lo anterior, se considera razonable la conclusión de Pérez (2012, pág. 97) consistente en que en Colombia exclusivamente las EST están autorizadas para adelantar el envío de trabajadores en misión, por lo tanto, no cualquier sujeto puede ejecutar ésta práctica. En su lugar, es necesario que el sujeto que intermedie de esta manera en las relaciones laborales cumpla con todos los requisitos propios de las EST para su constitución y funcionamiento, pues de lo contrario, las relaciones entre las tres partes intervinientes no se regularían bajo la normativa que rige las EST.

La finalidad de las disposiciones citadas es restringir esta práctica a ciertos sujetos y bajo determinadas condiciones. Así lo enfatizó la Corte Constitucional en la sentencia C-330, que en sede de control abstracto de constitucionalidad se pronunció sobre las restricciones consagradas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las cuales deben extenderse a las demás condiciones de funcionamiento y constitución de las EST, así:

Para la Corte es claro que la finalidad de la norma es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes. Esa finalidad resulta evidente al examinar sus tres numerales (Corte Constitucional, 1995).

Igualmente, el Congreso de la República, en la exposición de motivos de la Ley 50 de 1990, sostuvo que: "El control de las agencias temporales de empleo es un tema clave para que la

reforma laboral cumpla el objetivo de mejorar la estabilidad de los trabajadores colombianos” (Corte Constitucional, 1995).

De acuerdo a los razonamientos citados, en Colombia las únicas entidades autorizadas para desplegar prácticas de intermediación laboral lícita, entendida como el envío de trabajadores en misión, son las EST, y dichas prácticas son catalogadas en el ordenamiento jurídico colombiano como de tercerización laboral. (Presidente de la República, 2016)

3.2 Pre-cooperativas y Cooperativas y de Trabajo Asociado

El nacimiento de estas figuras asociativas en Colombia tuvo lugar con la promulgación de la Ley 134 de 1931 que introdujo la Sociedad Cooperativa en el país, y fue en 1963 que con la expedición del Decreto 1598, surgió en Colombia la posibilidad de crear *cooperativas de producción y trabajo*. Sin embargo, la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990 fijaron el marco jurídico y regularon las actividades propias de éstas, siendo la Ley 79 la más importante pues las dotó de un marco para el beneficio social y desarrollo económico. Posteriormente, fueron reguladas por el Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008, la Ley 1429 de 2010, el Decreto 2025 de 2011, entre otros (Universidad del Externado, 2007).

Las PCTA y CTA han sido objeto de pronunciamiento también por la Organización Internacional del Trabajo en reiteradas ocasiones, resaltando que son un medio plenamente lícito de generación de ingresos y promoción del empleo. (Organización Internacional del Trabajo, 1966)

Como se anunció, el Decreto 4588 de 2006 define las Cooperativas y Precooperativas así:

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 este acápite solo se hará referencia a las Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, que son uno de los tipos de Cooperativas consagrados en Colombia, las cuales lícita o ilícitamente adelantan procesos de tercerización laboral.

De acuerdo con la normativa colombiana, en las PCTA y CTA, son los mismos asociados los gestores de la entidad, son ellos quienes crean sus propios estatutos y realizan el acuerdo cooperativo. Este acuerdo es el contrato que los asociados celebran con el objeto de crear y organizar una PCTA y CTA, el cual se caracteriza porque viene de la manifestación libre y voluntaria de quienes participan en su creación o que posteriormente se adhieren a él.

Los estatutos y el acuerdo deben contener, como mínimo, i) las regulaciones a las que serán sometidos los asociados en cuanto al régimen de trabajo y de compensaciones¹⁷, seguridad y previsión social, pues las relaciones de la PTA o CTA estarán reguladas por la normativa cooperativa, los estatutos y el acuerdo cooperativo; y ii) precisar la o las actividades socio-económicas principales que van a desarrollar con terceros, las cuales deberán ser conexas, complementarias o relacionadas con el objeto cooperativo. Esta especificidad permitirá establecer la relación con los propósitos de la organización así como el perfil laboral o profesional de los asociados (Pérez, 2012, pág. 234) (Corte Constitucional, 2011).

¹⁷ Compensación es lo que el trabajador asociado recibe por la labor desempeñada, la cual no tiene connotación salarial ni prestacional. Retribución económica que percibe el trabajador cooperado por su aporte de trabajo a las Cooperativas de Trabajo Asociado.

Debido a las ventajas que poseen las PCTA y CTA por pertenecer al sector solidario de la economía¹⁸ y los bajos costos en la prestación de servicios que ellas conllevan en comparación con otras modalidades de generación de empleo, es que se introdujeron en la realidad laboral colombiana, dando lugar a dos fenómenos ligados entre sí. De un lado, al crecimiento exponencial de las PCTA y CTA en Colombia desde el año 2002 (Confecoop, 2009, pág. 9) hasta aproximadamente el año 2012 (Confecoop, 2012, pág. 10) (Confecoop, 2014, pág. 3) cuando este tipo de entidades, así como sus asociados, comenzaron a decrecer. Y de otro, e íntimamente ligado a este decrecimiento, la emisión de normas jurídicas frente a sus actividades generadas en razón de las prácticas ilícitas y violatorias de los derechos de los trabajadores por parte del sector empresarial.

La estricta regulación de este tipo de entidades se justificó en la presencia de tres principales problemáticas relacionadas directamente con la tercerización laboral, como pasará a explicarse, considerando que esa regulación tiene consecuencias sobre los derechos individuales de los cooperados, -tales como la solidaridad por las acreencias a su favor a cargo del tercero que se beneficie de su trabajo humano-, e igualmente consecuencias a nivel administrativo (Artículos 15, 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006) (Corte Constitucional, 2010) (Corte Constitucional, 2011).

En primer lugar, en Colombia ha sucedido una desfiguración de las PCTA y CTA a través de la intermediación laboral realizada por éstas, la cual ha sido prohibida de manera expresa en la normativa, pues el sector empresarial evidenció en esta figura una manera de abaratar los costos inherentes a la relación laboral. Lo anterior, toda vez que por su naturaleza, estas

¹⁸ Lo anterior se traduce en la exención del pago de impuestos de renta, aportes parafiscales, y las acreencias derivadas del contrato de trabajo.

entidades no se encuentran sujetas al régimen laboral en cuanto a las relaciones con sus asociados, ya que los “trabajadores” son en realidad los aportantes de la cooperativa, en consonancia con el objeto de estas entidades determinado por la normativa, el cual es diferente del de las EST. (Pérez, 2012, pág. 254)

En segundo lugar, sucedieron constantes vulneraciones del derecho de asociación consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, a partir de dos prácticas usuales en el sector empresarial relacionadas con la tercerización laboral. De un lado, muchas veces las compañías les han exigido a las personas, para contratarlas, la afiliación a una PCTA y CTA, evidenciando que no hay libertad de asociación; y de otro lado, si bien en algunas circunstancias, la compañía contratante celebra contratos laborales con los trabajadores en un momento inicial, después de un tiempo les exige a estos que para continuar prestando sus servicios, que deben renunciar y afiliarse a una determinada PCTA y CTA, dando por terminado el contrato de trabajo y perdiendo así las garantías y beneficios que esta terminación trae consigo.

Se debe tener presente, ante todo, que estas entidades no tienen ánimo de lucro sino que, como lo asevera Pérez *“asocian personas naturales que se vinculan de forma voluntaria por el aporte directo de su capacidad de trabajo y contribuyen de manera económica como gestores de su propia empresa.”* (2012, pág. 231), y que esta libertad de vinculación es una de las características fundamentales de las PCTA y CTA.

Por último, la propiedad de los medios materiales con los que se ejecuta el objeto cooperativo, en principio, debe radicar en cabeza de las PCTA y CTA y esto es una condición enfática de las normas que regulan este asunto. Sin embargo, la permisón legal de que las PCTA y CTA sean también tenedoras o poseedoras de éstos, desvirtuó la democratización de los

medios, pues se impidió que los asociados llegaran a ser los dueños de su cooperativa. Esto bajo la premisa que si bien los medios materiales pueden representar el aporte en especie a la cooperativa, la titularidad de éstos en cabeza de una persona ajena a la PCTA y CTA supone, usualmente, que el rumbo de la entidad está sometido a su voluntad (Ministerio de la Protección Social y Superintendencia de la Economía Solidaria, 2004).

Ahora bien, en Colombia, existe una categoría especial de Cooperativas de Trabajo Asociado, que abarca las denominadas Cooperativas Especializadas “*que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social y cultural*” (artículo 62 de la ley 79 de 1988) y que presentan una diferencia fundamental en términos de funcionamiento frente a la contratación de servicios con terceros como se expondrá posteriormente. Entre ellas, se hará referencia únicamente a algunos tipos de Cooperativas especializadas, pues son ellas las que adelantan prácticas de tercerización laboral en los sectores de salud, seguridad y vigilancia, aseo y cafetería.

A pesar de las consideraciones expuestas sobre estas instituciones, las mismas no fueron catalogadas como una vía a partir de la cual se ejecute la tercerización laboral en Colombia conforme lo establece el Decreto 583 de 2016. Sin embargo, si se realiza una interpretación sistemática de las normas jurídicas citadas sobre las PCTA y CTA especializadas, así como de las demás disposiciones sobre la intermediación laboral ilegal, puede concluirse que estas instituciones sí intervienen en procesos de tercerización laboral. Tanto es así, que como se expondrá más adelante, las PCTA y CTA han sido objeto de multas impuestas por el Ministerio del Trabajo por incurrir en prácticas de intermediación laboral ilegal.

Dichas discusiones se analizarán a profundidad en el siguiente capítulo.

3.3 Contrato Sindical

Su origen en Colombia se remonta al año 1937, en razón a los movimientos promovidos por algunas organizaciones sindicales de trabajadores de la época. En el ámbito internacional, la OIT se ha ocupado de promover tratados como el Convenio 87 de 1948, que en sus artículos 10 y 11 establece que las organizaciones sindicales gozan de una especial protección. (Organización Internacional del Trabajo, 1948)

El contrato sindical supone la existencia de tres sujetos. De un lado, un sindicato¹⁹. De otro, los sindicalizados, personas naturales que no tienen una relación laboral con el sindicato, pues ellos simplemente se encuentran afiliados a una persona jurídica que representa sus intereses jurídico-políticos y que sirve como instrumento de generación de empleo, a cambio del cual los trabajadores sindicalizados reciben una compensación monetaria.

Por último, y como sujeto clave, se encuentra un empleador o sindicato de empleadores, quien se beneficia de los servicios como resultado final al que se obliga el sindicato, que este último cumple a partir del trabajo humano de los sindicalizados. Para ello, el sindicato y el empleador o sindicato de empleadores celebran un acto jurídico que se denomina contrato sindical, en el cual el sindicato se compromete a un resultado que cumplirá a través del trabajo humano de los sindicalizados y, a cambio de esto, el empresario beneficiario paga un precio a favor del sindicato (Pérez, 2012).

¹⁹ Conforme lo establece Pérez García, el tipo de sindicatos que celebra este tipo de contratos es el sindicato de gremio, es decir, un sindicato que agrupa sujetos que no necesariamente tienen un vínculo laboral de acuerdo al literal c) del artículo 40 de la Ley 50 de 1990, el cual modificó el CST en su artículo 356. Sin embargo, en la normativa colombiana no está tal restricción establecida expresamente, por lo que otro tipo de sindicato podría ser parte en la modalidad de contrato referida, al margen de las dificultades prácticas que implica el que un trabajador sindicalizado, que se comprometa a prestar sus servicios, también esté prestando sus servicios a una persona en virtud de una relación laboral.

Esta institución se encuentra regulada en Colombia en el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, pero fue con la expedición del Decreto 1429 de 2010 en el que se estableció como una institución jurídica de derecho colectivo a través de la cual, los sindicatos pueden participar en la promoción del trabajo colectivo.

Conforme lo ha aseverado Pérez García, esta institución se define como un:

(...) acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo-laboral, tiene las características de un contrato solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo. (Pérez, 2012, pág. 191)

En la actualidad, las disposiciones citadas consagran que este contrato se rige únicamente por las normas sobre duración, revisión y extinción que regulan el contrato individual de trabajo. (Rojas, 2011)

La definición citada evidencia una de las características principales de este tipo de contratos, la cual consiste en tener como fin la prestación de un verdadero *outsourcing*, donde hay una relación consistente en un contrato celebrado por uno o varios sindicatos con uno o varios empleadores, para la prestación de un servicio, y donde predomina la autonomía jurídica, propia de un contrato civil (Pérez, 2012, pág. 192). Es decir, los sindicalizados no están sometidos a ninguna facultad de subordinación ni dependencia ejercida por el empresario beneficiario, pues tal es la principal manifestación de la autonomía a la que se hace referencia. Lo anterior a pesar que la legislación laboral asimila el sindicato a un empleador, sin serlo (Corte Constitucional, 2011) (Consejo de Estado, 2015).

Contraria a la posición de Pérez García, teniendo presente las consideraciones en el capítulo primero de este escrito sobre el alcance de la tercerización laboral, la Corte Constitucional, en la sentencia T-457 de 2011, aseveró que el contrato sindical y su reglamentación, entre otras finalidades:

(...) busca mitigar el fenómeno de la tercerización reinante en Colombia, evitando de tal forma la deslaborización de la relación de trabajo o que el empleador acuda a otras formas de contratación como cooperativas, outsourcing o contratos de prestación de servicios, para solucionar determinadas necesidades del servicio. Entonces, podemos afirmar que dicho contrato que se encuentra en pleno auge, marca una pauta de transición hacia una contratación directa de los trabajadores por las empresas, y más aún, propende por garantizar a los afiliados partícipes las mínimas condiciones en materia de seguridad social. (Corte Constitucional, 2011)

Es decir, para la Corporación Constitucional, el contrato sindical no es una institución jurídica que implique prácticas de tercerización laboral u *outsourcing*. Sin embargo, la estructura del contrato sindical sí se acomoda a la definición adoptada de tercerización laboral, por lo que debería concluirse que esta sí es una forma a partir de la cual se adelanta dicha práctica, conforme los postulados doctrinales precitados, y el inciso segundo del numeral 4 del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto 583 de 2016 en el que se consagra que el sindicato que suscribe un contrato sindical tiene la categoría de parte en los procesos en mención.

Sobre la relación que media entre el sindicato y el sindicalizado, la Corte Constitucional se pronunció al respecto en los siguientes términos:

¿Los afiliados partícipes que están bajo la modalidad del contrato sindical tienen un contrato de trabajo con la organización sindical? La respuesta es no, porque no existe el elemento esencial de la subordinación propio del contrato de trabajo. El afiliado partícipe durante la ejecución del contrato sindical compone el sindicato y se encuentra en un plano de igualdad con éste frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato, al punto que recibe compensaciones y son sujetos de ciertas deducciones, las cuales para todos sus efectos se asimilan al concepto de salario, de acuerdo con lo definido en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical. (Corte Constitucional, 2011) (Ministerio del Trabajo, 2015)

3.4 El contratista independiente

La figura del contratista independiente, se reguló inicialmente en Colombia con la expedición del Decreto 2127 de 1945 en el que se establecieron con claridad las características esenciales de esta, definiéndola como la calidad que obtiene un sujeto en virtud de la contratación para la ejecución de una o varias obras en beneficio de un tercero ajeno, a cambio de un precio determinado. Lo anterior, teniendo presente que esas obras deben ser realizadas por el contratista con sus propios medios e independencia técnica, administrativa y financiera. Actualmente, el contratista independiente se encuentra regulado en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 3° del Decreto 2531 de 1965, conservando sus características distintivas, principalmente, su carácter de verdadero empleador (Pérez, 2012, pág. 210).

Para que se configure esta institución jurídica es necesario que el contratista tenga verdaderamente la calidad de independiente, lo cual se manifiesta en cuatro aspectos fundamentales: i) La asunción por su parte de todos los riesgos que conlleva la obra; ii) Que este tenga la libertad para nombrar, manejar y remover el personal del que se va a valer en la ejecución de la misma; iii) Que goce de plena autonomía técnica al ejecutar la obra; y iv) Que los medios e instrumentos de trabajo sean del contratista independiente y no del beneficiario de la obra.

En estas relaciones se evidencia una estructura particular en la que existen como mínimo tres sujetos: de un lado el contratista independiente, de otro sus trabajadores, y por último, un beneficiario o dueño de la obra. Entre el contratista independiente y el beneficiario, media un

contrato de naturaleza civil o mercantil que tiene como finalidad la prestación de un servicio a cambio de un precio determinado o determinable. Así, el contratista independiente se obliga a proveer un resultado final al contratante-beneficiario.

Por su parte, entre el contratista y sus trabajadores se entreteje una relación de carácter laboral, si es que se cumple con los requisitos para que ella surja, en tanto sus trabajadores prestan sus servicios personales en condiciones de subordinación y dependencia a cambio de un salario.

Por último entre el beneficiario y el trabajador del contratista, en un principio no media relación alguna, ni siquiera de origen laboral, sino que el trabajo humano que proveen estos trabajadores implica el cumplimiento del resultado al que su empleador (el contratista independiente) se obligó frente al beneficiario de la obra. (Román & García, 2013, pág. 76 y 77) (Corte Suprema de Justicia, SL12234-2014 Radicación N° 40058 del 10 de septiembre de 2014 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, pág. 11).

Ahora bien, el artículo que consagra esta figura establece la responsabilidad solidaria a cargo del beneficiario de la obra por los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que debe pagarle el contratista independiente a sus trabajadores, cuando las actividades contratadas y ejecutadas constituyen labores propias y normales del beneficiario, sin perjuicio de que este último no esté calificado como empleador bajo las disposiciones laborales colombianas²⁰. (CSJ SL del 8 de mayo de 1961, gaceta judicial 2240, pág. 1032; SL-4400 del 26 de marzo de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; SL-695 del 2 de octubre de 2013, M.P. Rigoberto

²⁰ La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la carga probatoria del trabajador que inicia una acción en contra del beneficiario o dueño de la obra es la siguiente: i) su contrato de trabajo con el contratista independiente; ii) el de obra entre este último y el beneficiario; iii) la relación de causalidad entre esos dos contratos. El elemento sobre el giro ordinario de los negocios se encuentra precisamente en este último ítem.

Echeverry Bueno; SL-485 del 24 de julio de 2013, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, entre otras.)

Como se anunció, en la relación descrita interactúan por lo menos tres sujetos en la medida en la que el numeral 2 del artículo 34 del CST consagra la figura del subcontratista, es decir, de uno o infinitos sujetos adicionales a esos tres, que el contratista independiente subcontrata para cumplir con el resultado al que se obliga frente al beneficiario o dueño de la obra. A su vez, esos subcontratistas podrían tener trabajadores, y el beneficiario de la obra respondería solidariamente por las acreencias laborales a su favor cuando esos trabajadores ejecuten actividades propias de su giro ordinario de los negocios²¹.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, replicada por las decisiones de la Corte Constitucional, la finalidad de esta norma que impone la solidaridad, es:

(...) que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, **no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales.** Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.

Quiere ello decir **que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad,** empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, **en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.** (Negrillas propias) (Sentencia Rad. 35864 del 1 de marzo de 2011 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Sentencia Rad. 14038 del 26 de septiembre de 2010) (Citada en la sentencia de la Corte Constitucional C-593 de 2014 en el numeral

²¹ Para ello, la jurisprudencia ha establecido que la carga del trabajador es probar todos los contratos de prestación de servicios, es decir, el celebrado entre el beneficiario de la obra y el contratista, así como los que se hubieren celebrado entre el contratista independiente y sus subcontratistas. Adicionalmente deberá probar los demás elementos ya enunciados.

3.6.1) (Corte Suprema de Justicia, SL12234-2014 Radicación N° 40058 del 10 de septiembre de 2014 M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, pág. 10) (Sentencia: SL4400-2014 Radicación n° 39000 del 26 de marzo de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, pág. 23, citando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicado nro. 988 del 10 de octubre de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez) (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Radicación nro. 30997 del 17 de junio de 2008, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, págs. 13 y 14).

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la debilidad patrimonial del contratista independiente, comparado con la del beneficiario o dueño de la obra es usualmente mayor, por lo que en definitiva se justifica imponer una obligación solidaria en cabeza del beneficiario o dueño de la obra. (Sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, Radicación 14038 y en la sentencia de Radicación No. 40135 del 24 de agosto de 2011, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, pág. 47)

Conforme lo anterior, cuando se trate de labores ajenas a las actividades propias y normales del contratista independiente, el beneficiario se exonerará de dicha responsabilidad solidaria y los trabajadores no tendrán acción alguna en su contra. Por su parte, en caso de que el pago de las acreencias laborales haya sido efectuado de conformidad con la normativa por el contratista independiente, el beneficiario o dueño de la obra tampoco tendría por qué responder, pues la obligación estaría satisfecha (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 10 de septiembre de 1997, radicado nro. 9881).

De acuerdo con Pérez García, la figura del contratista independiente “(...) *evoluciona hacia el outsourcing*” por lo que según el autor, esta es una de las modalidades principales a partir de las cuales se adelantan estas prácticas de tercerización laboral (Pérez, 2012, pág. 21 y 109). Esta aseveración de la doctrina se hizo manifiesta en los numerales 1 y 4 del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto 583. (Presidencia de la República de Colombia, 2016)

De la mano de lo anterior, el contratista independiente, en definitiva, es distinto de las EST, porque a pesar de que ambos son sujetos que intervienen en procesos de tercerización laboral, las EST adelantan una práctica especial, una especie de tercerización, denominada intermediación laboral. En cambio a través del contratista independiente, no se envían trabajadores en misión a prestar servicios, sino que aquel se encarga de proveer un resultado. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Radicación N° 70001-22-14-000-2015-00180-01, Sentencia de tutela del 3 de septiembre de 2015, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez y SL16350-2014 de 29 de octubre de 2014) (Pérez, 2012, pág. 40 a 44; 214 a 217)

Adicionalmente, en términos de aplicación del principio de igualdad, los trabajadores del contratista independiente no son beneficiarios por mandato legal de ciertas prerrogativas como con las que cuentan, por ejemplo, los trabajadores en misión que se vinculan a las empresas a través de las EST, a quienes como se mencionó anteriormente, la normativa les exige el pago de un salario ordinario el cual es equivalente al de los trabajadores que desempeñan la misma actividad en la empresa, respaldado además con la constitución de una póliza a nombre de ellos.

3.5 Simple Intermediario

Esta figura está consagrada en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual puede configurarse a partir de dos modalidades, como se expresó en capítulos anteriores.

De acuerdo a lo planteado, la segunda modalidad del simple intermediario se configura cuando una persona contrata trabajadores para que presten servicios en beneficio de un tercero, pero cuya función (la del simple intermediario) no se agota en el contacto entre las partes sino que, además, coordina las actividades de los trabajadores, encontrando incluso casos donde las

actividades se realizan en la misma locación del tercero²², apareciendo como un contratista independiente²³ o representante del empleador. Esa relación entre el simple intermediario y el empresario no es de índole laboral. (Pérez, 2012, pág. 24 y 25)

A pesar de la apariencia de contratista independiente que han reconocido la jurisprudencia y la doctrina, a diferencia de la relación que se genera entre aquel y sus trabajadores, en el caso del simple intermediario, este no tiene la calidad de empleador respecto a los trabajadores del empresario. Además, los trabajadores desempeñan sus funciones con los medios que pone el verdadero empleador, y, es este último quien ejerce la dirección y subordinación sobre los trabajadores, es decir, no existe autonomía técnica, financiera ni administrativa del simple intermediario frente al empresario. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL868-2013, radicación N° 56580, del 13 de noviembre de 2013, citando a la del 27 de octubre de 1999, radicación 12187, de esa misma corporación). (Pérez, 2012, pág. 25)

Así pues, el simple intermediario será solidariamente responsable de las acreencias laborales cuando no cumpla su obligación de notificar expresamente su calidad y anuncie quién es el verdadero empleador (Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicado nro. 34204 del 10 de agosto de 2010, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez).

Por última, al tener como base el hecho de que los trabajadores presten sus servicios con los medios del empleador y ejecuten labores propias o conexas al objeto de este, se podría concluir que el intermediario en estos casos tiene la calidad de representante del empleador, de acuerdo con el literal 2) del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1° del Decreto 2351 de 1965. Conforme lo establecen estas normas, este simple

²² En este caso, la actividad a desarrollar corresponde a una propia o conexas con el giro ordinario de los negocios.

²³ No es un verdadero contratista independiente, no es autónomo e independiente.

intermediario apenas tiene la apariencia de contratista independiente y el empresario se constituye como el verdadero empleador (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 12187 del 27 de octubre de 1999 M.P. José Roberto Herrera Vergara) (Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL868-2013, radicado 56580 del 13 de noviembre de 2013, M.P. Gustavo Hernando López Algarra, págs. 12 y ss).

Como se anticipó en capítulos anteriores, el simple intermediario bajo su segunda modalidad y las EST, son instituciones jurídicas distintas siempre que ejecuten sus funciones dentro de los límites normativos. El simple intermediario, quien valga la redundancia, intermedia en la relación laboral, no es empleador de los trabajadores, y la EST sí lo es.

El simple intermediario no está obligado originalmente a ninguna acreencia laboral a favor de los trabajadores mencionados, pues su responsabilidad es en calidad de obligado solidario. En cambio la EST sí está obligada por tener la calidad de empleador. En últimas, estas dos instituciones tienen en común que ambas coordinan trabajadores para la prestación de servicios a favor de terceros, en sus instalaciones y con sus propios medios.

La calificación de las labores del simple intermediario, dentro de la tercerización laboral, se hizo en concordancia con lo establecido en los numerales 2 y 4 del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 583 de 2016. Esto sin perjuicio de las consideraciones sobre el particular en el primer capítulo del presente escrito. (Presidente de la República, 2016).

3.6 Empresa Asociativa de Trabajo

Esta entidad ha sido calificada en principio como perteneciente al sector solidario de la economía, pero a raíz de la emisión de normas jurídicas que consagran la aplicación del derecho mercantil a estas entidades, en relación a sus asociados y a la empresa, se han generado discusiones sobre su ánimo de lucro y su pertenencia a dicho sector solidario (Pérez, 2012, pág. 260 y 261).

En Colombia este tipo de entidades surgieron con la expedición de la ley 10 de 1991 y posteriormente reglamentada a través del Decreto 1100 de 1992. La institución está regulada como una empresa asociativa, donde los asociados tienen una relación comercial con la empresa y estos realizan aportes en virtud de los cuales adquieren la condición de dueños de la parte que les corresponde proporcionalmente y que además, reciben utilidades conforme a la participación en el crecimiento de la empresa. Así, los aportes entregados por los asociados no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo.

La Ley 10 establece ciertas restricciones para su objeto social, que puede consistir exclusivamente en alguna de las dos actividades a mencionar. De un lado, en la producción, comercialización y distribución de bienes, pero con un límite consistente en que estos bienes deben ser catalogados como básicos de consumo familiar; o de otro lado, en la prestación de servicios, según el alcance del tipo de empresa. De la mano de lo anterior, esta actividad también está limitada toda vez que el artículo 1° del decreto en mención consagra que los servicios solo pueden estar enfocados en satisfacer necesidades de personas o miembros de la asociación y del entorno que los rodea. Así pues, el objeto económico de la empresa asociativa debe ser específico, claro y preciso, cuya explotación debe ceñirse a alguna de las dos actividades mencionadas.

Esta institución jurídica ha caído en desuso, al igual que las Cooperativas de Trabajo Asociado, a partir de la eliminación de ciertos beneficios fiscales establecidos hasta el año 2006 para las mismas (Pérez, 2012, pág. 267).

4. Regulación y vacíos normativos frente a la tercerización laboral en Colombia: aproximaciones desde las instituciones jurídicas estudiadas

Frente a la licitud de la tercerización laboral en Colombia, hasta hace poco no existía una norma jurídica que la prohibiera de manera genérica, inequívoca y clara. Sin embargo, a partir de la expedición del Decreto 583 de 2016 se estableció de manera expresa que existe una categoría de tercerización que puede ser catalogada como ilegal. Al margen de la expedición de esta norma jurídica y como se verá más adelante, su incorporación al ordenamiento colombiano no trajo consigo un grado considerable de seguridad jurídica y de solución de las falencias que serán ahondadas más adelante.

Como se verá, existen ciertas prácticas de tercerización laboral que podrían catalogarse como ilícitas en virtud de la aplicación directa del Código Sustantivo del Trabajo²⁴, concretamente, de aquellas disposiciones que definen la relación laboral, a los sujetos que tienen la calidad de trabajadores y empleadores.

Igualmente, otros supuestos serán ilícitos por expresa disposición jurídica considerando la finalidad y espíritu de esa normativa, así como los elementos indicativos establecidos en el artículo 2.2.3.2.3. del Decreto 583 de 2016, los cuales son apenas elementos orientadores que no implican per se la calificación de esas prácticas como ilícitas y sancionables.

²⁴ Artículos 22 a 24 del Código Sustantivo del Trabajo y Sentencia C-665 de 1998 de la Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Por último, en ciertos eventos arribar a la conclusión de que una práctica de tercerización laboral es ilegal requerirá de esfuerzos argumentativos mayores, teniendo presente la falta de claridad sobre los criterios para concluir dicha ilicitud y adicionalmente la consideración previa frente a los elementos indicativos planteados en Decreto 583.

4.1. Las disposiciones que regulan la relación laboral, su caracterización constitucional y de orden público

Sobre la aplicación de las disposiciones que definen y regulan la relación laboral, puede decirse que ésta tiene un soporte Constitucional desde la protección al trabajo y a los derechos de los trabajadores consagrados en ésta, así como en convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

De esta manera lo ha considerado la Corte Constitucional, en análisis abstracto de constitucionalidad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo: *“Así mismo, es acorde con la jurisprudencia de la Corporación que ha considerado que **los procesos de tercerización son ajustados a la Norma Superior, siempre y cuando no se utilicen como herramientas para disfrazar una verdadera relación laboral**”* (Negrilla propia) (Corte Constitucional, 2014, pág. 57).

Las normas que delimitan el ámbito de aplicación de las relaciones laborales están caracterizadas por ser de orden público, justamente por su protección constitucional, lo que tiene como consecuencia que cualquier relación de hecho en la que se constaten los elementos mínimos que configuran este tipo de relaciones, está determinada a regirse por esas disposiciones, dejando a un lado cualquier formalidad y dándole prevalencia a lo que en realidad

sucede en ella (Corte Constitucional, 2006). La Corte Constitucional ha reiterado lo anterior en varias de sus decisiones, así:

(...) en la Sentencia C-614 de 2009 la Corte admitió que el legislador “no está obligado a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa.” Sin embargo, dijo la misma providencia, que esta libertad de configuración se encuentra limitada por las garantías mínimas de especial protección a la relación laboral consagradas en la Constitución Política. (Corte Constitucional, 2014)

Sin embargo, no en todas las relaciones bajo las cuales se generan la prestación de un servicio o la producción de un bien, están presentes esos elementos de ilicitud, y es por ello que se hace necesario indagar por las situaciones particulares en cada caso, de manera que sea posible concluir con elementos objetivos y previamente regulados, que la práctica de tercerización laboral bajo estudio en un caso concreto, debe considerarse como ilícita.

Con esta premisa, se aplicarían de una manera sensata los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, y de otras entidades como el Ministerio de Protección Social (2011) o la Procuraduría General de la Nación (2013), para concluir de manera razonada si se están vulnerando derechos laborales de cualquier rango a los trabajadores.

Con base en estas consideraciones, debe cuestionarse la competencia radicada en el Ministerio del Trabajo para declarar la existencia de relaciones laborales, pues como se analizará más adelante, algunos de los eventos en los que se podría configurar una tercerización o intermediación laboral ilícita, se dan cuando sucede una vulneración de los derechos laborales de los trabajadores, de los cuales únicamente son titulares en la medida en la que haya mediado un acuerdo de voluntades entre un empleador y un trabajador, o en su defecto, que exista una decisión judicial en firme que así lo haya declarado.

La consecuencia de que se constaten esos elementos mínimos que configuran la relación laboral, consistirá en que se declare que una persona está escondiendo de manera fraudulenta su calidad de empleador, y que posiblemente la otra lo está permitiendo. Por ende, ambas deberían y de hecho han sido objeto de procedimientos administrativos sancionatorios a cargo del Ministerio del Trabajo por incumplir disposiciones que expresamente están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo y en la Constitución Política de Colombia.

Considerando lo anterior, la calificación de las relaciones que se enmarcan bajo esos supuestos de hecho como ilícitas, es válida en la medida que se tenga absoluta certeza de que la persona que se está beneficiando de la práctica, en la realidad, ostenta la calidad de empleador. Así, esta ilicitud podría concluirse teniendo presente que este último sujeto, a pesar de no aparecer formalmente como tal, es el verdadero empleador, por varios motivos.

En primer lugar, ejerce subordinación sobre los trabajadores, ya que estos ejecutan sus funciones en un marco de dependencia respecto de quien se beneficia de las mismas. De otro lado, los servicios se prestan con los medios de producción que son de propiedad del mismo sujeto en cuestión, y que sirven de base para la prestación de los servicios. Así mismo, es él quien asume todos los riesgos en el marco de las relaciones con los terceros. Por último, esos trabajadores podrían cumplir funciones que se cataloguen como actividades misionales permanentes.

Las anteriores razones, conllevan a la aplicación de las normas que rigen las relaciones laborales y que confieren la calidad de empleador a quien se beneficia en últimas de este tipo de

prácticas, sin perjuicio que algunas de ellas sean discutibles como indicios de ese tipo de relación.²⁵

La protección a la que se hace referencia ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C-614 (2009), en la que recalcó lo siguiente:

De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo.

(...)

Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo.

En esos mismos términos, la Sala Plena reiteró lo siguiente en la providencia precitada:

Es pertinente resaltar que en la mencionada sentencia de constitucionalidad, al abordar los límites (sic) los fenómenos de tercerización, se depositó en los jueces y en las autoridades administrativas de control, la responsabilidad de exigir la protección de los derechos laborales. (Corte Constitucional, 2009, pág. 33 y 34)

Y en la misma línea, la Organización Internacional del Trabajo a partir de la recomendación 198 de 2006 establece una serie de disposiciones con la finalidad de evitar el encubrimiento de relaciones laborales a partir de “(...) *otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica (...)*” (Organización Internacional del Trabajo, 2006).

²⁵ Uno de los pocos eventos en los que se constata la presencia de estos elementos, puntualmente el ejercicio de un poder de subordinación y dependencia que no implica ostentar la calidad de empleador es el de la empresa usuaria en su relación con los trabajadores en misión enviados por la EST. Por expreso mandato legal, la empresa usuaria en este evento no tiene la calidad de empleador.

En consecuencia, debe concluirse que en Colombia no todas las prácticas de tercerización laboral son ilícitas, por lo que algunas de ellas se ajustan al ordenamiento jurídico según lo descrito en capítulos anteriores. Siempre y cuando el ejercicio de ciertas actividades se adecúe a los criterios que se expondrán, es posible que la práctica sea lícita. Desde el año 2010, en Colombia se incluyó el criterio de la ejecución de actividades misionales permanentes como determinante para la licitud de la tercerización laboral, en el entendido de que las personas que ejecutan este tipo de actividades deben estar vinculadas directamente a quien se beneficia de sus servicios y por medio de una relación laboral.

Este criterio ha sido definido por la doctrina como un elemento objetivo para calificar la licitud de la tercerización laboral. (Ermidia & Colotuzzo, 2009, pág. 21 a 29)

Consecuente con ello, del mandato contenido en la Ley 1429 de 2010 sobre la obligatoriedad de vincular bajo esa modalidad al personal que va a ejecutar actividades misionales permanentes, puede concluirse que incumplir con ese mandato implica, en la mayoría de casos, la vulneración de los derechos laborales legales y constitucionales de esas personas que prestan sus servicios, pues en últimas, quien se beneficia de los mismos en realidad lo requiere para el cumplimiento de actos absolutamente esenciales a su actividad económica, que además requiere permanentemente.

Así las cosas, el Decreto 583 en su artículo 2.2.3.2.4. confiere competencia al Ministerio del Trabajo para que sus servidores adviertan de la presencia de elementos propios de la relación de trabajo en las prácticas de tercerización laboral en sus decisiones, sin que esto implique la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias.

Sin perjuicio de ello, habrán ciertos eventos en los que podría constatarse que en una relación, a pesar de estar inmersa la ejecución de actividades misionales permanentes, en la realidad lo que exista es una relación distinta a la regulado por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, por llevarse a cabo bajo condiciones de independencia y alejada de toda subordinación.

4.2 Análisis de cada institución jurídica

La diversidad de instituciones descritas en los capítulos anteriores, a través de las cuales se adelanta la tercerización laboral, y las relaciones tan particulares en cada una de ellas, requieren un razonamiento en cada caso y no una calificación de ilicitud *a priori*. Aunado a lo anterior, las disposiciones precitadas que le han conferido relevancia a que las actividades objeto de tercerización sean misionales permanentes, deben interpretarse armónicamente con aquellas que definen la calidad de empleador y de trabajador, que otorgan protección jurídica a las relaciones propiamente laborales. Lo anterior, pues el concepto en mención es fundamental a la hora de determinar la ilicitud de dicha práctica según las disposiciones legales y reglamentarias, así como la postura del Ministerio del Trabajo.

Conforme se explicó, en Colombia, hasta la expedición del Decreto 583 de 2016, no se habían emitido disposiciones que tuvieran un efecto claro y unívoco en el sentido de proveer de competencia al Ministerio del Trabajo para iniciar procedimientos administrativos sancionatorios en contra de los sujetos que intervinieran en las prácticas mencionadas. A pesar de ello, dicho Decreto confiere de esa competencia a la autoridad en cuestión, pero en el ordenamiento jurídico

colombiano no están consagradas normas que las consideren ilícitas incondicionalmente, ni mucho menos unos criterios plenamente definidos para concluir su ilicitud.

En este sentido, se procederán a estudiar las disposiciones que califican propiamente como ilícitas las prácticas de tercerización laboral.

4.2.1. Intermediación laboral lícita e ilícita

Conforme se explicó, las EST son las únicas entidades en Colombia a las que les es permitido enviar trabajadores en misión, es decir, adelantar prácticas de intermediación laboral legal, pues cuentan con una autorización exclusiva y específica para realizarla lícitamente. Lo anterior se deriva de lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2025 de 2011 y en el Decreto 4369 de 2006.

A pesar de sus beneficios, como lo ha reiterado Pérez (2012), es una realidad que bajo las EST se han transgredido los derechos de los trabajadores, pues la contratación de personal fuera de los límites establecidos en la normativa tiene como consecuencia la configuración de una verdadera relación laboral. Esto, ya que en dichos eventos, la EST se torna en un simple intermediario en los términos del numeral 2) del artículo 35 y el artículo 32 del Código Laboral, quien es un representante del verdadero empleador, que es la empresa usuaria. (Pérez, 2012, pág. 150 y 151) (CSJ SL Radicado 25717 del 22 de febrero de 2006, M.P. Carlos Isaac Nader, reiterada en la sentencia 24 de abril de 1997, radicación 9435 del 24 de abril de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez). Esta es una aplicación directa de las disposiciones constitucionales y legales que delimitan y protegen las relaciones de trabajo, como se aseveró previamente.

Esos abusos se clasifican como ilegales porque la autorización de intermediación laboral para estas entidades no es absoluta, teniendo presente que, tanto las EST como las empresas usuarias están regidas por un marco jurídico estricto dentro del cual se puede ejercer esta práctica (Sentencia radicación 9435 del 24 de abril de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez, título “la responsabilidad del usuario”).

El cuestionamiento es entonces, ¿con qué sujetos y en qué eventos se incurre en intermediación laboral ilegal? Para resolverlo es menester tener presente que, como lo ha aseverado Pérez García, si se permitiera a otras entidades adelantar prácticas de intermediación laboral, no tendría sentido la regulación que se expuso en el capítulo anterior sobre las relaciones entre los sujetos que intervienen en ella, pues se retornaría a las constantes vulneraciones arbitrarias de los derechos de los trabajadores a través de prácticas de intermediación laboral por instituciones diferentes a las EST. Abusos que justamente intentaron evitarse con la regulación de esta práctica en Colombia. (Pérez, 2012, pág. 90)

Como soporte de esta afirmación, los numerales 1° y 2° del artículo 20 del Decreto 4369 de 2006 establecen expresamente que habrá lugar a sanciones impuestas por el Ministerio de Protección Social (hoy de Trabajo), en los siguientes eventos:

1. Cuando cualquier persona natural o jurídica realice actividades propias de las Empresas de Servicios Temporales, sin la correspondiente autorización de funcionamiento.
2. Cuando se contraten servicios para el suministro de trabajadores en misión con Empresas no autorizadas para desarrollar esta actividad, caso en el cual, la multa se impondrá por cada uno de los contratos suscritos irregularmente.

Y en ese mismo sentido, las disposiciones contenidas en los artículos 10° y el numeral 1° del artículo 19 del Decreto precitado, hacen referencia a que:

No podrán ejercer la actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales, aquellas que tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; las que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de Protección Social para el desempeño de esa labor (...) tampoco la podrán realizar las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

Consecuente con las afirmaciones anteriores, los artículos 1° y 2° del decreto 2025 de 2011 zanjaron toda discusión sobre permisión exclusivamente dirigida a las Empresas de Servicios Temporales de ejercer intermediación laboral en Colombia y la consecuente prohibición a las demás instituciones de incursionar en estas prácticas.

La regulación de las EST contiene un aspecto fundamental ya mencionado para determinar la licitud de la intermediación laboral, que como se mencionó, supone un marco que limita su ejercicio, y son los eventos en los que una empresa usuaria puede recibir trabajadores en misión, considerando la temporalidad del servicio mismo.

Considerando lo anterior, los siguientes son los supuestos en los cuales los sujetos que intervienen en estas prácticas podrían ser objeto de sanciones por parte de Ministerio del Trabajo por indebida intermediación laboral, pues así está consagrado explícitamente:

De un lado, cuando la empresa usuaria acude a la contratación por medio de empresas de servicios temporales sin que se cumpla con los requisitos de contratación, es decir, los picos productivos o de ventas, el reemplazo de personal ausente y la ejecución de labores establecidas en el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo. En este evento, tanto la EST como la empresa usuaria estarían cometiendo un ilícito.

Igualmente, la intermediación laboral que adelanten sujetos que no estén debidamente constituidos como una EST o sin permiso del Ministerio del Trabajo, es contraria al

ordenamiento jurídico colombiano, pues como se aseveró, el envío de trabajadores en misión es una actividad restringida para las EST debidamente constituidas y autorizadas.

Es posible que a partir de otras situaciones se configuren usos abusivos de las EST, como por ejemplo si los contratos laborales entre la EST y sus trabajadores en misión se extralimitan en tiempo, funciones, tareas u objetivos, frente al contrato comercial celebrado entre la usuaria y la EST. Sin perjuicio de lo anterior, este tipo de supuestos no están consagrados expresamente como constitutivos de intermediación laboral ilegal. Por ello, la competencia de la autoridad del trabajo para declarar la existencia de una intermediación laboral ilegal e imponer sanciones a las personas intervinientes en este tipo de sucesos es bastante dudosa.

4.2.2 Pre-cooperativas, Cooperativas de Trabajo Asociado y Empresas Asociativas de Trabajo en la intermediación laboral

Por la crisis evidenciada en el capítulo anterior, se hizo estrictamente necesaria una prohibición expresa para estas entidades frente al ejercicio de la intermediación laboral. Así, a partir de la emisión del Decreto 4369 de 2006, en su artículo 10 se prohibió especialmente a las Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado ejercer prácticas de intermediación laboral y, algunos días después, fue emitido el Decreto 4588 de 2006, que reiteró esta prohibición en su artículo 17.

Posteriormente, el Congreso de la República promulgó la Ley 1233 de 2008, que en los numerales 1º y 3º de su artículo 7º replicaron esa prohibición. En ese mismo sentido, en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 el legislador colombiano prescribió:

Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

(...)

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave. (Negrilla propia)

Es esta la disposición legal que consagra expresamente la competencia del Ministerio del Trabajo para sancionar a los sujetos que intervienen en las prácticas descritas, tanto a los beneficiarios de la intermediación laboral como a las CPTA y PTA que intervienen en dichas prácticas. Adicionalmente, en esta norma se hace referencia explícita al concepto de actividad misional permanente como determinante de la licitud o ilicitud de las mismas.

De acuerdo a lo concluido en los capítulos anteriores, las PCTA y CTA especializadas están autorizadas para celebrar contratos con terceros, con la finalidad de que estas entidades se obliguen a la prestación de un servicio final a favor de ese tercero beneficiario. En este evento, técnicamente las personas naturales que tienen la calidad de cooperados no pierden esa calidad, ni tampoco son enviados en misión a prestar sus servicios a favor del beneficiario, pues fue la Cooperativa la que se comprometió a proveer un resultado y no a enviar a su cooperados a prestar sus servicios subordinados a favor del beneficiario.

Es decir, es lícito que un sujeto tercerice parte de su proceso productivo en una PCTA o CTA especializada y únicamente en las áreas de la economía que son la vigilancia y seguridad,

aseo, cafetería y salud. Sin embargo, teniendo presente la calidad de cooperados de sus miembros y la prohibición expresa a las PCTA y CTA de intermediación laboral, exclusivamente los asociados pueden prestar sus servicios en la institución que se beneficia de los mismos, los cuales están expresamente autorizados. Pero esta última no está facultada para ejercer ninguna potestad derivada de la subordinación y dependencia que ejerce un empleador sobre sus trabajadores. Se hace referencia a las facultades de subordinación, disciplinarias, o sancionatorias, pues si el sujeto que se beneficia de esas prácticas procede de esa manera está recibiendo servicios de trabajadores en misión, y esta práctica es considerada ilícita en Colombia para las PCTA y CTA. (Superintendencia Nacional de Salud, 2012, pág. 7 y 8)

Las PCTA y CTA desarrollan una práctica similar a las de las EST, pues los asociados se desplazan y prestan sus servicios en la entidad contratante. Sin embargo, estas prácticas no son idénticas, pues las PCTA y CTA especializadas no realizan, técnicamente, la intermediación laboral que las EST adelantan, en la medida en la que la persona beneficiaria del servicio prestado por los asociados de las PCTA y CTA, no está facultada para ejercer subordinación sobre los cooperados, razón por la cual la actividad que despliegan las PCTA y CTA especializadas no es una verdadera intermediación laboral.

Las CTA especializadas se encargan de procesos productivos con la mano de obra provista por sus asociados, procesos que están taxativamente definidos por las normas que los regulan, y que son la vigilancia, de acuerdo con el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, Decreto Ley 356 de 1994, en su artículo 23; la salud, conforme se reitera en el Concepto 2-2012-015024 del 8 de marzo de 2012 de la Superintendencia Nacional de Salud, y el aseo y la cafetería.

Así las cosas, las PCTA y CTA no están, en definitiva, autorizadas para adelantar prácticas de intermediación laboral. Por su parte, las PCTA y CTA especializadas son unas instituciones a través de las cuales se adelantan prácticas de tercerización laboral, que son lícitas únicamente cuando estas entidades especializadas son las que intervienen en el proceso, y adicionalmente, cuando no existe subordinación ni dependencia, como elementos propios de la relación laboral, ejercidos por la persona beneficiaria de esos servicios sobre los trabajadores asociados.

Por lo anterior, el Ministerio del Trabajo en el caso que se estudiará en el siguiente capítulo de la compañía Palmas del Cesar sí estaba facultado para imponer las sanciones de referencia, en la medida en la que tenía una norma legal que le provee de competencia para proceder de esa manera. Esto sin perjuicio de la falta de claridad frente al alcance de la actividad misional permanente, referida a la práctica en la que estaban inmersas las entidades y trabajadores asociados intervinientes.

Por último, sobre la Empresa Asociativa de Trabajo, cabe mencionar que el artículo 23 del Decreto 1100 de 1992 prohíbe expresamente realizar actividades de intermediación laboral, y el ya citado artículo 10 del Decreto 4369 de 2006, prohíbe que este tipo de entidades ejecuten las actividades propias de las Empresas de Servicios Temporales, pues de ser así, tanto el sujeto que se beneficie de sus trabajadores como la Empresa Asociativa de Trabajo estarían cometiendo prácticas de intermediación laboral ilegal.

Una vez analizados los supuestos de tercerización laboral que sí se encuentran consagrados en la normativa colombiana como ilícitos, en el siguiente acápite se hará referencia a los que no lo están o cuya regulación no es tan diáfana.

4.2.3 Tercerización laboral

En este acápite se hará referencia a la licitud de las prácticas de tercerización laboral a través de cada una de las instituciones descritas, que no constituyen intermediación laboral. Por ello, cuando se mencione la expresión tercerización laboral se entenderá excluida la intermediación laboral pues ya fue abordada anteriormente.

La discusión sobre la licitud o ilicitud de la tercerización laboral en Colombia en el sector privado, a diferencia de la referida a la intermediación laboral, surgió a partir del ya citado artículo 10° de la Ley 1429 de 2010 en el que se establece que el personal que ejecute actividades misionales permanentes no puede estar contratado "*(...) bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.*"

Esta es una referencia en abstracto a prácticas que están expresamente catalogadas como tercerización laboral ilegal en el Decreto 583 de 2016, como se expondrá más adelante.

Lo que podría concluirse de la lectura de las normas en cuestión, luego de adentrarse en cada una de las instituciones jurídicas, es que están replicando la protección constitucional a las relaciones laborales regidas por el CST; las cuales están caracterizadas por la prestación personal de un servicio con sujeción a subordinación y en condiciones de dependencia. Sin embargo, las normas establecen que para que se configure la consecuencia jurídica de la tercerización laboral ilegal y se impongan consecuencias adversas por el Ministerio del Trabajo, será necesario que se cumplan dos condiciones, de un lado, que el personal ejecute actividades misionales permanente,

y de otro, que se afecten derechos laborales de toda fuente de las personas naturales que prestan sus servicios.

La interpretación armónica con la protección constitucional al empleo bajo sus diferentes formas de generación en Colombia y con la normativa actual, debe ser que no basta con que se tercericen actividades misionales permanentes para ser objeto de procedimientos administrativos sancionatorios por parte del Ministerio del Trabajo.

Debería ser necesario que el sujeto que se beneficia de las actividades misionales permanentes subcontratadas, es decir, el “*beneficiario*”, ejerza en la realidad, respecto de las personas que las ejecutan, las facultades propias de un empleador, o que en todo caso se vulneren los derechos laborales de los que son titulares las personas naturales que intervienen en estos procesos.

No interpretar las normas transcritas en este sentido, implicaría contrariar postulados de orden constitucional y legal, pues sería ilícito contratar actividades misionales permanentes sin tener ninguna consideración con la referencia expresa a los derechos laborales que hace el artículo bajo estudio.

Inclusive se contrariarían las disposiciones definitorias de las relaciones que se establecen entre las personas que intervienen en la tercerización laboral, porque se reitera, no todas ellas están calificadas como laborales en los términos del Código Sustantivo del Trabajo.

En consonancia con lo anterior, a pesar de que el artículo 10° de la Ley 1429 se refiere específicamente en su encabezado a la “*Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado*” e igualmente el Decreto 2025 lo replica en sus consideraciones sobre la

reglamentación de esa norma, en la que se regulan claramente los supuestos de intermediación laboral, a partir de la expedición del Decreto 583 de 2016, es indudable que existe una norma jurídica que regula la licitud de la tercerización laboral en Colombia.

Así las cosas, bajo estas premisas se analizará la licitud de cada una de las instituciones a la luz de esa normativa.

4.2.4 Contratista Independiente

Cabe señalar que la normativa laboral no prohíbe expresamente la existencia de los contratos en virtud de los cuales se obtiene la calidad de contratista independiente, pues como ya se indicó, está consagrada como una institución permitida en el Código Sustantivo del Trabajo.

La aplicación de la responsabilidad solidaria frente a los derechos individuales de los trabajadores a cargo del contratista independiente, consagrada en el artículo 34 del Código Laboral colombiano, no debe traer como consecuencia que esa contratación hubiera sido ilícita, pues se reitera, la figura está consagrada como lícita al margen de las consecuencias frente a los derechos individuales de los trabajadores para una mayor garantía patrimonial a su favor.

De la mano de lo anterior, las justificaciones jurisprudenciales ya citadas extensamente frente a la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra son de recibo pero solo para justificar la caracterización de la tercerización laboral como ilícita. Este último tipo de responsabilidad es a nivel administrativo y declarado por el Ministerio del Trabajo, pues como se pudo constatar en este escrito, los conceptos que implican la responsabilidad solidaria a cargo del contratante son distintos a los que a aquellas que traen consigo la calificación de un proceso de

tercerización o intermediación laboral como ilícito o lícito. Baste traerse el amplio contenido del que se ha provisto a la expresión actividad normal de la empresa, y al poco desarrollo de la actividad misional permanente.

Sobre el particular, el mismo Ministerio del Trabajo intervino ante la Corte Constitucional en el proceso que decidió la exequibilidad del artículo 34 del CST, y dicha corporación sintetizó así su postura sobre el artículo en mención, la cual fue en los mismos términos de la intervención del Ministerio Público:

(...) el artículo 34 se estableció como un mecanismo de protección a los trabajadores para evitar que los contratantes evadieran sus obligaciones mediante la tercerización de labores propias de la empresa y que su declaratoria de inexecutable sería más gravosa para los trabajadores, pues “llevaría a debilitar la confianza en el régimen contractual destinada a otorgar seguridad a las relaciones jurídicas entre contratantes” y pondría en juego los principios de la libre iniciativa privada y de la libertad de empresa (...) (Corte Constitucional, 2014, pág. 12).

Bajo la misma línea argumentativa, en sus consideraciones de la sentencia precitada, la Corporación Constitucional colombiana reiteró:

En efecto, el legislador busca que la referida contratación no se convierta en un mecanismo para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales con el fin de disminuir los costos económicos y encubrir una verdadera relación laboral.

De igual manera, facilita a los empleados el cobro de los salarios y prestaciones sociales y hace frente a posibles incumplimientos, dificultades económicas o simulaciones del contratista independiente, cuando se les utiliza para desarrollar funciones propias de la empresa. (Corte Constitucional, 2014)

Y por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia con radicado 35864 del 1 de marzo de 2011, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, citando a su vez la Sentencia de radicado 14038 del 26 de septiembre de 2010, reafirmó que:

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

Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.

Ahora bien, en la sentencia de constitucionalidad precitada de 2014, la Corte Constitucional hizo la siguiente aseveración, que es absolutamente trascendental para el tema bajo estudio:

De igual manera, como criterio de distinción entre el uso legítimo y constitucionalmente válido de la tercerización y aquél uso irregular y vulneratorio de los derechos de los trabajadores, se encuentra la determinación si el empleado realiza funciones propias del giro ordinario de la empresa o entidad. Esto último, teniendo en consideración el concepto amplio que ha sido acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que para que proceda la figura de solidaridad laboral basta con demostrar que no son labores extrañas al desarrollo de la empresa. (Corte Constitucional, 2014)

Por ello, la finalidad de la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra frente a los derechos individuales de los trabajadores es "(...) *evitar que la referida empresa utilice la llamada tercerización para evadir las obligaciones laborales y esconda verdaderos*

contratos realidad para desarrollar las funciones o labores que le son propias para cumplir su objeto social” (Corte Constitucional, 2014).

En estos dos últimos fragmentos extraídos de la sentencia C-593 de 2014, el máximo tribunal constitucional estableció un criterio que sirve para determinar cuándo se adelanta una práctica de tercerización laboral a través de un contratista independiente de manera irregular y que vulnera los derechos de los trabajadores, y explicó que consiste en qué tipo de actividad es realizada por el contratista independiente y sus trabajadores. Es decir, si lo que fue encargado o lo efectivamente ejecutado es una actividad normal de la empresa del beneficiario, la práctica podría considerarse como irregular. En cambio, si las actividades son extrañas a la misma, no se vería afectada por dicha irregularidad.

Ese mismo criterio está planteado en la normativa vigente, pues ha sido replicado por el Ministerio del Trabajo en sus decisiones en procesos administrativos sancionatorios, así como en el Decreto 583 de 2016 de dicha entidad. Acoger este criterio de manera aislada, es decir, sin considerar la vulneración de los derechos de los intervinientes, para determinar la licitud de la práctica en un procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por el Ministerio del Trabajo, es bastante preocupante por las consideraciones que se exponen a continuación.

La justificación a la responsabilidad solidaria que la Corte Constitucional declaró exequible y a la que se limitaba su competencia, se ha formulado en términos de excluir la posibilidad de ocultar eventuales relaciones laborales. Pero si se cumple con las condiciones para que se configure la institución del contratista independiente, valga reiterarse, su autonomía financiera, técnica y administrativa, y el beneficiario o dueño de la obra no ejerce ningún tipo de subordinación sobre los trabajadores del contratista independiente, no debería sancionarse a nivel

administrativo a los sujetos que deciden tercerizar parte de su proceso productivo a través de un contratista independiente, sea o no parte del giro ordinario de sus empresas.

Sin embargo, al parecer la normativa colombiana sanciona este tipo de prácticas cuando se constate que las actividades contratadas con el contratista independiente o ejecutadas por sus trabajadores se puedan calificar como misionales permanentes.

Y es que si la justificación a un procedimiento administrativo sancionatorio fuera la responsabilidad solidaria a cargo del beneficiario o dueño de la obra, su declaratoria requiere, en definitiva, de una decisión judicial en ese sentido, en la que se encuentren probados los supuestos de hecho que consagran dicha consecuencia jurídica, por lo que el Ministerio no estaría facultado para sancionar hasta tanto se emitiera una decisión judicial en el sentido de declarar la existencia de una verdadera relación laboral entre los trabajadores, aparentemente vinculados al contratista independiente, y el beneficiario o dueño de la obra. (Román & García, 2013, pág. 77)

Al margen de la discusión planteada, el Decreto 583 proscribire las prácticas de tercerización laboral ilegal para los contratistas independientes en los eventos ya enunciados. Por lo anterior, la justificación de la sanción sería únicamente constatar que los trabajadores ejecutan actividades misionales permanentes y que en realidad se vulneran sus derechos laborales.

Ahora bien, ¿cuándo se configura una situación ilícita en este tipo de relaciones? Las posibilidades podrían sintetizarse en dos. La primera consiste en que no se cumpla por lo menos con uno de los rasgos esenciales que caracterizan al contratista independiente, sin importar cuál sea, pues si esto sucede, se desnaturalizaría la institución.

Es decir, si en realidad el beneficiario o dueño de la obra es quien asume los riesgos, o es propietario de los medios de producción o inclusive ejerce subordinación directamente sobre los trabajadores del contratista independiente, aquél debería tener la calidad de empleador, pues conforme lo consagran los artículos 23 y 28 del Código Sustantivo del Trabajo, tales son elementos definatorios del mismo.

En este último evento, no se estaría en realidad frente a un contratista independiente, sino tal vez frente a un representante del empleador, calificado como simple intermediario por el Código Sustantivo del Trabajo, norma jurídica que obliga al verdadero empleador, (supuesto beneficiario de la obra) en los términos del literal b) del artículo 32 y del artículo 35, ambas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo. Este supuesto excluye del análisis la actividad subcontratada y su calificación como misional permanente a efectos de determinar su ilicitud.

En este caso se configurarían maniobras fraudulentas frente a los trabajadores al intentar esconder el verdadero empleador, lo que implicaría una vulneración a los derechos de los trabajadores, en los términos del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 (Decreto-Ley 2158 de 1948, artículo 2, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001).

En todo caso, si es que se considerase que la autoridad del trabajo sí tiene competencia para determinar esa vulneración de los derechos laborales cuando no existe un contrato laboral, el vigía de las normas del trabajo debería tener presente el tipo de relación que se entabla en cada uno de los casos, pues como se aseveró previamente, cada una de ellas genera derechos de naturaleza jurídica disímil.

Con base en lo expuesto, debería definirse claramente hasta qué punto va la competencia del Ministerio del Trabajo y dónde comienza la de los jueces de la República, e igualmente el

alcance que tiene la expresión sobre la vulneración de los derechos laborales en cada institución jurídica a partir de la cual se adelanta la tercerización laboral en Colombia.

Por su parte, la segunda modalidad a partir de la cual podría colegirse una contravención a las normas jurídico-laborales, se refiere a que a pesar de configurarse plenamente los requisitos explicados del contratista independiente, se estén subcontratando actividades misionales permanentes y se estén vulnerando derechos laborales de los trabajadores del contratista independiente.

Este supuesto debería también analizarse en conjunto con las condiciones a partir de las cuales se configura una relación laboral, pues de acuerdo a los razonamientos anteriores, en la medida en la que el beneficiario o dueño de la obra no tiene la calidad de empleador, se torna algo complicado concluir que éste haya intervenido en la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores del contratista independiente, sin tener aquel la calidad de empleador.

En el siguiente capítulo se ahondará un poco más sobre los derechos de los trabajadores y su vulneración en la tercerización laboral.

4.2.5 Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado

Como se expuso en el acápite anterior, las CTA especializadas adelantan una forma de tercerización laboral que no es idéntica a la intermediación, pero que sí puede catalogarse como tercerización. Este tipo de CTA envían a sus cooperados a prestar servicios a favor de otros sujetos, con los que los cooperados no deben tener una relación laboral en términos de someterse a ninguna subordinación ni dependencia. Los eventos de ilicitud ya fueron expuestos.

4.2.6 Empresa Asociativa de Trabajo

Conforme se expuso, esta institución podría celebrar contratos en virtud de los cuales se comprometería a un resultado con un tercero, el cual se lograría a partir del trabajo humano de sus asociados.

Sin perjuicio de lo planteado, las Empresas Asociativas de Trabajo tienen prohibido expresamente tener la calidad de empleadoras, por lo que en todo caso, en estas relaciones no pueden ejercer las facultades propias de un empleador. De lo contrario, se estarían vulnerando disposiciones legales que en todo caso, no facultarían la intervención del Ministerio del Trabajo.

4.2.7 Contrato sindical

Los sindicatos están autorizados para la celebración de contratos con terceros y al igual que las PCTA y CTA, y entre el sindicato y sus sindicalizados no se entabla una relación de índole laboral.

Así las cosas, para que entre la empresa beneficiaria de los servicios, el sindicato y los trabajadores sindicalizados no se establezcan relaciones ilícitas, en primer lugar, el sindicato no debe ejercer subordinación sobre los sindicalizados ni tampoco lo debe hacer el beneficiario de los servicios prestados en virtud del contrato sindical. Lo anterior, porque en el primer evento se estaría burlando la relación laboral bajo un esquema de contratación distinto al contrato de trabajo. Y en el segundo, en la medida en la que lo que estaría haciendo el sindicato sería enviar

los trabajadores sindicalizados en misión a ejecutar labores subordinadas a favor de un tercero – el empresario- sin que este tenga la calidad, por lo menos formalmente, de empleador.

Los derechos laborales de los sindicalizados podrían verse vulnerados ante la incursión de estas prohibiciones. Sin embargo, la discusión sobre la competencia del Ministerio del Trabajo para declarar vulnerados derechos laborales en relaciones laborales en casos como este trae consigo dudas sobre la validez de dichas decisiones. Lo anterior, pues la jurisprudencia y la doctrina han establecido claramente que si no se desfigura el alcance del contrato sindical, entre el sindicato y sus sindicalizados no se genera una relación laboral.

En últimas, como se anunció, la Ley 1429 no especificó cuáles entidades adelantan prácticas de tercerización laboral, y una manifestación de ese vacío normativo es que en el Senado de la República cursa el proyecto de ley 111 de 2015 *“por la cual se dictan normas para suprimir y prohibir la contratación laboral, mediante cooperativas de trabajo asociado y demás formas de tercerización laboral”* de autoría del senador Alexander López Maya, en el que el primer inciso del artículo 1° hace referencia explícita al concepto de actividad misional permanente en el marco del sector salud frente al contrato sindical. (López, 2016)

4.2.8 Simple intermediario

La ilicitud en esta figura podría constatarse con el uso de simples intermediarios como testaferros de los verdaderos empleadores, sosteniendo en contra de la normativa vigente, que el único obligado al pago de las acreencias laborales es el simple intermediario, es decir, eludiendo la responsabilidad del verdadero empleador. Igualmente, esta modalidad de tercerización podría

usarse para defraudar a verdaderos trabajadores a partir de la confusión sobre quién es el obligado final al pago de las acreencias a las que tienen derecho.

5. La tercerización laboral desde la perspectiva del Ministerio del Trabajo

5.1 La competencia del Ministerio del Trabajo para adelantar procedimientos administrativos sancionatorios por tercerización laboral ilegal

La competencia del Ministerio del Trabajo está determinada en abstracto por los artículos 17 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo, este último modificado parcialmente por la Ley 1610 de 2013²⁶. Así, la Ley 1610 reiteró la función coactiva o de policía administrativa de las Inspecciones del Trabajo y Seguridad Social que consiste en la posibilidad de sancionar a los “(...) responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo (...)” (Numeral segundo del artículo 3° de la Ley 1610 de 2013).

De la mano de lo anterior, la Organización Internacional del Trabajo a través del Convenio 87 de 1947, estableció que una de las funciones esenciales del Inspector de Trabajo es “(...) hacer cumplir las leyes laborales, los reglamentos correspondientes y las normas nacionales aplicables (...)” (Casale & Sivananthiran, 2011, pág. 53).

A partir de las consideraciones precitadas, en Colombia el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 otorgó la competencia al Ministerio del Trabajo, para sancionar a las entidades o personas que vinculasen personal para desempeñar actividades misionales permanentes, bajo una modalidad de vinculación “(...) que afecte los derechos constitucionales, legales y

²⁶ La Resolución 2603 de 2012 emitida por el Ministerio del Trabajo, determina igualmente la competencia de la Dirección Territorial de esa entidad, así como la Resolución 2143 de 2014 del Ministerio del Trabajo.

prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”. Así mismo el Decreto 583 de 2016 otorga la misma competencia de la autoridad del trabajo en el artículo 2.2.3.2.5. del Decreto 583 de 2016.

La Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011 establecieron una prohibición incondicional frente a las PCTA y CTA y los beneficiarios de sus servicios de vincular personas para desarrollar ese tipo de actividades, y frente a los demás sujetos condicionó su ilegalidad a que se vulnerasen los derechos en mención.

Sin embargo, la competencia de esta autoridad pública está restringida por las disposiciones precitadas, pues aún en el evento en el que imponga multas u ordene cualquier otra consecuencia jurídica adversa a las personas que acuden a la tercerización laboral, esa decisión no implica en “(...) *ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias.*” (Último inciso del artículo 7° de la Ley 1610 de 2013)

Lo anterior, considerando que para declarar la violación de derechos laborales, es necesaria una premisa lógica previa debidamente constatada, que es la titularidad de los mismos por parte de las personas naturales que prestan su trabajo humano en la tercerización laboral. Es decir, no es posible que se vulnere un derecho del que una persona no es titular.

Así, considerando la calidad de servidores públicos que ostentan los funcionarios del Ministerio del Trabajo, quienes deciden los procedimientos administrativos sancionatorios, conforme lo establecen los artículos 6 y 122 de la Constitución Política de Colombia, su competencia está estrictamente limitada por lo que aquella determine, pues extralimitarse implica un quebrantamiento de esos postulados constitucionales e inclusive la responsabilidad a cargo del servidor público. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Podría entonces interpretarse de la normativa y doctrina precitada, que el Ministerio del Trabajo de Colombia, a pesar de no ostentar la competencia para declarar efectivamente la existencia de una relación laboral entre las personas naturales y las instituciones o personas que intervienen en prácticas de tercerización laboral, sí la tiene para constatar la existencia de elementos de subordinación o caracterizar una actividad como misional permanente.

Lo anterior, considerando la finalidad de protección de los derechos en juego, que sin la salvaguarda de la autoridad del trabajo, sometería a cada trabajador, sindicalista o asociado a instaurar acciones judiciales para el amparo de los mismos. Esta forma de proceder perpetuaría las vulneraciones anunciadas por la constante demora en la decisión de los procesos judiciales en Colombia, e igualmente, implicaría que los derechos de aquellas personas prestadoras de mano de obra que no instauraron procesos judiciales, se mantuvieran vulnerados.

Ahora, existe cierta parte de la doctrina que discute que la competencia del Ministerio del Trabajo abarca el tipo de decisiones anunciadas. Para autores como Humberto Jairo Jaramillo (2015, pág. 870), el que la autoridad del trabajo ejerza este tipo de funciones implica una suplantación de la competencia de los jueces de la república establecida en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues el Ministerio estaría declarando la existencia de relaciones laborales.

Sobre la postura anterior, cabe aclarar que si bien la autoridad del trabajo no es competente para declarar la existencia de relaciones laborales, sí lo es para determinar, en un caso concreto, que existe una actividad misional permanente ejecutada por un personal y que adicionalmente sus derechos laborales están siendo vulnerados.

A pesar de la consideración previa referida a la competencia del Ministerio, en el ordenamiento jurídico colombiano no estaba establecido que éste, a partir de sus decisiones en procesos administrativos sancionatorios, caso a caso, fuera competente para determinar el alcance de los criterios a partir de los cuales se llegara a la conclusión que un fenómeno específico de tercerización laboral fuera ilícito. En otras palabras, la autoridad pública en mención no era quien debía determinar el alcance del concepto de actividad misional permanente; pero con la expedición del Decreto 583 lo anterior cambió en la medida en la que se estableció en una norma jurídica de carácter general y abstracto, el alcance del concepto referido.

5.2 La posición del Ministerio del Trabajo sobre la licitud de la tercerización laboral

A continuación se expondrán algunas fuentes que muestran la postura del Ministerio del Trabajo sobre la tercerización laboral y su licitud en Colombia, concretamente algunas resoluciones sancionatorias fruto de procedimientos administrativos sancionatorios, un Decreto expedido hace poco por la autoridad del Trabajo, un Decreto del Ejecutivo y algunas noticias en el área de prensa de dicho gabinete. Únicamente se tuvo acceso al contenido completo de una resolución sancionatoria, pues los actos administrativos en mención no son publicados por el Ministerio del Trabajo.

5.2.1 Actos administrativos sancionatorios

La autoridad del Trabajo ha iniciado procedimientos administrativos sancionatorios en contra de las entidades que intervienen en procesos de tercerización laboral, concluyendo en

algunos de ellos que los mismos son calificados como ilícitos o indebidos. Se expondrán algunos de los casos cuyas decisiones han sido publicadas.

En primer lugar, el Ministerio del Trabajo sancionó a la compañía General de Equipos de Colombia – Gecolsa SAS en abril de 2014 con 3.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la sociedad Dimantec Ltda. con el mismo valor, por ser esta última la sociedad que “(...) *proporciona el personal que utiliza Gecolsa S.A.*” (Ministerio del Trabajo, 2014)

De acuerdo al comunicado de prensa, Gecolsa “(...) *brinda asistencia técnica y suministra equipos a los sectores de la construcción, minería, generación de energía, petróleo, agropecuario e industrial*” (Ministerio del Trabajo, 2014), por lo que subcontratar 3.382 trabajadores vinculados a Dimantec Ltda para la prestación de servicios de mantenimiento y administración de almacenes de repuestos, constituía contratación de actividades misionales permanentes de Gecolsa.

A raíz de lo anterior, el Ministerio constató la vulneración de sus derechos laborales desde dos flancos: de un lado, los trabajadores vinculados a Dimantec Ltda no tenían acceso a las mismas prestaciones a las que sí tenían acceso los vinculados a Gecolsa, lo que se manifestaba en una desigualdad ante el cumplimiento de las mismas funciones. De otro lado, por vía de la tercerización se impedía el acceso al sindicato de Gecolsa a los trabajadores vinculados a Dimantec.

En el contenido del texto periodístico se aseveró que las actividades misionales permanentes “(...) *no pueden ser ejercidas de manera permanente por personal tercerizado* (...)” (Ministerio del Trabajo, 2014)

Apenas un mes después, el Ministerio del Trabajo sancionó a la compañía Palmas del Cesar S.A. a mediados de 2014 con una multa equivalente a 3.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para ese entonces, así como a ciertas Cooperativas de Trabajo Asociado, por “*indebida tercerización laboral*”²⁷ (Ministerio del Trabajo, 2014)

De acuerdo con el comunicado oficial del gabinete ministerial, Palmas del Cesar estaba incurriendo en prácticas de intermediación laboral:

(...) que son propias de las empresas de servicios temporales que van desde actuar como empresas de intermediación laboral, disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión, así como la intervención directa o indirecta del contratante en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del (sic) trabajadores. (Ministerio del Trabajo, 2014)

Adicionalmente, en un comunicado de prensa se estableció que para la autoridad del trabajo, la contratación de personal por parte de la sociedad Fabricato y quienes ejecutan actividades misionales permanentes a través de “*empresas de intermediación*” está prohibida por la legislación laboral. (Ministerio del Trabajo, 2015)

Luego, en julio de 2015, la Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio del Trabajo, a través de la Resolución 311 de 2015, sancionó a las compañías Seatech Internacional Inc., A Tiempo SAS, Recursos Especiales SAS y Servicios Empresariales SAS.

Los hechos probados según el Ministerio del Trabajo fueron los siguientes: Seatech es una compañía cuyo objeto social consiste en la “*(...) pesca de atún, la sardina y demás especies marítimas, su preparación industrial y empaque en forma apta para el consumo, y en su comercialización bien sea al granel congelado, o en enlatados (...)*” (Dirección Territorial de

²⁷ Esta fue la decisión de primera instancia. Se desconoce si el acto administrativo fue objeto de vía gubernativa y si actualmente existen demandas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en contra del mismo.

Bolivar del Ministerio de Trabajo, 2015, pág. 27). La multinacional celebró contratos comerciales con las tres sociedades mencionadas, en virtud de los cuales Seatech obtuvo la aparente calidad de dueña o beneficiaria de una obra y las tres sociedades de contratistas independientes en los términos del artículo 34 del Código Laboral. Adicionalmente esas tres sociedades no tenían la calidad de Empresas de Servicios Temporales ni estaban autorizadas para funcionar como tales.

El Inspector a cargo del caso consideró que la práctica en cuestión era ilícita porque de un lado, las tres sociedades en realidad no ostentaban la calidad de contratistas independientes por no ser absolutamente autónomas frente a Seatech, en la medida en la que los medios de producción usados por aquellas eran propiedad de ésta. De otro lado, porque las actividades que desempeñaban los trabajadores de esas tres sociedades eran misionales permanentes, pues se dedicaban principalmente a intervenir en la cadena productiva del pescado y llevaban varios años prestando sus servicios bajo esas condiciones. Y por último, el Ministerio del Trabajo encontró constatado el elemento de subordinación y dependencia de acuerdo a la prueba testimonial allegada al proceso administrativo de referencia.

La autoridad del trabajo consideró que conforme la normativa constitucional y legal colombiana, así como los convenios internacionales de la OIT, tenía la competencia para proferir una sanción en este caso.

El Ministerio se refirió al alcance del concepto de la actividad misional permanente, al remitirse a las disposiciones comerciales ya citadas en el presente escrito sobre el alcance del objeto social, y agregó que las actividades misionales permanentes son aquellas:

En virtud del objeto social de la unidad empresarial beneficiaria, misión, visión y objetivos corporativos.

En virtud de la práctica de la unidad empresarial beneficiaria, cuando se advierta que las actividades son esenciales, necesarias, requeridas, continuas, habituales y/o parte del giro ordinario de los negocios de la unidad empresarial beneficiaria

En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica (sic) y lo que surge en documentos o acuerdo, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. (Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo, 2015, pág. 35)

Como se observa, el Ministerio replicó varias de las consideraciones jurisprudenciales y doctrinales sobre el alcance de las actividades normales de la empresa en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo para proveer de un alcance más preciso al concepto de la actividad misional permanente, puntualmente el carácter de esencial y habitual de las actividades, así como la prevalencia de la realidad sobre las formalidades.

Para la autoridad del trabajo, en este caso Seatech debía contratar este personal directamente, pues determinó que de acuerdo a la normativa colombiana, las actividades misionales permanentes:

Son aquellas directamente relacionadas con la producción de bienes o servicios característicos de la unidad empresarial. Se evidencian como actividades misionales permanentes aquellas que:

En virtud del objeto social de la unidad empresarial beneficiaria, misión, visión y objetivos corporativos.

En virtud de la práctica de la unidad empresarial beneficiaria, cuando se advierta que las actividades son esenciales, necesarias, requeridas, continuas, habituales y/o parte del giro ordinario de los negocios de la unidad empresarial beneficiaria.

En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge en documentos o acuerdo, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. (Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo, 2015, pág. 35)

Consecuente con lo anterior, el Ministerio reconoció que para catalogar la tercerización laboral como permitida es necesario que se trate de:

- (...) actividades extrañas o ajenas.
- Apoyo temporal.
- Actividades misionales permanentes ya sea por Licencias, aumento en la producción e incapacidades. (Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo, 2015, pág. 39)

Como puede colegirse, el Ministerio replica ciertas categorías propias de instituciones jurídicas distintas, entre ellas las del contratista independiente y las de las EST, sin que exista una norma jurídica de carácter general que determine el alcance claro que de la denominada actividad misional permanente, o que en su defecto remita su contenido a las disposiciones normativas y jurisprudencia sobre los términos estudiados en capítulos anteriores que se generalizaron como *core business*.

Acto seguido, el Ministerio aseveró que, desde otra perspectiva, la indebida tercerización laboral se presenta en los siguientes escenarios:

- Los servicios prestados constituyen actividad misional permanente.
- Existe subordinación sobre los Trabajadores que prestan servicios a la Unidad Usuaria. Eje: Les dan instrucciones, les aplican sanciones.
- La Unidad prestadora del servicio depende financieramente de la Unidad Usuaria. Eje: Los medios de producción o herramientas son de la empresa beneficiaria.
- La finalidad es la vulneración de los derechos constitucionales, legales y prestacionales de las personas vinculadas a la empresa prestadora de servicios. (Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo, 2015, pág. 40)

5.2.2 Decreto 583 de 2016: de la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral

El Presidente de la República planteó la necesidad de reglamentar las prácticas de tercerización laboral en su Plan Nacional de Desarrollo vigente en la actualidad y promulgado por el Congreso de la República por medio de la Ley 1753 de 2015, así:

Artículo 74. Política nacional de trabajo decente.

(...)

El Gobierno Nacional también fijará las reglas para garantizar que las empresas cumplan plenamente las normas laborales en los **procesos de tercerización**.

(...)

Una vez se elaboró un proyecto de decreto, el Presidente de la República emitió el Decreto 583 de 2016, ya mencionado en este escrito. Allí se pretendió incluir los parámetros dentro de los cuales se podían catalogar las prácticas de tercerización laboral legal e ilegal. Al margen de lo anterior, en el Decreto pueden evidenciarse ambigüedades y falencias desde diferentes puntos de vista, como pasa a explicarse.

De un lado, la tercerización laboral y la intermediación laboral no tienen una delimitación conceptual totalmente nítida en el ordenamiento jurídico colombiano, pues como se aseveró, apenas el Decreto referido pretende definir la tercerización laboral, y de otro lado, la intermediación laboral en Colombia es un término equívoco. De esta manera, ninguna autoridad pública, en especial el Congreso de la República se ha decidido a emitir una norma jurídica de carácter general que determine el alcance de esas prácticas de manera clara, las cuales tienen aproximaciones bastante disímiles en la doctrina nacional e internacional como se plasmó en el presente escrito.

Adicionalmente el alcance del concepto de actividad misional permanente fue definido de una manera bastante ambigua en los Decretos 2025 de 2011 y 583 de 2016, como ya fue

enunciado, sin elementos de juicio claros para establecer caso a caso la ilicitud de estas prácticas. En la normativa colombiana no se establece qué son actividades características de la empresa, o en contraposición a cuáles se consideran como de apoyo. Igualmente, la permanencia no es un criterio delimitado claramente en el ordenamiento jurídico.

Por último, tampoco son manifiestos los eventos en los que se vulneran los derechos laborales de las personas naturales que prestan su mano de obra en procesos de tercerización laboral, pues como ya se hizo notar, los derechos que confieren las relaciones que surgen en virtud de cada una de las instituciones jurídicas estudiadas tienen una regulación y una naturaleza jurídica distintas en cada caso. Esta falencia se agrava cuando se evidencia que el Ejecutivo en el Decreto bajo estudio no se preocupó por regular las reglas aplicables a las personas en mención.

Ligado a lo anterior y como razón adicional que justifica el vacío jurídico anunciado, el Presidente de la República, a través del Ministerio de Trabajo, emitió un proyecto de decreto sobre la tercerización laboral ilegal, que a pesar de haberse convertido en decreto, desde sus consideraciones consagró como finalidad:

(...) precisar y aclarar el alcance del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 en lo referente a la contratación de personal a través de otras modalidades de vinculación que afecten los derechos constitucionales, legales y prestaciones consagrados en los principios y normas laborales vigentes y dictar normas en cuanto a las conductas objeto de sanción, con el fin de hacer eficaz la función de inspección, vigilancia y control del Ministerio del Trabajo. (Ministro del Trabajo, 2016, pág. 2)

El Decreto 583 de 2016 fue el producto del proyecto en cuestión, que a pesar de que este último no hace referencia explícita a esta necesidad, como se anunció, la normativa sobre la tercerización laboral en Colombia requiere de regulación en varios asuntos, por las ambigüedades y falencias que pueden encontrarse en la actualidad en dichas disposiciones.

El artículo primero del Decreto en mención replica algunas definiciones sobre las instituciones ya explicadas del contratista independiente, el simple intermediario y el trabajador en misión. Así mismo, agrega dos conceptos que se considera, pretenden proveer de una denominación más genérica las relaciones que se establecen entre las personas que participan en prácticas de tercerización laboral que son los de “*beneficiaria*” y “*proveedora*”. Sin embargo, como se detalló previamente, estos conceptos pueden ser útiles, pero deben ser implementados de manera cuidadosa por la autoridad del Trabajo, en la medida en que las relaciones que se generan entre las diferentes personas e instituciones que intervienen en la tercerización laboral, son de naturaleza jurídica distinta, como ya se hizo evidente en el capítulo anterior.

De la mano de lo anterior, el decreto establece un listado de entidades que pueden considerarse como beneficiarios y proveedores. Entre las instituciones estudiadas se encuentran las EST, los contratos sindicales y los contratistas independientes. Sin perjuicio de ello, estos conceptos abarcarían no solo las entidades descritas, sino cualquier otro tipo de entidad que ejerciere tercerización laboral.

Igualmente, el concepto de actividad misional permanente se intenta delimitar un poco más, como aquel que se refiere a las actividades “(*...*) *esenciales, inherentes, consustanciales, o sin cuya ejecución se afectaría la producción de bienes o servicios característicos del beneficiario*”.

De esta manera, el decreto pretende aclarar en mayor medida el alcance conceptual de esa expresión en consonancia con las consideraciones jurídicas del Ministerio del Trabajo en sus resoluciones sancionatorias y en las decisiones judiciales precitadas, pretensión que en realidad

no se logra, por lo menos en términos de aclarar el alcance de las prácticas de tercerización e intermediación laboral.

La norma jurídica en cuestión restringe la calificación de ilegal de una práctica de tercerización laboral al cumplimiento de dos condiciones. De un lado, la ejecución de actividades misionales permanentes, y de otro, la afectación de derechos laborales de las personas vinculadas a partir de dicha modalidad.

Es razonable concluir que en este decreto se aclara un poco más el alcance de la prohibición y su ámbito de aplicación que no se restringiría al de la intermediación laboral, sino que se extendería al de la tercerización laboral como género, a través de las diversas instituciones jurídicas ya expuestas. Como solución a las referencias tan abstractas sobre la vulneración de los derechos de los trabajadores, el Decreto establece una serie de “*elementos indicativos*” que pretenden apoyar la función del Ministerio del Trabajo al determinar si se está frente a un ejercicio lícito o ilícito de la tercerización laboral por la presunta vulneración de derechos de los trabajadores.

A continuación se analizarán cada una de los elementos planteados en el decreto, teniendo presente que según sus disposiciones, son apenas elementos orientadores, por lo que esas conductas por sí solas no constituyen tercerización laboral ilegal.

“1. Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que se realizaban para el beneficiario y los trabajadores no fueron expresamente informados por escrito.”

Este criterio implica el establecimiento de una premisa y es que, el personal inicialmente vinculado por medio de un contrato de trabajo al beneficiario, sea trasladado a un proveedor, sin la notificación por escrito.

Estos cambios de proveedor de mano de obra con el mismo personal fueron una problemática identificada por las Altas Cortes en el marco de PCTA y CTA, como ya se aseveró párrafos atrás.

Adicionalmente, el indicio formulado por el Ejecutivo hace referencia a la similitud de las labores que ejecutaba el personal antes y después del traslado, criterio que en el fondo podría ser asimilado al de igualdad replicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009 precitada y a las decisiones del Consejo de Estado sobre el particular, al tratar el concepto de actividad permanente.

“2. Que el proveedor tenga vinculación económica del beneficiario y no tenga capacidad financiera acorde con el servicio u obra que contrata.”

Estos elementos pueden evidenciarse en el ámbito del contratista independiente y la exigencia que pesa sobre éste en lo que se refiere a su independencia económica y financiera respecto del beneficiario o dueño de la obra. De hecho, si este elemento falta, no se estaría frente a un verdadero contratista independiente, sino frente a un simple intermediario, cuyos trabajadores están realmente vinculados al beneficiario o dueño de la obra.

De otro lado, en el marco de las PCTA y CTA también ha sido evidente el carácter imperioso de su independencia financiera frente a sus contratantes, pues este elementos es

fundamental al determinar el espíritu de cooperativismo que debe mediar en este tipo de entidades.

Por último, esta condición se refleja en el ámbito de las EST y de las prácticas de intermediación laboral que adelantan, pues la empresa usuaria y la EST, no deben tener la calidad de subordinadas, matrices, subsidiarias o filiales²⁸ entre sí, conforme lo establece el artículo 80 de la Ley 50 de 1990.

De esa manera podría considerarse como un indicio fuerte que el control patrimonial de un sujeto sobre otro implique la vulneración de los derechos laborales de las personas naturales que intervienen en los procesos mencionados, pues podría usarse escondiendo a un verdadero empleador en las relaciones del caso, e inclusive podrían presentarse declaratorias de unidad de empresa que traerían consigo ciertas exigencias de igualdad en las condiciones salariales y prestacionales de los trabajadores, si es que ellos prestan sus servicios a partir de relaciones laborales. (Sentencia C-802, 2003).

Así mismo, a pesar de la inexistencia de normas jurídicas concretas frente al control económico y financiero en el ámbito de la Empresa Asociativa de Trabajo y el contrato sindical, podría concluirse que dicho control sería un indicio para considerar que se estaría escondiendo la calidad de verdadero empleador.

Sin embargo, este solo hecho no implica necesariamente que se estén vulnerando derechos laborales o que se estén contratando actividades misionales permanentes. Además, la vinculación económica tiene igualmente un margen de interpretación bastante amplio. Es posible

²⁸ Conforme lo prescribe el Capítulo XI del Libro Segundo del Código de Comercio, estas calidades pueden obtenerse por las relaciones económicas entre sociedades, hecho que podría traer como consecuencia la dependencia financiera a la que se refiere este numeral.

que por ejemplo, un contratista independiente únicamente tenga como cliente al cual se compromete a entregar un resultado a un solo beneficiario o dueño de la obra. Esto sucede cuando el contratante es una gran compañía y un gran porcentaje de servicios prestados por el contratista independiente son exclusivamente para ella.

En este evento, podría llegarse a interpretar que existe dependencia económica del proveedor al beneficiario, y sin embargo, no estar contratando actividades misionales permanentes ni vulnerándose derechos laborales. En últimas, este es un indicio que deberá analizarse caso a caso por la autoridad del trabajo.

“3. Que el proveedor no tenga capacidad, de carácter administrativo o financiero, para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores.”

Este indicio se compadece con la justificación planteada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad solidaria a cargo del beneficiario o dueño de la obra frente a los derechos individuales de los trabajadores vinculados al contratista independiente. Como lo ha aseverado dicha corporación, la debilidad patrimonial del contratista independiente comparada con la del beneficiario o dueño de la obra usualmente es mayor.

Ahora bien, tanto cuando se está frente a la institución del contratista independiente, como las demás estudiadas, la sola falta de capacidad financiera o administrativa no debería servir como base para imponer sanciones al proveedor o al beneficiario. Ese solo hecho no constituye una vulneración de los derechos de los trabajadores, máxime cuando en supuestos como los del contratista independiente existe la posibilidad de reclamar la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra para el pago de esas acreencias laborales.

Así, este elemento indicativo no provee de mayor claridad ni tampoco sirve como indicio fuerte para concluir que en realidad existe una tercerización laboral ilegal.

“4. Que el proveedor no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que le sean contratados.”

El Ministerio tal vez hace referencia a la misma definición de empleador formulada por la doctrina y la Organización Internacional del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2006), pues el empleador, en principio, es autónomo frente al uso de los medios de producción y en la ejecución de los procesos mencionados.

Igualmente, este indicio puede contrastarse con la institución del contratista independiente y de las CPTA y CTA, pues uno de los requisitos para que estos operen lícitamente es justamente que adelanten su actividad con sus propios medios y de manera independiente, ya sean del contratista independiente o de los miembros de la cooperativa. Sin perjuicio de ello, en instituciones como las Empresas de Servicios Temporales los medios de producción pueden ser del beneficiario y ese hecho no implica por sí solo la ilicitud de esa práctica.

Ahora, el que el proveedor no tenga plena independencia en la ejecución de los procesos podría implicar que el beneficiario se esté escondiendo como verdadero empleador, pues esa injerencia que desdibujaría la autonomía de aquél frente a este podría estar formulada directamente sobre los trabajadores o sindicalizados vinculados al proveedor. En el evento en el que esto suceda, el elemento indicativo debería ser considerado efectivamente como un indicio fuerte de que es ilegal la tercerización laboral que se despliega, considerando el carácter de orden público de las normas que rigen las relaciones laborales, así como las consideraciones doctrinales sobre la autonomía necesaria en la tercerización laboral.

Sin embargo, entre el beneficiario y el proveedor existe una relación de cooperación ya denominada inter-empresarial, que debe ser analizada de manera cuidadosa por parte de la autoridad del trabajo, pues dicha cooperación no debería ser indicio para considerar la práctica como ilícita.

“5. Que el proveedor no imparta las instrucciones de tiempo, modo y lugar para la ejecución de la labor de sus trabajadores, o no ejerza frente a ellos la potestad reglamentaria y disciplinaria, sin perjuicio de otras actividades de coordinación que sean necesarias por parte del beneficiario para el adecuado desarrollo del objeto del contrato.”

Estas son las facultades ya descritas de las que es titular un verdadero empleador, y en este supuesto es razonable que el Ministerio plantee la ilicitud de estas prácticas. En realidad se está ante una vulneración explícita de las disposiciones constitucionales y legales que determinan el alcance de la relación laboral regida por el Código Sustantivo del Trabajo, por lo que el Ministerio sería competente para imponer sanciones en este tipo de casos.

Sin perjuicio de las discusiones esbozadas sobre la posibilidad de considerar que la declaratoria de esta práctica como ilícita implicaría que el Ministerio del Trabajo tuviera la competencia, como entidad pública, de declarar la existencia de relaciones laborales donde no han sido celebradas ni declaradas previamente como existentes por un juez de la república.

Teniendo presente que el Decreto objeto de estudio considera las EST como entidades que ejecutan prácticas de tercerización laboral, es fundamental que el ente ministerial sea cuidadoso al aplicar este indicio a dichas relaciones. La EST, en los términos de la norma jurídica referida, sería el proveedor; y la empresa usuaria el beneficiario. Y como se aseveró en el presente escrito, es la empresa usuaria la que en el marco del contrato suscrito con la EST y la orden de servicios,

determina las instrucciones de tiempo, modo y lugar del trabajo ejecutado por los trabajadores en misión. Y esta delegación de la facultad de subordinación frente a esos asuntos puntuales es plenamente lícita como supuesto de flexibilización laboral.

En todo caso, es valioso que el Ejecutivo formule la salvedad ya mencionada sobre la necesidad de la cooperación inter-empresarial.

“6. Que el proveedor no realice el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales oportunamente o no cumpla con las obligaciones en materia de seguridad social.”

Se considera que estos son incumplimientos por parte de las entidades que intervienen en las prácticas de tercerización laboral de sus obligaciones, que podrían vulnerar los derechos laborales de los trabajadores.

Pero como se aseveró en párrafos anteriores, los salarios y prestaciones sociales son derechos que únicamente se reconocen a quienes están vinculados a partir de un contrato laboral en los términos del CST.

En la figura del contrato sindical no existen propiamente esas obligaciones a cargo del sindicato, pues tienen una naturaleza jurídica y denominación distinta. Lo mismo sucede con las compensaciones, ordinarias y extraordinarias, que son una remuneración propia del ámbito de las PCTA y CTA, que a pesar de no estar incluidas en el Decreto como entidades que adelanten prácticas de tercerización laboral, sí ejercen intermediación como un tipo de tercerización.

De la mano de lo anterior, no en todas las instituciones jurídicas estudiadas existe la obligación de afiliación y cotización al Sistema General de Seguridad Social Integral, pues como se hizo evidente, no todos ellos tienen la calidad de trabajadores, o en su defecto, si tienen dicha

calidad, el sujeto que se beneficia del resultado, que no figura como empleador en la relación, no está obligado al pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, salvo una condena de un juez que le imponga una obligación de responder solidariamente por derechos laborales que no estaban a su cargo inicialmente.

“7. Que el beneficiario fraccione o divida, mediante uno o más proveedores, a trabajadores afiliados a un sindicato inscrito o a trabajadores que hayan realizado la asamblea de constitución o la reunión inicial de constitución de un sindicato.”

En este caso podría configurarse la vulneración de derechos constitucionales y legales de los trabajadores, concretamente del derecho de asociación y de negociación colectiva. Este hecho ha sido evidenciado por la doctrina, las organizaciones sociales de Colombia y del continente americano (Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical, 2013, pág. 32), así como la necesidad de una estrategia sindical para la organización, sindicalización y negociación colectiva de los trabajadores bajo esta situación (Ermida Uriarte & Orsatti, 2009, pág. 14 y 15), pues en estos eventos puede constatararse una vulneración de los derechos laborales de los trabajadores, por lo que debería incluirse en el decreto como causal de calificación de ilicitud de la tercerización laboral.

Será necesario que el Ministerio del Trabajo se aproxime de manera juiciosa ante cada institución jurídica, pues de acuerdo a su distinta naturaleza, los cooperados y asociados pueden no ser titulares al derecho de negociación colectiva, por lo que para declarar la existencia de éstas vulneraciones, como se indicó más arriba, será necesario que la autoridad del trabajo declare previamente que son titulares de los mismos.

“8. Que a los trabajadores que trabajaban para el beneficiario no se les otorguen por parte del proveedor iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades.”

La igualdad es un elemento fundamental para analizar a fondo la licitud de las prácticas de tercerización laboral, dado que es usual que los empleadores que subcontratan personal bajo las distintas instituciones consagradas en el ordenamiento jurídico, confieran a sus trabajadores directamente contratados ciertos beneficios en su remuneración, tales como mejores escalas salariales, prestaciones extralegales, aumentos salariales anuales, entre otros; beneficios a los cuales los trabajadores subcontratados no siempre tienen derecho a acceder. Igualmente, existen diferencias en términos de capacitación, seguridad y salud en el trabajo, condiciones laborales, entre otros asuntos y así lo hizo evidente la autoridad del Trabajo en las sanciones que impuso a Gecolsa y Dimantec.

En la aparente desigualdad anunciada, está de por medio el principio constitucional de igualdad (art. 13 de la CP), el cual ha sido desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo a través del Convenio 111 de 1960, suscrito por Colombia, y de la Recomendación 111 de 1958 de esa misma organización.

Una de las manifestaciones de ese principio es la consagración legal en el Código Sustantivo del Trabajo del mandato que establece que “a trabajo igual, salario igual”, así como una expresión de este último que la jurisprudencia colombiana ha denominado como “*a trabajo de igual valor debe corresponder igual retribución*”. Este último, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se expresa en que “(...) *si dos trabajadores realizan trabajos*

que agregan el mismo valor -bien sea por desempeñar el mismo trabajo, o bien sea por desempeñar oficios diferentes pero que aportan el mismo valor-, deben recibir igual retribución (...)” (SL16217-2014 Radicación N° 45830 del 26 de noviembre de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, pág. 11) (CST art. 153 modificado por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011).

La cuestión sobre este indicio se manifiesta en la pregunta por la vulneración del principio de igualdad en alguna de sus expresiones frente al personal tercerizado, en caso de que al personal directamente contratado se le provean beneficios o mejores condiciones laborales que no se concede al personal vinculado a través de un tercero.

Para analizar el cuestionamiento, como lo han planteado la jurisprudencia y la doctrina, es de gran trascendencia considerar que la aplicación del principio de igualdad requiere de ciertos razonamientos previos, concretamente cuestionarse sobre las condiciones de cada sujeto que se contrasta, para corroborar si en realidad los dos sujetos tienen derecho a recibir iguales beneficios. (Cabrera, 2011)

Así las cosas, no es razonable consagrar como indicio de tercerización laboral ilegal el que no se otorguen los mismos derechos para personas que ejecutan las mismas labores, por las siguientes razones. En primer lugar, el que dos trabajadores, asociados o sindicalizados cumplan con las mismas funciones no implica per se la violación de sus derechos laborales. Esas dos personas que prestan sus servicios están vinculadas a partir de cualquiera de las instituciones descritas a dos sujetos distintos, cuya naturaleza jurídica suele ser también diferente, por lo que el principio de igualdad debería acomodarse a que en realidad no se está frente al mismo empleador, sindicato, beneficiario o dueño de la obra, y que cada uno de ellos tiene una identidad jurídica propia bajo esquemas de funcionamiento distintos.

El que sean dos instituciones distintas a favor de las cuales se prestan los servicios es una razón objetiva y relevante, que no se constituye en un criterio de discriminación de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales, los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (Sala Laboral Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve).

En segundo lugar, sobre la aplicación del principio de igualdad en materia salarial, la jurisprudencia ha aseverado que no basta el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades para su aplicación, por lo que sería necesario analizar de fondo las condiciones de eficiencia en las que esos dos sujetos prestan sus servicios, su know how y su experiencia en la ejecución de las labores, si es que se lograra eludir el razonamiento consistente en que son dos personas vinculadas a dos instituciones distintas (SL16217-2014 Radicación N° 45830 del 26 de noviembre de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve) (Corte Constitucional, 1997).

Y el anterior razonamiento debería extenderse a los demás beneficios bajo estudio, pues en realidad, el solo hecho de que se cumpla con las mismas funciones no basta para equiparar a dos trabajadores asociados, sindicalizados, o sea cual sea la calidad que obtengan.

Por lo anterior, al momento de constatar una desigualdad, el Ministerio del Trabajo debería analizar la situación particular a fondo, con las consideraciones jurisprudenciales que en virtud del ordenamiento jurídico colombiano le son aplicables como autoridad administrativa. De esta manera se mantendría la verdadera igualdad y no se generarían sanciones con argumentaciones superficiales.

Para lograr una manifestación del principio de igualdad en estos casos, debería ser el legislador, a través de una ley, quien consagrara la aplicación explícita de ese principio en estos casos, como sucedió en el caso de la garantía establecida para los trabajadores en misión enviados por EST, sobre la remuneración con un salario ordinario asimilable al de los trabajadores directamente contratados en la empresa usuaria, así como la equidad en términos de beneficios de alimentación, transporte y recreación, los cuales están planteados exclusivamente para estos trabajadores. (Ley 50 de 1990 artículo 79).

“9. Que el beneficiario y el proveedor incurran en conductas violatorias de las normas laborales vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une.”

En este último indicio, el Ministerio del Trabajo replica exactamente lo establecido en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, por lo que no ofrece mayor claridad frente a esa disposición legal.

Sobre los indicios mencionados, es fundamental advertir que en parte, persiste la inseguridad jurídica anunciada para adelantar estas prácticas, en la medida en la que no se establecen con certeza cuáles son los escenarios en los que se incurre en un ilícito, pues son elementos meramente probables.

De la mano de las consideraciones sobre los actos administrativos y el Decreto estudiados, como se anunció, el Ministerio del Trabajo a través de medios de prensa, también ha concluido que definitivamente no todas las prácticas de tercerización laboral deben ser consideradas como ilícitas y además, ha aceptado la falta de técnica y conocimiento sobre el particular en Colombia. (Jornada académica sobre tercerización laboral, 2015) (Colombia ya no está en el listado negro

de la OIT, 2015) (Empleo, el gran logro; formalización, el reto; reconocimiento de los derechos laborales, el presente: Lucho Garzón en la OIT, 2015).

Así, de los planteamientos expuestos es razonable colegir que para el Ministerio del Trabajo la tercerización laboral debe calificarse como ilícita cuando se vincule personal para realizar actividades misionales permanentes y se vulneren los derechos laborales de los trabajadores, de acuerdo a los indicios ya anunciados.

Sin embargo, en las decisiones de procedimientos administrativos sancionatorios citadas, es evidente el uso anti técnico de las instituciones jurídicas a partir de las cuales se lleva a cabo la tercerización laboral, pues se indica por ejemplo, que esta práctica sí está permitida cuando las actividades contratadas sean “(...) *actividades misionales permanentes ya sea por Licencias, aumento en la producción e incapacidades*” (Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo, 2015, pág. 39). Como se estudió previamente, es en estos eventos en los que está permitido a una empresa contratar con una EST para que le provea trabajadores en misión, mas no debería ser relevante para las demás instituciones jurídicas, conforme la interpretación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Los documentos estudiados apuntan a que la pretensión del Ministerio es acoplarse al alcance de otros términos estudiados previamente, provisto por las decisiones de la Corte Constitucional y la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre las relaciones con el contratista independiente, reiterando la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya aplicación ya fue planteada extensamente en el presente escrito.

Ahora bien, del Decreto es destacable que ahonda un poco más sobre el alcance de algunas de las instituciones jurídicas a través de las cuales se adelantan los procesos de tercerización laboral en Colombia, pero no profundiza en la forma concreta en la que se presentaría la ilicitud de cada una de ellas y apenas hace una referencia conceptual replicando la normativa vigente. Es estrictamente necesario que se determine en cada caso la ilicitud de esta práctica para que los denominados beneficiarios y proveedores, tengan certeza de si las prácticas que están ejecutando son o no son consideradas como ilícitas.

Finalmente, cuando el Ministerio del Trabajo vaya a declarar la ilicitud de un proceso de tercerización laboral, deberá además tener presentes los derechos de los que son titulares las personas naturales que prestan sus servicios bajo las diversas instituciones jurídicas planteadas, porque solo al determinar la vulneración de los derechos laborales, va a tener presente la relación que existe entre las personas que intervienen en esos procesos y por ende tendrá claridad frente al tipo de derechos en juego, pues como ya fue reiterado previamente, en Colombia no todas las relaciones en virtud de las cuales se presta un servicio, están regidas por las disposiciones laborales.

6. Conclusiones

Teniendo presente que Colombia no ha sido un país ajeno a los cambios económicos mundiales, los cuales han llevado al sector empresarial a la búsqueda de eficiencia, competitividad y persistencia en la generación de empleo, éstos han tenido un impacto directo en la forma en la que se despliegan las relaciones laborales, pues un gran número de ellas han mutado a lo que la doctrina ha denominado trabajo en régimen de subcontratación, *outsourcing* o tercerización laboral, en las que se encuentran tanto relaciones laborales como diversas formas de generación de empleo.

Así, al ejercer su competencia para vigilar y controlar el cumplimiento de las disposiciones laborales, es necesario que el Ministerio del Trabajo considere que desde el régimen constitucional colombiano se protege el empleo bajo sus diversas formas tales como el cooperativismo, el sindicalismo, o la asociación a partir de empresas asociativas de trabajo, entre otras, las cuales están legitimadas por el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, la autoridad del trabajo también debe tener presente, que la normativa colombiana establece una protección especial a las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

A pesar de la considerable generación de este tipo de relaciones en Colombia, el Congreso de la República ha establecido únicamente consecuencias frente a los derechos individuales de los trabajadores y no ha provisto de un alcance claro a los criterios que el Ministerio del Trabajo tendría en cuenta para sancionar a nivel administrativo estas prácticas cuando se consideren

ilícitas, así como en la solución de situaciones coyunturales como las sucedidas durante las dos últimas décadas con las Pre-cooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado.

En todo caso, el Congreso de la República no ha producido la normativa suficiente que amerita la diversidad de instituciones jurídicas a través de las cuales se lleva a cabo la tercerización laboral en el país. La normativa actual, en especial el Decreto 583 de 2016, es bastante ambigua, por las deficiencias anunciadas en la definición de la tercerización laboral y la equivocidad del concepto de intermediación laboral, los sujetos que efectivamente ejercen dichas prácticas, las consecuencias a nivel administrativo por incurrir en ellas, y por último, pero no menos importante, los criterios para determinar si las prácticas de tercerización laboral son lícitas o ilícitas, es decir, sancionables por la autoridad del trabajo.

Al margen de la falta de claridad conceptual en la normativa colombiana sobre los conceptos de tercerización e intermediación laboral, debería emitirse una norma jurídica general y abstracta, emitida por el órgano democrático por excelencia, es decir, el Congreso de la República, y no por el Ejecutivo, considerando que independientemente de la institución jurídica a partir de la cual se ejecuten esas prácticas, siempre se presentará la estructura de la relación triangular en la que intervienen tres sujetos: un sujeto beneficiario, un contratista y quien presta el servicio según cada caso²⁹. Es a partir de estas relaciones y de los sujetos que intervienen en ellas, que debería analizarse la eventual vulneración en que incurrió uno de los sujetos y que fue padecida por otro.

²⁹ La calidad del contratista y del prestador del servicio, se dará según la figura que se presente en la ejecución de la tercerización laboral, es decir: EST, PCTA y CTA, Contratista independiente, Contrato sindical, Simple intermediario y Empresa Asociativa

Así mismo, se pudo evidenciar que los criterios más dudosos son los de la actividad misional permanente y la denominada vulneración de derechos constitucionales y legales de los trabajadores. Tal claridad es fundamental en la medida en la que, como se explicó, no todas las instituciones jurídicas estudiadas se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo y no todos los derechos que surgen en virtud de las relaciones explicadas pueden ser calificados como laborales. Debería entonces emitirse una norma jurídica que aminore esa ambigüedad en la medida de lo posible, o en su defecto que se le provea de competencia a una autoridad pública para darle alcance a los términos mencionados caso por caso.

Ante ese escenario, hasta la expedición del Decreto 583 de 2016, en Colombia el Ministerio del Trabajo se había encargado de determinar caso a caso lo que esa entidad entendía por tercerización laboral, actividad misional permanente o vulneración de derechos laborales, contraviniendo en la mayoría de esos eventos con las normas constitucionales y legales que rigen las entidades públicas. Al margen de las referencias en dicho Decreto a los criterios, indicadores y definiciones, aún existen vacíos y ambigüedades en la normativa colombiana sobre la licitud de la tercerización laboral.

La ambigüedad en las normas jurídicas es una característica inevitable en la mayoría de los casos, sin embargo, proveer de mayor claridad sobre esos conceptos o sobre la autoridad pública encargada de determinar su alcance, disminuiría significativamente la inseguridad jurídica que padecen los operadores, lo que a su vez implica un riesgo para los sectores empresarial y cooperativo, así como un desincentivo a este tipo de prácticas, disminuyendo la generación de empleo.

Ahora, el concepto de actividad misional permanente podría construirse con ciertas referencias a las demás categorías previamente estudiadas, como el *core business*, el objeto social, el giro ordinario de los negocios, y las actividades permanentes, considerando, que estas actividades corresponden a aquellas que están íntimamente ligadas con la actividad principal de la empresa, y sin cuya existencia el proceso productivo quedaría alterado. Lo que de hecho, el Ministerio del Trabajo ha comenzado a adoptar, pero con ciertas referencias implícitas y abiertamente inconstitucionales a los conceptos de objeto social y a la actividad normal del giro de los negocios. Adicionalmente, el Decreto sobre tercerización laboral ilegal no aporta referencias considerables a los elementos para construir ese concepto.

Lamentablemente, ni siquiera el Ejecutivo, a través del Presidente de la República se encargó de incluir alguna referencia más profunda al contenido de la actividad misional permanente, o tal vez hacer una remisión a las decisiones judiciales y normas jurídicas precitadas sobre los otros conceptos, para así permitir una aproximación clara al concepto y por lo tanto a la tercerización laboral ilegal.

De la mano de lo anterior, como se hizo manifiesto, el concepto de actividad misional permanente tiene una aplicación particular para la Sociedad de Acciones Simplificadas, con la que se discrepa, pues el ejecutivo, al establecer que a efectos de la intermediación laboral ilícita, cualquier acto que ejecutase una sociedad de este tipo, con un objeto social indeterminado, sería actividad misional permanente, está eliminando la posibilidad de subcontratar lícitamente a este tipo societario cuando acude a opciones válidas sobre la formulación de su objeto social consagradas en una ley emitida por el Congreso de la República.

Lo anterior se torna aún más preocupante, considerando que un gran número de personas jurídicas en Colombia están constituidas bajo este tipo societario.

Así las cosas, de la lectura de la normativa estudiada es razonable concluir que en Colombia no está prohibida la tercerización laboral, sino que se protegen los derechos de toda fuente radicados en cabeza de los trabajadores y se evitan sus violaciones. En términos explícitos de la legislación y los dos decretos analizados, las actividades misionales permanentes deben ser ejecutadas por personal vinculado directamente a esa misma entidad—no a un tercero- y bajo un contrato laboral, cuando están en juego sus derechos laborales.

La sola subcontratación de un tercero para que ejecute una actividad misional permanente de quien se beneficia del trabajo humano no debería ser suficiente para catalogar esa práctica como ilícita, sino que es necesario mirar cada institución en concreto e identificar cómo se presentan las prácticas en cada una de las instituciones jurídicas que sirven de vehículo para ejecutarla, teniendo presentes los denominados elementos indicativos expuestos en el Decreto 583, para que de esa manera, la autoridad del trabajo la califique como sancionable o no.

Lo anterior, considerando que extender las consecuencias adversas de índole patrimonial a los sujetos que intervienen en procesos de tercerización laboral —como género- sería violatorio de los derechos de los mismos, pues la normativa colombiana estableció de una manera absolutamente genérica e imprecisa los supuestos de hecho de las normas que consagran las consecuencias para los sujetos que intervienen en procesos de tercerización laboral.

En últimas, las prácticas de tercerización laboral han sucedido en Colombia de una manera más acelerada que lo que el legislador y el ejecutivo se han encargado de emitir normas jurídicas

que lo regulen, preservando los intereses y derechos de los trabajadores, pero restringiendo el ejercicio económico a partir de ambigüedades en la normativa.

El estado actual de las normas jurídicas, así como la falta de certeza sobre las decisiones del Ministerio del Trabajo, generan inseguridad jurídica, y traen consigo cargas absolutamente desproporcionadas en cabeza de los sujetos generadores de empleo a partir de sus diversas formas, y no solo desde el establecimiento de relaciones regidas por el Código Sustantivo del Trabajo, en una sociedad que evoluciona en la forma en la que produce bienes y servicios.

Referencias Bibliográficas

- Ackerman, M. (2008). *Tratado de Derecho del trabajo* (Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá.
- Blanco, O. (2007). Las empresas de servicios temporales en Colombia. *Revista latinoamericana de Derecho Social* (5), 231 a 237. Recuperado el 12 de noviembre de 2015, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/5/cl/cl11.pdf>
- Cabrera, L. (2011). El principio de igualdad en materia laboral a partir de la Constitución de 1991. Análisis jurisprudencial. *Revista de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali*, 11(2). Recuperado el 19 de febrero de 2016, de <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/RevistaUniversitaria/JaverianaCali/Criterio%20Juridico%202011%20Vol%202/El%20principio.htm>
- Casale, G., & Sivananthiran, A. (2011). *Los fundamentos de la administración del trabajo*. (O. I. Trabajo, Ed.) Ginebra, Suiza.
- Central Unitaria de Trabajadores (27 de febrero de 2012). *Diferencia entre la actividad o función permanente y la actividad o función misional permanente*. Colombia. Recuperado el 12 de enero de 2016, de <http://cut.org.co/diferencia-entre-la-actividad-o-funcion-permanente-y-la-actividad-o-funcion-misional-permanente/>
- Confecoop (2009). *Desempeño sector cooperativo colombiano*. Bogotá D. C.: Confecoop. Recuperado el 22 de noviembre de 2015, de <http://www.confecoop.coop/index.php/sector-cooperativo-colombiano-2009>
- Confecoop (2012). *Desempeño sector cooperativo colombiano*. Bogotá D. C.: Confecoop. Recuperado el 24 de noviembre de 2015, de http://www.confecoop.coop/images/informes_anuales/Informe_2012.pdf
- Confecoop (2014). *Desempeño sector cooperativo colombiano*. Bogotá D. C.: Confecoop. Recuperado el 27 de noviembre de 2015, de

http://www.confecoop.coop/images/informes_anuales/DESEMPE%C3%91OCOOOP2014.pdf

Congreso de la República. Leyes 134 de 1931, 2158 de 1948, 79 de 1988, 50 de 1990, 10 de 1991, 356 de 1994, 712 de 2001, 1233 de 2008, 1258 de 2008, 1429 de 2010, 1496 de 2011, 1610 de 2013, 1753 de 2015.

Consejo de Estado. (26 de octubre de 1994). Sentencia 6038.

Consejo de Estado (21 de agosto de 2003). Sentencia.

Consejo de Estado (6 de julio de 2015). Sentencia 11001-03-25-000-2010-00240-00.

Consejo Privado de Competitividad (2015). *Informe Nacional de Competitividad 2015-2016*.

Bogotá D. C.: .Puntoaparte Bookvertising. Recuperado de

<http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/2015/11/INC-2015-2016.pdf>

Corte Constitucional. (27 de julio de 1995). Sentencia C-330.

Corte Constitucional. (15 de octubre de 1997). Sentencia SU-519.

Corte Constitucional. (18 de octubre de 2001). Sentencia T-1191.

Corte Constitucional. (26 de agosto de 2005). Sentencia T-889.

Corte Constitucional. (24 de mayo de 2006). Sentencia C-397.

Corte Constitucional. (2 de Septiembre de 2009). Sentencia C-614.

Corte Constitucional. (15 de junio de 2010). Sentencia T-449 .

Corte Constitucional. (31 de agosto de 2011). Sentencia C-645.

Corte Constitucional. (27 de mayo de 2011). Sentencia T-457.

Corte Constitucional (7 de marzo de 2012). Sentencia C-171.

Corte Constitucional (16 de septiembre de 2003). Sentencia C-802

Corte Constitucional. (20 de Agosto de 2014). Sentencia C-593.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Expediente No. 35570 del 13 de abril de 2010, M.P.

Eduardo López Villegas

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Radicado 33082 del 2 de junio de 2009, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Radicado 34204 del 10 de agosto de 2010, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia 12187 del 27 de octubre de 1999, M.P. José Roberto Herrera Vergara

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 21 de septiembre de 2010, Expediente Nro. 34893, M. P. Eduardo López Villegas y Sentencia SL14540-2014 del 5 de febrero de 2014, Radicación Nro. 38651, M.P. Gustavo Hernando López Algarra

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia Rad. 9881 del 10 de septiembre de 1997

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL868-2013, radicado 56580 del 13 de noviembre de 2013, M.P. Gustavo Hernando López Algarra.

Corte Suprema de Justicia, SL16217-2014 Radicación N° 45830 del 26 de noviembre de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve

Corte Suprema de Justicia. Radicación 9435 del 24 de abril de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez.

Corte Suprema de Justicia. Radicado 25717 del 22 de febrero de 2006, M.P. Carlos Isaac Nader

Corte Suprema de Justicia. Radicado 27623 del 10 de marzo de 2009, M.P. Eduardo López Villegas

Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 25505 del 30 de Agosto de 2005, M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López y No.39342 del 5 de junio de 2012, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 30997 del 17 de junio de 2008, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 40541 del 20 de marzo de 2013, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado 35864 del 1 de marzo de 2011, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Radicado 988 del 10 de octubre de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 695 – 2013, Radicación No. 37297 del 2 de octubre de 2013, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL12234-2014, Radicado 40058 del 10 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL4400-2014, Radicación N° 39000 del 26 de marzo de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL-485 del 24 de julio de 2013, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve
- Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo. (27 de Julio de 2015). *Resolución No. 311*. Recuperado el 31 de Agosto de 2015, de <http://www.mintrabajo.gov.co/prensa/noticias-del-ministerio/756-agosto-2015/4762-ministerio-del-trabajo-sanciona-a-multinacional-por-practicas-irregulares-de-tercerizacion-laboral.html>
- Ermida, O., & Orsatti, Á. (2009). *Estrategia sindical hacia trabajadores tercerizados*.
- Ermida, O., & Colotuzzo, N. (2009). *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo. Lima: Proyecto FSAL. Recuperado el 10 de Octubre de 2015, de http://white.lim.ilo.org/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf
- García, M. P. (17 de septiembre de 2015). *Tercerización, intermediación labores misionales permanentes y formalización*. Bogotá D. C., Recuperado el 14 de diciembre de 2015, de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti141709->

09tercerizacion_intermediacion_labores_misionales_permanentes_y_fo/noti141709-09tercerizacion_intermediacion_labores_misionales_permanentes_y_fo.asp?Miga=1

Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical (1 de agosto de 2013). *Tercecerizacion mediante agencias de trabajo temporal en america latina: Campaña Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Autorreforma Sindical*. Sao Paulo, Brasil.

Guataquí, J. C., García, A., & Rodríguez, M. (2009). *Criterios para tener en cuenta en la definicion de una linea base para politicas de intermediacion en Bogotá*. Bogotá D. C. Recuperado el 12 de diciembre de 2015, de http://www.urosario.edu.co/urosario_files/20/208be73e-b44a-4335-9e34-0bffa043ad6.pdf

Hierrezuelo, R. (2008). Intermediación e interposición laboral y descentralización productiva. En M. Ackerman, *Tratado de Derecho del Trabajo Tomo II* (pág. 155 a 259). Buenos Aires, Argentina.

Informe Privado de Competitividad. (2013). *Informe Nacional de Competitividad 2013 - 2014*. Bogotá D. C.: Puntoaparte Bookvertising.

Jaramillo, H. (2015). Vigilancia y control, prescripción de acciones. En C. d. Colombia, *Compendio teórico práctico de derecho del trabajo* (pág. 864 a 880). Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.

López, A. (15 de enero de 2016). *Proyecto de ley 111 "por la cual se dictan normas para suprimir y prohibir la contratación laboral, mediante cooperativas de trabajo asociado y demás formas de tercerización laboral"*. Bogotá D. C. Recuperado el 17 de enero de 2016, de <http://www.fenalco.com.co/sites/default/files/PROYECTO%20DE%20LEY%20111%20DE%202015%20SENADO.pdf>

Mazza, J. (2002). *Servicios de Intermediación Laboral: Un análisis para los países de América Latina y el Caribe*. Recuperado el 27 de Diciembre de 2015, de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35150204>

Mazza, J. (2003). Servicios de Intermediación laboral: enseñanzas para América Latina y el Caribe. *Revista de la CEPAL*(80).

Ministerio de la Protección Social (4 de octubre de 2011). *Circular Nro. 055*. Bogotá D. C.

Recuperado el 19 de octubre de 2015, de

https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/BoletinJuridico/Boletin%20J_2012_23.pdf

Ministerio de la Protección Social y Superintendencia de la Economía Solidaria. (27 de agosto de 2004). *Circular Conjunta No. 067*. Bogotá D. C. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de

http://www.supersolidaria.gov.co/sites/default/files/public/normativa/conjunta_2004_no.0067.doc

Ministerio del Trabajo. (28 de abril de 2014). *MinTrabajo impone multa a Gecolsa S.A. y Dimantec Ltda., por 3.000 salarios mínimos a cada una*. Bogotá D. C. Recuperado el 14 de enero de 2016, de <http://www.mintrabajo.gov.co/abril-2014/3337-mintrabajo-impone-multa-a-gecolsa-sa-y-dimantec-ltda-por-3000-salarios-minimos-a-cada-una.html>

Ministerio del Trabajo. (8 de mayo de 2014). *MinTrabajo impone multimillonaria sanción por tercerización laboral en el sector palmicultor*. Bogotá D. C., Recuperado el 19 de enero de 2016, de <http://www.mintrabajo.gov.co/mayo-2014/3374-mintrabajo-impone-multimillonaria-sancion-por-tercerizacion-laboral-en-el-sector-palmicultor.html>

Ministerio del Trabajo. (6 de junio de 2015). *Colombia ya no está en el listado negro de la OIT*. Bogotá D. C. Recuperado el 24 de enero de 2016, de <http://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicacion-interna/848-junio-2015/4541-colombia-ya-no-esta-en-el-listado-negro-de-la-oit.html>

Ministerio del Trabajo. (18 de septiembre de 2015). *Concepto 178051*. Bogotá D. C. Recuperado el 31 de enero de 2016, de http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/cat_view/824-2015.html?limit=5&order=date&dir=ASC&start=775

Ministerio del Trabajo. (5 de junio de 2015). *Empleo, el gran logro; formalización, el reto; reconocimiento de los derechos laborales, el presente: Lucho Garzón en la OIT*. Bogotá D. C. Recuperado el 24 de enero de 2016, de <http://www.mintrabajo.gov.co/junio-2015/4533->

empleo-el-gran-logro-formalizacion-el-reto-reconocimiento-de-los-derechos-laborales-el-presente-lucho-garzon-en-la-oit.html

Ministerio del Trabajo. (27 de noviembre de 2015). *Jornada académica sobre tercerización laboral*. Bogotá D. C. Recuperado el 29 de diciembre de 2015, de <http://www.mintrabajo.gov.co/noviembre-2015/5010-jornada-academica-sobre-tercerizacion-laboral.html>

Ministerio del Trabajo. (29 de octubre de 2015). *Ministerio del Trabajo impone millonaria multa a Fabricato*. Bogotá D. C., Recuperado el 22 de enero de 2016, de <http://www.mintrabajo.gov.co/medios-octubre-2015/4952-ministerio-del-trabajo-impone-millonaria-multa-a-fabricato.html>

Ministro del Trabajo. (16 de enero de 2016). *Proyecto de decreto tercerización*. Bogotá D. C. Recuperado el 20 de enero de 2016, de <http://www.mintrabajo.gov.co/construccion-normatividad>

Organización Internacional del Trabajo. (9 de julio de 1948). *Convenio 088 sobre el servicio de empleo*. Ginebra, Suiza. Recuperado el 29 de septiembre de 2015

Organización Internacional del Trabajo. (9 de julio de 1948). *Convenio 87*. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo. (21 de junio de 1966). *Recomendación 127*. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo (1997). *Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas*. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo. (1997). *Informe VI (1) sobre Trabajo en régimen de subcontratación*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2006). *Informe I (V) Cambios en el mundo del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Obtenido de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-c.pdf>

Organización Internacional del Trabajo. (2006). *Informe V (1) sobre la Relación de Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

- Organización Internacional del Trabajo. (15 de junio de 2006). *Recomendación Nro. 198 sobre la relación de trabajo*. Ginebra, Suiza. Recuperado el 2016 de enero de 29, de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). *Informe para la discusión en la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado el 10 de Diciembre de 2015, de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/meetingdocument/wcms_338262.pdf
- Pérez, M. (2006). *Doctrina y alcance de la temporalidad laboral*. Bogotá D.C: Editorial Cra 7.
- Pérez, M. (2012). *Contratación laboral, intermediación y servicios*. Bogotá D. C.: Legis Editores S.A.
- Peyrano, J. (2000). La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales. *Revista uruguaya de Derecho Procesal* (3).
- Piedrahíta, C., & Monsalve, M. E. (2015). Labor outsourcing: between efficiency and social equity. *17th Ilera World Congress*, (pág. 20). Ciudad del Cabo. Recuperado el 12 de enero de 2016, de <http://www.ileraworld.com/dynamic/full/IL259.pdf>
- Presidencia de la República. Decretos 2127 de 1945, 2531 de 1965, 2400 de 1968, 3074 de 1968, 1433 de 1983, 468 de 1990, 1100 de 1992, 4369 de 2006, 4588 de 2006, 1429 de 2010, 1598 de 2011, 2025 de 2011, 2708 de 2013, 1025 de 2014.
- Procuraduría General de la Nación. (2010). *Trabajo digno y decente en Colombia: seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Bogotá D.C.: Rasgo y Color Ltda. Recuperado el 22 de diciembre de 2015, de [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas\(1\).pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas(1).pdf)
- Procuraduría General de la Nación. (2013). *Circular 008 - Tercerización laboral*. Recuperado de http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Circular%20008_2013_TercerizacionLaboral.pdf
- Puig, J., & Osorio, V. (2014). *El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal*. Medellín, Colombia: Escuela Nacional Sindical.

- Rengifo, R. (2012). *Personas de Derecho Privado*. Medellín, Colombia: Librería Señal Editorial.
- Reyes, F. (2009). *S.A.S. La Sociedad por Acciones Simplificadas*. Bogotá D. C.: Legis Editores.
- Reyes, F. (2011). *Derecho Societario* (Vol. I). Bogotá D. C.: Editorial Temis.
- Rivera, H., & Otros. (2012). *Perdurabilidad empresarial: caso cooperativas de trabajo asociado en el sector salud*. Bogotá D. C. Recuperado el 30 de noviembre de 2015, de http://www.urosario.edu.co/urosario_files/87/879d6ce9-bb94-46f8-8648-efd4cce76a44.pdf
- Rojas, A. (2004). Intermediación Laboral. *Revista de derecho*, 167 a 210. Obtenido de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2847/1938>
- Rojas, L. (19 de diciembre de 2011). ¿Una alternativa viable ante la intermediación laboral? El contrato sindical. *Revista de cultura y trabajo* (84). Recuperado el 13 de septiembre de 2015, de <http://www.ens.org.co/index.shtml?apc=ba--;1;-;&x=20166819>
- Román, Á., & García, A. C. (2013). Representantes del patrono y solidaridad. En Varios, *Compendio teórico-práctico de derecho del trabajo individual y colectivo*. Bogotá D. C.: Legis Editores.
- Scheinder, B. (2004). *Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Bogotá D. C.: Norma.
- Superintendencia de Sociedades de Colombia. (enero de 2014). *Boletín Jurídico*. Bogotá D. C. Recuperado el 10 de Enero de 2016, de <http://www.supersociedades.gov.co/prensa/publicaciones/Documents/Plantilla%20enero%202015.pdf>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2 de Marzo de 2004). *Concepto No. 2003062678-2*. Bogotá D. C. Recuperado el 19 de Enero de 2016, de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=18999&dPrint=1>
- Superintendencia Nacional de Salud. (8 de marzo de 2012). *Concepto 2-2012-015024*. Bogotá D. C., Recuperado el 21 de enero de 2016, de https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/BoletinJuridico/Boletin%20J_2012_23.pdf

Toledo, O. (2000). *Poder Judicial del Perú*. Recuperado de

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1070f18046d48a20a9d9a944013c2be7/7.+Intermediaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1070f18046d48a20a9d9a944013c2be7>

Universidad del Externado. (diciembre de 2007). *Boletín del observatorio del mercado de*

trabajo y la seguridad social: Las cooperativas de trabajo asociado en Colombia. Bogotá

D. C. Recuperado el 2015, de

http://www.uexternado.edu.co/derecho/pdf/observatorio_mercado_trabajo/boletin_10.pdf