



La tercerización del trabajo en el derecho laboral

Iván Felipe González Borda y Juan Manuel Hernández Torres

Universidad Militar Nueva Granada

Monografía para optar el título de Abogado

Nota del autor

La tercerización del trabajo en el derecho laboral, Profesor: Rafael Forero, Programa de Derecho,  
Universidad Militar Nueva Granada

## Tabla de contenido

Introducción.....	5
-------------------	---

### TÍTULO I

#### La tercerización laboral a través del tiempo

#### CAPITULO I

##### Antecedentes internacionales

1. Fordismo.....	9
2. Toyotismo.....	11

#### CAPÍTULO II

##### Antecedentes nacionales

1. Los 80s.....	14
2. Los 90s.....	15
3. La OIT y la tercerización del trabajo.....	15

### TÍTULO II

#### Legislación, jurisprudencia y modalidades de la tercerización del trabajo

#### CAPITULO I

##### Regulaciones

1. Desarrollo legislativo de la tercerización del trabajo. ....	24
2. Clases de tercerización. ....	36
2.1 De mano de obra. ....	39
2.1.1 Trabajadores en misión. ....	39
2.2 De servicios. ....	39
2.2.1 Contratista independiente. ....	40

2.2.2 Simple intermediario. ....	41
2.2.3 Beneficiario. ....	41
2.2.4 Actividad misional permanente. ....	42
2.3 De bienes.....	43
2.3.1 Proveedores. ....	43

## CAPITULO II

### Los derechos laborales

1. Derechos de los trabajadores en misión.....	44
1.1 Remuneración salarial.....	48
1.2 Prestaciones sociales del trabajador.....	49
1.2.1 Prima de Servicios. ....	49
1.3 Vacaciones. ....	50
1.4 Responsabilidad de las empresas de servicios temporales. ....	51

## CAPITULO III

### Figuras predominantes

1. Bussines process outsourcing (B.P.O) .....	53
2. Cooperativas de trabajo asociado (C.T.A).....	57
2.1 Compensaciones.....	58
2.1.1 Compensaciones ordinarias. ....	58
2.1.2 Compensaciones extraordinarias.....	59
2.2 Manejo de prestaciones sociales y seguridad social. ....	59
2.3 Prohibiciones y sanciones de las Cooperativas de trabajo asociado.....	61
2.4 Responsabilidad en las C.T.A .....	63
3. Empresas asociativas de trabajo (E.A.T).....	64
3.1 Requisitos para su constitución.....	64
3.2 Aportes de los asociados. ....	66
3.3 Diferencia entre la C.T.A y las E.A.T.....	66
4. Empresas de servicio temporal (E.S.T).....	67
4.1 Clasificación de los trabajadores. ....	67

4.2 Requisitos para su constitución. ....	68
4.3 Prohibiciones y sanciones de las Empresas de Servicio Temporal.....	69
4.4 Diferencias entre las E.S.T y C.T.A .....	70
Conclusiones. ....	71
Recomendaciones.....	73
Referencias.....	74

## **Introducción**

La tercerización laboral es la contratación de uno o varios trabajadores por medio de un tercero; estos no tienen un contrato laboral directo con la persona natural o jurídica que solicita que se cumplan con una función por un lapso. El término tiene muchos tipos de figuras, las cuales van encaminadas principalmente a satisfacer necesidades que no son propias de la actividad principal del contratante y estas pueden realizarse por medio de servicios, bienes o por el mismo trabajador. En el marco ideal estas figuras dan grandes beneficios tanto a los contratantes como a los contratados, pues origina una mayor cantidad de empleo, genera inversión de capital de empresas multinacionales a empresas más pequeñas siendo una manera rápida y eficaz de cumplir obligaciones que puedan surgir a algunas empresas. En la práctica es algo distinto, aunque dichas figuras jurídicas se crearon para esos propósitos y una gran variedad más, en el uso habitual de esta se realizan diferentes maniobras para beneficiarse de las mismas; por ejemplo: aprovechan estas figuras para no darle ciertos beneficios a los trabajadores que sí deberían darles en caso de que tuvieran un contrato laboral, beneficios como cotización de un porcentaje en salud, pensión entre otras.

El objeto de este proyecto es en primer lugar explicar más a fondo la tercerización laboral, explorar sus antecedentes, revisar que leyes colombianas la rigen, describir los tipos de figuras que recoge; tanto típicas como atípicas, interpretar la diferencia entre cada uno de las clases que existen, esclarecer cuales son los derechos de los trabajadores en cada uno de los tipos y los requisitos que deben tener tanto los contratantes como los contratados, entre otros.

En conclusión, abarcaremos la tercerización del trabajo de una manera jurídica al escudriñar las leyes y los decretos que rigen la figura en el territorio colombiano. Se realizará un estudio

teórico al indagar sobre los tipos que existen y además diferenciarlos los unos de los otros, y de forma social al averiguar los derechos que tienen los trabajadores en cada una de las figuras que se encuentran en este proyecto.

## TÍTULO I

### La tercerización laboral a través del tiempo

En la tercerización a través del tiempo, ha venido evolucionando la relación de “a mayor producción, mayores ingresos”, y, por ende, en qué forma los trabajadores empezaron a ver sus derechos laborales vulnerados. Si bien es cierto, el antecedente inmediato de la tercerización laboral es el *‘fordismo’*, donde su sistema de producción se basaba exclusivamente en una línea de ensamblaje sin tiempos muertos, no existía mano de obra distinta a la propia de la empresa, pues todo era producido y acoplado por ellos mismos.

A partir del *‘toyotismo’*, donde se empiezan a evidenciar las transgresiones a los derechos laborales. En una maniobra para reducir costos de producción y aumentar ganancias, la compañía Toyota Motor Corporation decide delegar ciertas actividades a trabajadores que no hicieran parte de sus empleados de nómina, y disminuir y evitar el reconocimiento de ciertos beneficios que sí tenían los trabajadores de planta. La práctica de ello terminó en una figura llamada: “trabajo satélite”. Esta modalidad, es una figura en la que una empresa, en este caso Toyota Motor Corporation, recurre a una o varias personas, para que realicen un trabajo determinado y lo terminen en un tiempo estimado, todo ello en un sitio diferente a las instalaciones de la compañía, a libre elección del contratado.

No hay relación laboral, por lo cual, la empresa contratante se exime de ciertas obligaciones propias del contrato laboral. A raíz de ello, empiezan a surgir figuras que infringen aún más los derechos de los trabajadores, tal es el caso de la “maquila”, donde actualmente grandes compañías subcontratan fábricas, normalmente en países del tercer mundo, donde pueden realizar estas

prácticas, por lo permisivo que llega a ser el estado en temas laborales, y así conseguir ingresos muy altos por costos bajos.



## CAPÍTULO I

### Antecedentes internacionales

Es pertinente realizar un análisis histórico y jurídico de los hechos que dieron paso a la implementación de esta nueva modalidad en el derecho laboral a nivel mundial, igualmente el mencionado análisis se realizara dentro de la historia y la legislación en Colombia.

#### 1. Fordismo

El '*fordismo*' es un sistema de producción industrial en serie establecido a principios del siglo XX, el cual se basaba principalmente en producir la mayor cantidad de bienes en el menor tiempo posible. Se fabricaba las 24 horas del día y los siete días de la semana, cambiando de trabajador por horarios para no tener tiempos muertos, pues eso significaba pérdida de dinero. Este modelo de organización productiva tiene como referentes principales Henry Ford<sup>1</sup> y Antonio Gramsci<sup>2</sup>. Justamente el *fordismo* se basa en el modelo de organización y gestión

---

<sup>1</sup> El historiador Ruggiero Romano , realiza un artículo sobre la biografía de Henry Ford (30 de julio de 1863 en Michigan – 7 de abril de 1947), ingeniero estadounidense fundador de empresa Ford Motor Company (1903), a quien se le atribuye la creación del sistema 'Fordismo' consistente en la producción en masa, el cual se difundió entre finales de los años treinta y principios de los setenta y que creó mediante la fabricación de una gran cifra de automóviles utilizando la producción en cadena; este sistema unía la utilización de maquinaria especializada y un número elevado de trabajadores dentro de la nómina de la empresa. Ford, fue un pionero del Estado Bienestar, buscó mejorar el nivel de vida de sus trabajadores y reducir su rotación. La eficiencia suponía contratar y mantener a los mejores trabajadores. En el año de 1.914 anunció el programa retributivo de 5 dólares al día, el cual incluía una reducción en la jornada laboral diaria de 9 a 8 horas; comenzó la implantación de la semana de 40 horas y por establecer un salario mínimo y lo cual le supuso grandes críticas, en especial de Wall Street. H. Ford estaba en total desacuerdo con los sindicatos que se constituían dentro de sus fábricas, por lo cual decidió a Harry Bennet como Jefe del Departamento de Servicio, Bennet a su vez era un ex boxeador de la marina, uno de los incidentes más recordados fue en 1.937 cuando ante los medios se inició una fuerte disputa entre el cuerpo de seguridad y los sindicalistas. (Romano, 1958)

<sup>2</sup> Antonio Gramsci ((1891-1937)), filósofo, teórico marxista, político y periodista italiano, fundador del partido comunista italiano. Fue quien acuñó el término "fordismo" puesto que Henry Ford fue quien dio el método, pero en sus análisis de la industria americana es Gramsci quien lo acuña de este modo. Autor del libro "Americanismo y fordismo" en el cual hace análisis entre otros aspectos del industrialismo y sus nuevos métodos. (UNESCO, 1993)

empresarial de Henry Ford por un método de producción en serie, en palabras del economista mexicano Aguirre el fordismo es:

También un sistema de hiperracionalización del modo de trabajo individual del obrero singular, miembro del obrero colectivo, pero a diferencia del taylorismo, esta hiperracionalización es realizada a través de máquinas, mediante un sistema mecánico completo y complejo, cuyas piezas clave o mecanismos esenciales son, en primer lugar la cadena de montaje, y en segundo, todo un conjunto integrado de formas de movimiento y transporte interno de los objetos de trabajo, compuesto de grúas, deslizadores, vagonetas, transportadores, etcétera. (Aguirre, p.29 2008)

Este procedimiento se encargaba en dar una sola tarea a cada obrero y acomodarlo en un puesto de la línea de ensamblaje, evitando que el trabajador se moviera de su sitio de trabajo. Al realizar una única tarea sistemáticamente se disminuyen costos y se potencializa la producción. También el *fordismo* se toma como un modelo de organización socio-político y económico tomado por la Escuela de la Regulación referenciado por la académica Edith Reta al indicar que el fordismo es una:

Superación del taylorismo, por cuanto designa un conjunto de importantes transformaciones del proceso del trabajo íntimamente ligadas a los cambios en las condiciones de existencia del trabajo asalariado que originan la formación de una norma social de consumo y tienden a institucionalizar la lucha económica de clases en la negociación colectiva. (Reta, p,114. 2009)

Ahora bien, fue Henry Ford quien planteó el método, pero Antonio Gramsci bautizó el método. Gramsci lo utilizó en su libro “Americanismo y fordismo”, que habla precisamente de la modernización de los métodos de producción y el acople que tenían los trabajadores a ello.<sup>3</sup>

Es conveniente centrarse en un ejemplo práctico. Los trabajadores tenían turnos con un horario fijo, el empleado ‘x’ laboraba de las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., a esa hora era reemplazado por otro dependiente ‘y’ quien abarcaba exactamente las mismas tareas en el mismo puesto desde las 6:00 p.m. hasta las 6:00 a.m., cuando volvía a su puesto de ensamblaje el trabajador ‘x’. Gracias a este sistema de dos trabajadores con una única tarea. No existía en ningún lapso un tiempo muerto y siempre había producción.

## 2. Toyotismo

Tras varias décadas donde se impuso el *fordismo*’ como modelo de producción masivo por parte de las grandes multinacionales, en donde el tiempo era dinero (literalmente) y la producción de mercancía prácticamente no se detenía en ningún momento, se empezó a generar una idea que rompía por completo el esquema, de la mano de Taiichi Ohno<sup>4</sup>, un ingeniero de la reconocida empresa fabricante de automóviles “Toyota Motor Corporation”.

---

<sup>3</sup> Antonio Gramsci Autor del libro “Americanismo y fordismo” realiza para el presente estudio un análisis de los factores salariales en empresas de gran hegemonía como la Ford, considera que los salarios altos a los empleados se debe a la necesidad de compensar con un nivel de vida más alto el desgaste tanto físico como psíquico que tienen los trabajadores por los nuevos sistemas de producción impuestos, hace un estudio anticipado de lo que llamaba “aristocracia obrera privilegiada” lo cual considera es una fragmentación del mercado por los salarios tan beneficiosos para una parte de los trabajadores que debían cumplir determinados requisitos para conseguirlos.

<sup>4</sup> Taiichi Ohno (1912 –1990) fue un ingeniero industrial japonés, trabajador de la empresa “Toyota Motor Corporation”. Fue transferido en 1.932 a la fábrica de telares de la familia Toyota al finalizar la Segunda Guerra Mundial ingreso a la empresa Toyota Motor Company con el fin de reiniciar la fabricación de camiones y automóviles. En el año de 1.954 recibió el nombramiento de Director en Toyota y progresivamente ocupó puestos de mayor importancia hasta llegar a ser Vicepresidente en el año de 1.975. fue integrante hasta el día de su muerte del Consejo de Administración de la compañía Creador del sistema de producción ‘Just in time’. (Gómez, 2017)

Ohno diseñó un esquema en el que el tiempo no era dinero, sino que el dinero era lo que se podía vender, es decir la demanda de la producción. Por esta razón, en este esquema la oferta no debía superar la demanda, sino simplemente ajustarlas equilibradamente. Por esta razón su lema era *'Just In Time'*<sup>5</sup>, es decir, justo a tiempo, de acuerdo a Olivella (2017) “aumentar la productividad y el beneficio situando el poder en el proceso” (p.2) y así el conocimiento del producto está a cargo de los operarios.

Solo necesitaba los trabajadores que la producción demandara, de esta forma si lo solicitado era de un millón de unidades se requería un determinado número de trabajadores. Sin embargo, no siempre se trataba del mismo número de unidades, por ende, no se necesitaban todos los meses el mismo número de trabajadores. A raíz de esto Toyota Motor Corporation decide contratar trabajadores de la necesidad para determinada entrega, teniendo una base de dependientes en nómina y contratando periódicamente a los que fuera necesitando. A estos últimos simplemente los contrataba por medio de otras empresas o les ofrecía un contrato temporal para cubrir las necesidades del momento. Así nace el modelo de tercerización y subcontratación del trabajo en el mundo moderno, a partir de la necesidad de producir lo que el comprador demanda y no producir en cantidades innecesarias.

La Característica principal del modelo Toyotista como lo explica Bronstein (1999) "tiende a concentrar en la empresa lo que llamaríamos actividades nucleares, externalizando aquellas que se consideran periféricas, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos" (p.18). De esta manera se da una creciente utilización de este tipo de contratación por los

---

<sup>5</sup> El método "Just In Time" (JIT) o el método justo a tiempo finalmente es un sistema de organización de la producción de origen Japonés, conocido como *método Toyota* desarrollado por bTaiichi Ohno consistiendo en producir los elementos necesarios según las cantidades solicitadas,

grandes cambios que han experimentado las relaciones laborales durante las últimas décadas, como el uso continuo de nuevas tecnologías que automatizan la producción de determinados bienes que antes eran realizados por personal humano. Estos cambios han generado que las empresas opten por usar agentes externos para la realización de determinadas actividades que no se pueden caracterizar como nucleares o esenciales de la misión que ha de tener la empresa beneficiaria trayendo consecuencias como lo afirma Bronstein (1999):

La difusión de esta práctica ha conllevado un fenómeno de reemplazo de la mano de obra empleada directamente por la empresa por otra que jurídicamente depende de un tercero o es autónoma, y que invariablemente es empleada en condiciones laborales más desventajosas que la que tiene condición jurídica de subordinada de la empresa principal o usuaria. (Bronstein, 1999, p.11).

De esta manera la empresa clásica tradicional, en la cual contrataban de forma directa a todos los empleados y prestadores de servicios dentro del proceso de producción, empezó a ser reemplazada gradualmente a, por empresas prestadoras de estos servicios, por lo que se flexibilizo al acceso a los mismos, como una forma de no tener que asumir directamente la carga prestacional.

## **CAPÍTULO II**

## Antecedentes nacionales

### 1. Los 80s

En esta década, Colombia inicia un modelo de economía solidaria y con ella un nuevo mercado trayendo como consecuencia una competencia entre empresas con la necesidad de maximizar el producto. Por esta razón fue necesario cambiar las estrategias que se habían mantenido para mejorar la competitividad frente a las demás empresas; para ello era ineludible conseguir ayuda de terceros en otro tipo de industrias, con el fin de que las empresas pudieran concentrarse en sus principales fuentes de ingresos y en su verdadero objeto, esencia y razón de su creación para que no tuvieran que desviar recursos ni trabajadores a otro tipo de actividades que no eran propias, como lo describe el jurista colombiano Perez (2016):

Es una desegregación de estas al interior de la empresa para trasladarla a terceros especializados que eran más eficientes por la misma especialización en el desarrollo de sus objetos sociales, lo que facilitaba la dedicación a lo propio de cada unidad empresarial, a lo que se llamó *core business* (Perez, 2016,p.8)

Es decir, que el *core business* constituye el corazón de la empresa, el cual diferencia al negocio de los demás ante la sociedad, que determinado por su actividad principal debe dirigirse a la estrategia de mercado, en palabras de Schnaeider (2004). El core business es: “ el conjunto de habilidades involucradas en la realización y la generación de las funciones y los productos que definen el carácter diferencial de la organización en relación con otras” (Schneider, 2004). Con todo ello el *core business* es lo que facilita llevar a cabo de mejor manera frente a los competidores el objeto social de la empresa y a la vez a mejorar continuamente, por tal razón surge la idea del outsourcing también llamado tercerización que se ve enfocado

en la eficiencia de los mismo. Este modelo se convierte en una transferencia o delegación de un tercero en un proceso interno de la empresa, facilitándose de esta forma una mejor optimización de los costos operativos y mayor flexibilidad en la estructura de la organización.

## **2. Los 90s**

Gracias a la tercerización en los aspectos secundarios de las empresas los costos de los productos han bajado y con ello la competencia se hace más difícil. Es tal la competencia que se genera entre las distintas empresas que únicamente se empieza a considerar en bajar cada vez más los costos de la mano de obra, lo cual a largo plazo y como se evidenciara en estudios posteriores, degenero el desmejoramiento de los derechos de los trabajadores tercerizados. Así empiezan a delegar actividades esenciales de las empresas a terceros, es decir “En esa extensión de la tercerización a confundirse con la que se dio en llamar intermediación de mano de obra, al acudir igualmente a la tercerización de recurso humano” (Pérez, 2016, p.9).

## **3. La OIT y la tercerización del trabajo**

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en sus inicios, afirmó que la flexibilización del trabajo a pesar de ser un fenómeno laboral que tenía gran auge, debía ser entendida como una rareza jurídica similar a lo que para ese entonces eran las agencias retribuidas de colocación o empleo, reguladas por el convenio 96 del año de 1949 “*convenio relativo a las agencias retribuidas de colocación*” proferido por la misma organización. Ante el gran crecimiento de este fenómeno, la OIT decidió en la reunión de Ginebra de 1997, pronunciarse por medio de la Oficina Internacional del Trabajo por medio del convenio No. 181 “*convenio sobre las agencias de empleo privadas*” del mismo año en el cual se hace una distinción entre lo que puede considerarse como una empresa de trabajo temporal y las agencias

retribuidas de colocación. Una de las principales diferencias, que en la empresa temporal de trabajo se tiene una relación laboral directa entre quien se considera el empleador (EST) y el empleado quien es la persona que puede ser enviada a prestar un servicio a una empresa beneficiaria, mientras que en las agencias retribuidas de colocación no existe relación laboral alguna.

Estas agencias tienen un fin común, como lo menciona la OIT (2017), “relacionar sus cualificaciones y competencias con los requisitos expresados por los empleadores para proveer determinados puestos de trabajo vacantes”(p.2) , lo cual se ha de considerar como poner en contacto o acercar a las personas que están en búsqueda de trabajo con quienes están ofreciendo un empleo.

La OIT considera pertinente mediante las recomendaciones realizar una integración y actualización de las normas laborales conocidas hasta el momento, esto por cuanto la mayoría de los fenómenos laborales que se consideraban regulados por los distintos convenios expedidos hasta la fecha y las recomendaciones dadas por la misma entidad pueden ser considerados obsoletos. El constante cambio de las relaciones laborales avanza mucho más rápido que la expedición de las normas referentes a la flexibilización laboral, que pretenden en primera medida regularlas.

La decisión de actualizar la reglamentación laboral se da con el fin de evitar que se presenten abusos por parte de los empleadores respecto de estas nuevas figuras<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Figuras que hacen parte de este estudio como: las Empresas de Servicios Temporales, Cooperativas y Pre Cooperativas de Trabajo, simple intermediario, contratista, entre otras, estas se han usado con el fin de menoscabar los derechos de los trabajadores.



Uno de los grandes tratadistas en materia de derecho laboral latinoamericano y que se ha mencionado es Bronstein (1999), quien al respecto señala que las empresas recurren a la subcontratación o tercerización debido a una serie de factores determinantes (materia económica) y coadyuvantes (derecho laboral); en cuanto al segundo factor de coadyuvante se da por:

a) que el desempleo ha aumentado disponiéndose por tanto de una gran reserva de trabajadores dispuestos a trabajar en condiciones que no serían consideradas aceptables en un mercado de trabajo con escasa mano de obra; b) el debilitamiento de los sindicatos ha hecho que su capacidad de resistencia ante los cambios impuestos por las nuevas formas de organización empresarial se vea fuertemente limitada; c) la flexibilización de la legislación laboral ha permitido que las empresas recurran a la subcontratación; y d) las políticas de ajuste defendidas por el pensamiento neoliberal han permitido el aumento de prácticas flexibilizadoras tales como la subcontratación laboral. (págs. 434 y 435).

Hoy en día existe la tendencia a contratar de forma tercerizada, la OIT se acoge a la utilización de un principio base conocido como la *supremacía de la realidad*, así busca que ante el uso indiscriminado de esta figura por parte de los empleadores y ante la vulneración de ciertos derechos<sup>7</sup> al trabajador le sea reconocida por el juez una calidad distinta a la que se goza en el momento, se le confiera al funcionario una realidad laboral diferente, y le sean reconocidos los derechos de los que es titular como empleado, considerando la justicia laboral como un componente esencial del trabajo De acuerdo con la OIT (2011) “los términos de políticas públicas nacionales deben ser aplicados por el poder ejecutivo, en caso de conflictos jurídicos

---

<sup>7</sup> Derechos como el salario, las vacaciones, prima, entre otros, y de los cuales se realizara un análisis posterior.

son resueltos en última instancia en sede judicial aunque en algunas ocasiones les corresponda un trámite previo en sede administrativa”(p.22)

La OIT ha considerado que la mejor forma de abordar estos temas es buscar una regulación sólida que les permita tener claridad respecto del uso de esta figura y dar la suficiente certeza al empleado de su protección, por lo tanto, se han tomado soluciones en cuatro sentidos distintos:

a. Recomponer dogmáticamente la noción de empleador, para que se adecue a las nuevas realidades generadas por las transformaciones de los procesos productivos y las formas de organización empresarial, en palabras de, (2009). “consiste en interpretar que el verdadero patrono es el destinatario final del trabajo prestado, el que en última instancia se beneficia del mismo, de tal forma que todos los trabajadores que directa o indirectamente trabajan para él son sus empleados” (p.22) ; lo que se busca con esta solución es que se otorgue una igualdad al empleado, que se le cobije con el principio de igualdad de trato puesto que bajo esta nueva premisa todos los trabajadores independientemente tendrán siempre el mismo empleador.

b. Imponer responsabilidad solidaria de todo patrono, empresario o empleador que utilice la tercerización como lo explica Ermida Uriarte y Colotuzzo (2009) consiste “en que tanto el empleador interpuesto como el empleador final son responsables del pago de créditos laborales de los trabajadores tercerizados”(p.92) esta alternativa tendría efecto en la protección del trabajador al poder reclamar cualquier indemnización u obligación entre el trabajador tercerizado y el beneficiario o el intermediario.

c. Imponer el principio de igualdad de trato entre trabajadores de planta y tercerizados por lo que en el estudio realizado por la OIT explica que “apunta a mejorar las condiciones de

trabajo de los tercerizados, también puede ser impuesto por ley o deducirse doctrinalmente de la noción de empleador único o complejo” (Ermida Uriarte y Colotuzzo,2009, p.92).

d. Extender las instituciones básicas del derecho del trabajo es otra solución que también plantea la OIT indicadas por Ermida Uriarte y Colotuzzo (2009) “si ciertos trabajadores han sido desplazados hacia afuera de las fronteras tradicionales de la legislación laboral, la forma más simple de alcanzarlos sería extendiendo dichas fronteras” (p.93). Por esto, una de las alternativas más eficaces para tratar este fenómeno ha sido la que ha generado mayor discusión entre los empleadores y los empleados, puesto que según los argumentos de los empleadores esto podría llegar a crear una tercera clase de trabajadores muy diferente a las que se conoce (dependiente<sup>8</sup> e independiente<sup>9</sup>) esto llevaría a categorizar a los trabajadores tercerizados como una tercera vertiente de los empleados y los cual generaría grandes dificultades dentro de la legislación de cada país miembro debido a que la regulación interna de cada nación integra normas diferentes. Se ha de tener en cuenta que los empleados consideran que esta podría ser una ventaja enorme para los trabajadores debido a que sería una medida mucho más garantista para la protección de los derechos de los subalternos.

Es en este capítulo que se evidencia como a través del tiempo se han modificado los procesos de producción y por tanto las relaciones laborales, hecho que a su vez ha sido considerado como un reto para la misión de las Organizaciones Internacionales y los Gobiernos

---

<sup>8</sup> Los trabajadores dependientes son aquellos que trabajan bajo condiciones de subordinación, en el cual se desarrolla una labor en la cual el empleador debe dar los medios de trabajo y pagar una remuneración, claro ejemplo de ello es el trabajo desarrollado por una secretaria.

<sup>9</sup> Se entiende por trabajadores independientes aquellos que no están vinculados únicamente a un solo empleador, aquellas personas que no tienen una relación laboral con una empresa, a su vez su remuneración se basa en los honorarios o comisiones, ejemplo de ello es el trabajo desarrollado por un plomero.

naciones que hacen parte de las mismas, desafío que consiste en dar garantías para el cumplimiento de los derechos de los trabajadores.

Partiendo de este recuento, podrá ser analizada la evolución de este modelo en Colombia, así como su correspondiente regulación.

## **TÍTULO II**

### **Legislación, jurisprudencia y modalidades de la tercerización del trabajo**

En Colombia se han desarrollado un conjunto de normas con el fin de regular los diferentes tipos de tercerización laboral que existen en el país. En un principio estas se controlaban bajo los convenios de la O.I.T. pero a medida que avanzaba el tiempo fue necesario regularlas por medio de Decretos y Leyes. El primero de ellos fue el decreto 1433 de 1.983, que puso los cimientos de la estructura normativa que reglamentaría las figuras de tercerización laboral y trabajo temporal.

Pero no solo ha sido el marco normativo el que ha aportado para la regulación y la protección de los derechos de los trabajadores en tema de tercerización laboral. La jurisprudencia también ha jugado un papel importante en ello. Esto se puede evidenciar referenciando sentencias como la T – 504/08, caso en el que el accionante, demanda a Ingenio Magüayez S.A. y a la Cooperativa de Trabajo Asociado la Paz, por el cese del pago de aportes a la seguridad social por parte de la Cooperativa, y por no aceptar el reintegro y reubicación en cabeza de la sociedad anónima. La Corte Constitucional resuelve a favor del trabajador, pues considera que se le están siendo vulnerados derechos fundamentales, concretamente el derecho al mínimo vital, la estabilidad laboral reforzada, la igualdad y la seguridad social; y ordena tutelar los derechos ya mencionados, y reintegrar al accionante.

La normatividad y la jurisprudencia han tratado de crear un marco que efectivamente regule la tercerización del trabajo y el trabajo temporal, y en caso que se viole dicho marco normativo, exista la posibilidad, los mecanismos y los antecedentes, para hacer efectivo los derechos de los trabajadores bajo estas figuras.

A nivel nacional, no ha sido menor la acogida que se ha dado a la gran variedad de figuras correspondientes a la tercerización, tales como: Bussines Process Outsorcing (B.P.O),

Cooperativas de Trabajo Asociado (C.T.A), Empresas Asociativas de Trabajo (E.A.T) y las Empresas de Servicio Temporal (E.S.T). Esto se debe a la constante modernización del derecho laboral a nivel mundial por aspectos relacionados con la globalización.

Las entradas de grandes multinacionales relacionadas con la tercerización han generado muchos beneficios en la generación de empleos, ya que, en la actualidad, más del 60% de la fuerza laboral del país se ve vinculada bajo estas modalidades, a su vez las mismas figuras han tenido como producto diferencias entre los trabajadores por la seguridad de sus derechos, esto por cuanto ven disminuidos los beneficios que tendrían si se hiciera una comparación con los empleados de planta.

Se realizará un análisis de todas las figuras anteriormente mencionadas, con el fin de dar claridad respecto de las semejanzas, diferencias y características específicas de cada una. Para generar una mejor precisión, ya que, a pesar de los constantes intentos del legislador por ser más preciso con la distinción entre las figuras que integran la tercerización aún se siguen teniendo confusiones y malinterpretaciones a lo que la norma se refiere.

De igual manera el análisis independiente de cada una de estas figuras pretende dar claridad sobre las ventajas y desventajas que tiene cada una de las mismas, esto respecto del trabajador que se ve inmerso en una relación laboral por medio de este tipo de contratación, a su vez, se podrá determinar si la normatividad expedida por el legislador, y la vigilancia prestada por los entes de control sobre las mismas realmente brindan protección integra a los trabajadores respecto de los derechos que tienen por ley.

Finalmente la interpretación de las normas expedidas por el legislador y a su vez los conceptos emitidos por el Ministerio del Trabajo permitirá generar mayor lucidez respecto de

las modalidades de tercerización, su funcionamiento, constitución; esto para poder dilucidar con mayor claridad el desarrollo normativo que se han aplicado sobre las mismas y la regulación que ha ido evolucionando para dar un mejor manejo a estas figuras que actualmente viven en constante cambio por el fenómeno de la globalización.

## **CAPÍTULO I**

### **Regulaciones de la tercerización del trabajo**

A partir de la apertura económica implementada a finales del Siglo XX en Colombia, el sector económico colapsó al no ser competitivo en el mercado internacional. Paralelamente los empleadores que tenían empleados directos sufragaban altos beneficios extralegales, lo que conllevó que las empresas sufrieran un gran desequilibrio. Así entonces la transición hacia la globalización que vivió el país generó grandes cambios a causa de la crisis de las empresas como lo son: altos inventarios, desplazamientos de sus productos y altos costos financieros y laborales. Posteriormente acudió a la reestructuración económica prevista en la Ley Mercantil mientras que en el tema de los costos laborales se recurrió a la vieja figura de conservar la mano de obra necesaria, pero sin los privilegios que antes tenía con ingredientes adicionales como la movilidad, esto ya que Colombia no realizó de forma ordenada y diligente un marco jurídico para regular la contratación laboral en esa coyuntura.

### **1. Desarrollo legislativo de la tercerización del trabajo.**

Dentro del desarrollo legislativo, se muestra como en la década de los años 60 surge lo que son las denominadas Empresas de Servicios Temporales (E.S.T), estas funcionaban sin ningún tipo de regulación especial a tal punto que se podían llegar a confundir con otros tipos de empresas o agencias. A las E.S.T en términos de Monsalve (2002) se les percibe: “como un apéndice de las agencias de colocación de empleo” (p.211) las cuales contaban con su propia regulación como el Decreto 2676 de 1.971 y estaban controladas por los convenios de la O.I.T. Solo hasta el año de 1.983 mediante el decreto 1433, se logró establecer los requisitos necesarios para la constitución de una E.S.T, la facultad que recaía sobre el Ministerio de Trabajo en cuanto a la vigilancia y el control de las actividades de las Empresas de Servicios



Temporales. El mencionado decreto fue un gran avance en cuanto a la regulación existente, pero tenía una debilidad: la definición de la “temporalidad”<sup>10</sup> dentro del mismo.

En el año 1.990 con la entrada en vigencia de la ley 50 expedida por el Congreso de Colombia a inicios de la década del año 90 se introducen reformas al Código Sustantivo del E.S.T. y les permitieron a los empleadores contratar empleados por periodos cortos y lo que permitió un mayor uso de la E.S.T.

En los puntos relevantes de la Ley 50 de 1990 Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (1991) indica que es necesario “que los contratos consten por escrito, que haya pólizas para garantizar las obligaciones de las E.S.T con los trabajadores en misión, y que el ministerio verifica sus requisitos para operar y que debe controlar permanentemente su actividad” (p.69). Tal es la importancia de esta ley que el Ministro del Trabajo Francisco Posada (1.990 - 1.992, antes de su promulgación indicó en la parte de motivos del Proyecto de Ley que el “objeto de que esta actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores”, es aquí donde se da un punto de partida necesario para la debida legislación de este tema.

Por ello la Ley50 de 1990 estableció entre los artículos 71 a 94, los requisitos que deben cumplir las E.S.T, las cuales deben verificar y exigir estos requisitos por parte de la empresa usuaria. Posteriormente en el Decreto 024 de 1998 se reglamenta el ejercicio de la actividad de

---

<sup>10</sup> Al respecto considera Monsalve Arenas “la regulación del Decreto 14433/83 dejó satisfechas a las EST, que podían ofrecer a sus usuarios la condición de «verdaderos patronos» de los trabajadores temporales contratados, pero que podían mantener indefinidamente a estos trabajadores, eludiendo así responsabilidades extralegales”

las E.S.T. y se derogó con el Decreto 4369 de 2006. El artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define a las E.S.T. como:

[...] aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor prestada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. (Ley 50, 1990)

Las E.S.T tiene dos (2) categorías de trabajadores: Trabajadores de planta y trabajadores en misión, el segundo tipo de trabajador se le adiciona un derecho el cual se estipula en el artículo 76 de la Ley 50/90 "la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado, cualquiera que éste sea". Posteriormente, se amplía su definición a esta figura indicada en el Decreto Reglamentario 503 de 1.998 modificando el Decreto número 0024 de 1998 por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las E.S.T definiendo el alcance temporal que puede llegar a tener el servicio contratado por la empresa beneficiaria, el cual, según el artículo 13 indica que el alcance será de 6 meses prorrogable por otros seis meses.

El Decreto también estipula que podrán sancionar el no pago de aportes legales (SENA, ICBF, Cajas de Compensación Familiar) sino que también podrán imponer multas sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes a las personas o empresas "cuando incumpla con la obligación de efectuar los aportes legales correspondientes a la seguridad social integral (salud, pensiones y riesgos profesionales)" (Decreto 0024 , 1998). Para la época se consideraba que quien debía sufragar con estos gastos no era la E.S.T, sino que debían ser

costeados por las empresas usufructuaria, concepto que claramente es totalmente erróneo dado que quien está obligada para dicho caso son las denominadas E.S.T.

Solo hasta el año de 2.006 se realizó un reajuste dentro de la normatividad colombiana, en la que se expidió el Decreto 4639 por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las E.S.T y se dictan otras disposiciones. Mediante este se realizó una flexibilización en el mercado de trabajo, se dio una mayor protección socio-laboral al trabajador perteneciente a este tipo de empresas y se reglamentó lo pertinente a esta forma de trabajo.

Existen casos en los cuales se puede realizar contratos de tercerización laboral con otras empresas razón por la cual se mencionarán los principales aspectos que fueron tratados por este Decreto, uno de los artículos más destacados es el sexto al indicar que los usuarios de las E.S.T podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más. (Decreto 4369 , 2006 )

En el presente Decreto en el artículo 4° se explica la diferencia entre trabajadores de planta y misión:

<b>Trabajadores de planta</b>	<b>Trabajadores en misión</b>
Son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las Empresas de Servicios Temporales.	Son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos.

*Nota:* Elaboración propia Cuadro No 1

Como cita la Corte Constitucional en su sentencia T- 173 de 2011 sobre este Decreto sus “ artículos 20[76], 21[77]y 22[78] estipulan unas consecuencias jurídicas generadas a partir de la transgresión de los límites legales. Se encuentran dentro de ellas (i) pago de multas, (ii) sanciones y, (iii) la cancelación de la autorización de funcionamiento” (Sentencia T-173 de 2011, 2011). Igualmente se precisan cuáles son las funciones que tienen las direcciones territoriales del Ministerio de Protección Social y Salud, haciendo énfasis en la inspección, vigilancia y control a este tipo de empresas, y se estipula como los entes de control de imponer suspensiones de la siguiente manera:

1. Cuando no actualice y envíe la póliza de garantía, dentro del mes siguiente a la fijación del salario mínimo mensual vigente o a la ejecutoria de la resolución que ordene su ajuste.
2. Cuando no envíen los informes estadísticos en la forma y términos establecidos en la ley en el presente decreto.
3. Cuando la Empresa de Servicios Temporales haya sido sancionada con multa y la infracción persista.
4. Cuando habiendo reformado sus estatutos, no lo informe al Ministerio de la Protección Social, dentro de los treinta (30) días siguientes a su protocolización.

5. Cuando no informe sobre la constitución de sucursales, dentro del mes siguiente a la inscripción en la respectiva Cámara de Comercio.
6. Cuando se presten servicios temporales a los establecidos en su objeto social
7. Cuando el funcionario competente del Ministerio de la Protección Social, compruebe la reiterada elusión o evasión en el pago de los aportes a la seguridad social, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en la ley.
8. Cuando venza el plazo establecido en el artículo 3° del presente decreto para que la Empresa de Servicios Temporales cambie el nombre, sin que este se haya producido. (Decreto 4369,2006)

Le corresponde al Ministerio de Protección Social y Salud imponer las sanciones a las EST a través de multas, suspensión de la autorización de funcionamiento y cancelación de la misma. Según el artículo 20 del Decreto 4369 (2006) la imposición de multas diarias sucesivas puede ser de hasta cien (100) salarios mínimos mensuales por cada una de las siguientes infracciones:

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,
3. Cuando la empresa usuaria contrate Servicios Temporales, contraviniendo lo establecido en los artículos 77 de la Ley 50 de 1.990 y 7° del presente decreto.

4. Cuando la E.S.T. preste sus servicios con violación a las normas que regulan la actividad, siempre y cuando no originen una sanción superior, como la suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento. (Decreto 4369,2006)

El artículo 7 del mencionado Decreto establece los requisitos de las E.S.T. para la autorización y posterior funcionamiento, este modelo lo estaban usando las Cooperativas de Trabajo Asociado de una forma desproporcional y vulnerando los derechos de los trabajadores por lo que se limitó la conformación de esta figura para hacer intermediación laboral solicitando los siguientes requisitos:

1. Escritura pública de constitución y certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, en los que conste que su único objeto social, es contratar la prestación del servicio con terceros beneficiarios para para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la empresa usuaria.
2. Balances suscritos por el Contador Público y/0 el revisor fiscal, según sea el caso, copia de los extractos bancarios correspondientes, a través de los cuales se acredite el capital social pagado, que debe ser igual o superior a trescientas veces el salario mínimo legal mensual vigente al momento de su constitución
3. El reglamento de trabajo de que trata el artículo 85 de la Ley 50 de 1.990
4. Formatos de los contratos de trabajo que celebran con los trabajadores en misión y de los contratos que se suscriban con los usuarios del servicio.
5. Póliza de garantía. (Decreto 4369,2006)

El Ministerio de la Protección Social por medio de la Ley 1444 de 2011 se escindió por lo que sus “objetivos y funciones asignados por las normas vigentes al Despacho del

Viceministro de Salud y Bienestar, y los temas relacionados al mismo, así como las funciones asignadas al Viceministerio Técnico” (Ley 1444, 2011) Ministerio de la Protección Social a Ministerio de Trabajo.

La Corte Constitucional hace un pronunciamiento acerca de la temporalidad que se estipula en el artículo 77 de la ley 50 de 1.990 (Sentencia C-330, 1995) indicando 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 a los permanentes. (...) hasta por un término de seis meses” Esta apreciación de la Corte Constitucional enmarco la importancia del mencionado artículo y que le da seguridad jurídica al trabajador de que sus derechos van a ser respetados, garantizando una permanencia dentro de la empresa. De esta forma, no se permite que las empresas hagan uso de esta forma de tercerización abusen de la figura jurídica vulnerando los derechos de los trabajadores.

Hasta el año 2015 es promulgado el Decreto 1072 del 26 mayo del mismo año, que expide el Decreto Único Reglamentario del Trabajo; en este el legislador decide unir todas aquellas normas de gran importancia para las relaciones laborales en una sola y actualizarlas en la misma realidad laboral y jurídica del trabajador<sup>11</sup>.

### **Artículo 63, ley 1429 de 2010 por el cual se expide la Ley de Formalización y Generación de empleo**

---

<sup>11</sup> El mencionado Decreto es de gran relevancia para el estudio actual, cuando por medio del Decreto 583 de 2016 por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, el Decreto Único Reglamentario del Sector trabajo adiciona un capítulo entero para dar una estructura a la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral, definiendo tanto aspectos básicos de la misma, principios normativos, sanciones y la forma en la cual será regulada la tercerización del trabajo junto con los requisitos que requerirá la empresa para su debido funcionamiento.

Dicha sanción se dio en el marco de la realización de actividades misionales permanentes en el ejercicio de cargo, a partir de la intermediación ilegal de trabajadores. Por esta razón se configuró el supuesto sancionatorio por la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo. Paralelamente surgió un nuevo concepto denominado *actividad misional permanente* el cual según el Decreto Reglamentario 2025 de 2011, se refiere “(...) 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.

Este artículo que buscaba inicialmente re orientar el concepto que se tenía respecto de la contratación de personas bajo la tercerización del trabajo llegó a causar confusión debido a las limitaciones a la *intermediación* que propone:

El personal requerido en toda institución y/o empresa pública 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. (Ley 1429 , 2010)

La utilización de este término desvió la idea central de la definición que se pensaba dar, esto a causa de lo que se entiende por intermediario, ya que la conceptualiza del artículo 35 del C.S.T es totalmente distinta<sup>12</sup>; El intermediario bajo la interpretación de este artículo hace

---

<sup>12</sup> En el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 35 indica sobre el “*Simple Intermediari*” explicando que : 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de este y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo ” (Codigo sustantivo deltrabajo)



referencia a la contratación directa de un trabajador para que este preste sus servicios a un tercero que se verá como un empleador, cosa muy distinta a la definición da el artículo 9513 de la Ley 50 de 1.990, en el cual la intermediación es un servicio de apoyo y colaboración que se realiza por medio de Agencias de Colocación o Empleo , un ejemplo de ello es el “registro de buscadores de empleo, registro de empleadores y vacantes” y que a su vez no da lugar al surgimiento de algún tipo de vínculo laboral. (Ministerio del trabajo)

El legislador decidió hacer la salvedad en este mismo artículo, que estaban totalmente prohibidos todo tipo de alternativas que por medio de la remisión de trabajadores a terceros afectaran directamente los derechos constitucionales, laborales y prestaciones de los mismos.

**Decreto 2025 de 2011 por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010**

A partir de los errores que se tuvieron en la redacción del artículo 63 de la ley 1429 de 2010, el legislador decidió expedir un decreto reglamentario para aclarar las confusiones que se suscitaron con la mencionada norma. Por tal razón se recogieron los conceptos de la anterior legislación y se define la intermediación laboral en el Decreto 002025 de 2011 como “aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa” (Decreto 002025 de 2011).

---

<sup>13</sup> Art 95 Ley 50 de 1.990: “*La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*”

El servicio de colaboración temporal en actividades desarrolladas por intermediarios o terceros, es lo que define la OIT como la subcontratación, en su informe del año 1998, en el que asegura que:

El objetivo único o predominante es el suministro de mano de obra (y no de bienes y servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere. (Organización Internacional del Trabajo, 1998)

La OIT hace una distinción muy precisa entre lo que es la subcontratación y la subcontratación de servicios y producción de bienes, definida como un proceso “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” (Natalia Colotuzzo & Ermida Uriarte, 2009, p,18)

### **Decreto 583 de 2016 por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector trabajo**

Tal como lo define el numeral 6 del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 583 de 2016 (Decreto 583 , 2016) indicaba que “se entiende como la tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigente”. Partiendo de este concepto, se ha de mencionar que los beneficiarios serán entendidos como las personas naturales o jurídicas que se verán favorecidas por la producción de un bien o la prestación de un servicio dado por un proveedor, este proveedor a su vez será comprendido como la persona natural o jurídica que suministra la producción de bienes y servicios a un beneficiario. De igual manera el legislador decide incluir

unos requisitos<sup>14</sup> los cuales se han de cumplir todos y cada uno de ellos con el fin de que las E.S.T puedan ejercer conforme a la ley y no se les tilde de ilegales.

**Resolución 5660 de 2016 por el cual se establecen lineamientos respecto de la inspección, vigilancia y control que se adelante frente al contenido de los Artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios.**

La presente resolución expedida por el Ministerio del Trabajo aclara la tercerización del trabajo. Manifiesta el ente ministerial lo siguiente “...es dinamizadora de la economía de un país y de la potencialización de sus industrias, y claramente es una herramienta de formalización laboral que se constituye en una fuente de empleo que disminuye la informalidad y sus efectos” (Resolución 5670, 2016).

El fin es hacer un paralelo en cuanto a que es una tercerización debida o legal y lo que se considera una indebida. En muchas ocasiones el sector empresarial ha considerado “el suministro o provisión de personal para realizar actividades propias del objeto de su empresa, a la prestación de un servicio o suministro de un bien” (Resolución 5670, 2016). Esto crea un precedente importante, ya que demarca en qué punto el sector empresarial puede hacer uso de la figura y traza la delgada línea de lo que es permitido y de lo que es ilegal, esto si se tiene en

---

<sup>14</sup> Art 2.2.6.5.7 Decreto 1072 de 2015 D.U.R.L: “1. Escritura pública de constitución y certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, en los que conste su único objeto social, es contratar la prestación del servicio con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de las empresas usuarias. 2. Balances suscritos por el Contador Público y/o el Revisor Fiscal, según sea el caso, y copia de los extractos bancarios correspondientes, a través de los cuales se acredite el capital social pagado, que debe ser igual o superior a trescientas veces el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la constitución. 3. El reglamento de trabajo de que trata el artículo 85 de la Ley 50 de 1.990. 4. Formatos de los contratos de trabajo que celebrarán con los trabajadores en misión y de los contratos que se suscribirán con los usuarios del servicio. 5. Póliza de garantía, conforme se establece en el artículo 2.2.6.5.17 del presente decreto.”

cuenta que las empresas tanto de sector público como privado han hecho uso de esta figura con el fin de evadir responsabilidades con el trabajador.

Es aún más necesaria esta aclaración por parte del Ministerio del Trabajo si se tiene en cuenta que la poca claridad que se ha tenido en cuanto a la normatividad y los lineamientos que se deben seguir de la misma pueden generar sanciones de hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por la infracción de la norma<sup>15</sup>. Esas Cifras son considerables para las empresas que realicen un indebido uso de la tercerización, razón por la cual, se hace más que necesaria y pertinente toda la aclaración que se hace por medio de la resolución, creando un punto de partida para mejorar las condiciones de trabajo y el respeto por todos los derechos de los trabajadores.

**Auto expedido por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo**  
**Sección Segunda, Subsección B**

Actualmente cursa ante el Consejo de Estado en su Sección segunda y ante la Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez una demanda en contra del Ministerio de Trabajo por la expedición del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, en su artículo 2.2.3.2.1 numeral 4° y 6° y la adición realizada por el Decreto Reglamentario 583 de 2016 en su artículo 1. La demanda

---

<sup>15</sup> En el artículo. 2.2.6.5.20 del Decreto 1072 del año 2015, dentro del mencionado artículo se encuentran las siguientes infracciones: “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 de 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. 3. Cuando la empresa usuaria contrate Servicios Temporales, contraviniendo lo establecido en los artículos 77 de la Ley 50 de 1.990 y 2.2.6.5.7. del presente decreto. 4. Cuando la Empresa de Servicios Temporales preste sus servicios con violación a las normas que regulan la actividad, siempre y cuando no originen sanción superior, como la suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento. (Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo Decreto 1072 , 2015)

fue interpuesta por la Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales - ACOSSET-.

En Respuesta el 15 de marzo de 2017 se dictaron medidas cautelares en contra de los artículos demandados, lo cual suspende temporalmente la definición que da esta norma respecto del “beneficiario” y “proveedor” (Numeral 4°) y “Tercerización Laboral” (Numeral 6°). Teniendo en cuenta esto, el mayor argumento de la parte demandante fue el hecho de considerar que por medio del Decreto Reglamentario se redefinieron conceptos que estaban estipulados en la Ley 1429 de 2010 en su artículo 63. Esto es regular o generalizar estas definiciones como otras formas de contratación, lo cual genera más confusión ante la incongruente legislación y su constante forma de entrelazar conceptos que no deberían ir unidos.

La Consejera Ponente siguió la misma línea de pensamiento que la parte demandante y agregó con base en la sentencia C-302 de 1999 de la Corte Constitucional que:

La facultad con que cuenta el presidente de la Republica de reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. (Sentencia C-302 , 1999)

Desarrollando esta línea jurisprudencial y la prevalencia constitucional que tiene la ley sobre los Decretos Reglamentarios, además de un completo análisis sobre la importancia de la tercerización en Colombia y su función de formalizar las distintas modalidades de contratación y la adaptación de los cambios en la realidad colombiana, la Consejera Ponente consideró

necesario decretar la medida cautelar suspensiva sobre los numerales demandados puesto que van en contravía de los límites materiales que contiene la ley.

Esta medida cautelar va encaminada a proteger los derechos de quien se pueda ver afectado por los mismo y de esa forma dar un punto de análisis profundo, puesto que se debe recordar que es un auto que decide sobre unas medidas cautelares, mas no se debe entender como la sentencia definitiva de la misma.

Realizado el anterior análisis de la evolución del concepto de tercerización de trabajo y las definiciones que se han dado con en el paso de los años por medio de leyes, decretos y resoluciones, puede concluirse que estas han sido realmente confusas, como lo afirma el Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales - ACOSET- “las definiciones que se dan confunden e integran conceptos que corresponden a tercerización de servicios o producción de bienes con tercerización de recurso humano o suministro de personal”. (Garcia, 2016, pág.4)

Se ha de entender la intermediación laboral como el envío de trabajadores en misión, aquellos que una EST opta por destinar a un beneficiario, donde cumple con una determinada labor o servicio, encargo que es entendido como una colaboración mediante la cual la empresa beneficiaria empezará a tener un mayor desarrollo de sus actividades, bienes y servicios.

## **2. Clases de tercerización:**

En el desarrollo normativo colombiano se han encontrado distintas definiciones respecto del concepto de tercerización, que al mismo tiempo han traído mayor claridad sobre su realidad, pero por otra parte han tendido a generar una confusión entre las clasificaciones de la

tercerización. Por lo tanto en Colombia se da la existencia de (3) tres tipos de tercerización, que no pueden ser tomadas como una misma teniendo en cuenta que cada una consta de características particulares que la pueden diferenciar de las demás:

## **2.1 De mano de obra**

Este tipo se debe diferenciar del de servicios y el de objetos principalmente porque en este caso se subcontratan personas y, la única obligación es la de suministrar a los trabajadores, en palabras de Pérez:

La finalidad que se busca con la subcontratación personal – es la de flexibilizar el mundo de trabajo para que se adapte a las necesidades de los mercados y de las economías mundiales, de responder a las nuevas circunstancias que se presentan con ocasión de relaciones más dinámicas y variables que propendan con la consecución de objetivos particulares de manera más ágil. (Pérez, 2016, p.16)

### **2.1.1 Trabajadores en misión:**

Es aquel que es enviado por la E.S.T a cumplir con la tarea o servicio para la cual fueron contratados. Un ejemplo de los trabajadores en misión, son aquellos casos en los que se debe hacer un reemplazo dentro de las instalaciones de determinada empresa y esta contrata a la E.S.T para que envíe a una persona a desempeñar las funciones del trabajador ausente.

## **2.2 De servicios:**

Se da en el momento en que una empresa recurre a otra para que esta realice un tipo de trabajo especializado. Para ello es necesario que: “a) Asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo. b) Cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. c) Sean responsables

por los resultados de sus actividades y d) Sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”

(Ministerio de trabajo de Perú, 2017)

### **2.2.1 Contratista independiente:**

En el Decreto 583 de 2016 en el artículo 2.2.3.2.1, estipula:

Cuando se hace mención a contratista independiente se entiende como persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios a favor de un beneficiario por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva (Decreto 583 del 08 de Agosto de 2016,2016)

Este tipo está relacionado con la contratación que se realiza respecto de un servicio o producto, tiende a distorsionarse si se tiene en cuenta la definición que se da cuando se refiere a los procesos que un beneficiario sea persona natural o jurídica desarrolla para lograr la obtención de unos bienes o servicios de un proveedor. Lo anterior se torna grave si se tiene en cuenta que el contratista independiente en este caso podría tener la facultad de ejercer intermediación laboral sin que la ley lo permita.

Ante la libertad y autonomía tanto directiva como técnica que goza el contratista independiente, este deberá responder de forma solidaria con el beneficiario del servicio si se generara algún tipo de responsabilidad.

### **2.2.2 Simple intermediario:**

Es la persona natural o jurídica que contrata servicios de terceros para que con la realización de estas actividades se logre un beneficio en favor de la persona contratante ya sea esta natural o jurídica como se indica en el Decreto 583 de 2016. Es un simple intermediario



“quien agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales se utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador” (numeral 2 artículo 2.2.3.2.1). Cabe destacar que el mismo legislador distingue dentro del simple intermediario aquellos que en el primer caso contratan servicios de otras personas y en un segundo caso aquellos que coordinan determinados servicios ofrecidos por los trabajadores.

Referente a la responsabilidad que pueda llegar a tener el simple intermediario, el legislador estipula que este debe declarar su calidad de tercero, si llegase a ser omitida podría desenlazar en una solidaria.

### **2.2.3 Beneficiario:**

Es la persona natural o jurídica que al contratar determinados servicios a una E.S.T obtiene un beneficio por la producción de un bien.

Dependiendo de la naturaleza jurídica que tenga el beneficiario pueden ser instituciones con calidad jurídica<sup>16</sup> o pueden ser personas naturales. Además de esta clasificación, el legislador considera que es necesario incluirla en la normatividad, es por ello que el Decreto 583 de 2016 en su artículo 2.2.3.2.1. Numeral 4, indica:

Además, pueden tener modalidades de sociedades anónimas simplificadas, sociedades anónimas, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias privadas de gestión y colocación de empleo, agencias públicas y privadas de gestión y colocación, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano,

---

<sup>16</sup> Como ejemplo de personas jurídicas beneficiarias se pueden considerar las instituciones, empresas, las modalidades de sociedades, sindicatos que suscriben contratos sindicales entre otros.

contratistas independientes, simple intermediarios o cualquier otra modalidad de vinculación, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas. (Decreto 583 del 08 de Agosto de 2016,2016)

#### **2.2.4 Actividad misional permanente:**

Tal como lo menciona el numeral 5 del artículo 2.2.3.2.1 la actividad misional permanente se entiende como “aquellas directamente relacionadas con la producción de los bienes o servicios característicos de la empresa, es decir las que son esenciales, inherentes, consustanciales o sin cuya ejecución se afectaría la producción de los bienes o servicios característicos del beneficiario” (Decreto 583 del 08 de Agosto de 2016, 2016)

La anterior definición, se aclara respecto a un tema que causa confusión por las expresiones similares que se suelen usar, es por ello que se debe analizar la diferencia entre una actividad permanente y una actividad misional permanente:

- La primera es aquella en la cual se *desarrolla una actividad continua pero que no es misional* dado que no se tiene relación alguna con esta o con la esencia del servicio que presta esa entidad.
- El segundo caso es el *desarrollo de una actividad misional permanente*, en este caso, si existe una relación o una conexidad directa entre el servicio que se está prestando y la actividad que el trabajador en misión va a desarrollar en esa entidad.

La Central Unitaria de Trabajadores -CUT- explica de la siguiente forma: La gran diferencia es que la función misional permanente, siempre es una actividad permanente, porque esta comporta el desarrollo de acciones o una acción repetitiva que tiene que ver con la misión de la entidad,

mientras que la actividad permanente no siempre es una función misional permanente. (CUT-Central Unitaria de Trabajadores, 2017)

Con eso se cumple el requisito del numeral que regula la actividad misional permanente y a su vez la principal diferencia con otras figuras jurídicas. Esta figura también podría encasillarse en el tipo de tercerización de bienes, que se analizara a continuación.

### **2.3 De bienes:**

Este tipo de tercerización tiene los mismos requisitos que presenta la de servicios ya mencionada y difiere únicamente en que su finalidad es prestar o dar las herramientas u objetos que se requieren para el desarrollo de la actividad.

#### **2.3.1 Proveedores:**

Será aquella persona natural o jurídica<sup>17</sup> que tiene la capacidad de suministrar la producción de determinados bienes o servicios al beneficiario que los solicite.

---

<sup>17</sup> Como ejemplos del proveedor se consideran aparte de los mencionados en el beneficiario: Agencias públicas de empleo, empresas de servicios temporales, agencias privadas de gestión y colocación de empleo, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediario.

## CAPITULO II

### Los derechos laborales y la tercerización

#### 1. Derechos de los trabajadores en misión

Los trabajadores en misión tienen los mismos derechos que los empleados de planta de la empresa, como lo define el decreto 1072 de 2015 “Un salario ordinario (...), aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa”( artículo 2.2.6.5.5); en cuanto a salud y recreación, también hace referencia al transporte, el cual está supeditado a la regulación interna que tenga la empresa beneficiaria, esto por cuándo se puede presentar el caso en que la entidad contratante tenga disponible para su propio uso buses para su movilización o caso contrario haga el pago correspondiente al trabajador del auxilio de transporte ( Decreto 1072 expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, 2015). Se puede decir con total seguridad que a pesar de la denominación que llevan esta clase de trabajadores, que el legislador no ha descuidado en lo absoluto lo referente a los derechos de los empleados tercerizados, a tal punto que por medio de sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia y gracias al trabajo continuo del legislador se han presentado unas características y unos límites a la implementación de las E.S.T.

Las reiteradas sentencias de las altas cortes han permitido establecer una regulación firme para que los trabajadores pertenecientes a las E.S.T no vean disminuidos sus derechos frente a otros (como más adelante se estudiara). No se puede negar el incansable trabajo de estos entes para lograr una equidad laboral en todos los sentidos. Pero ante la constante evolución del derecho del trabajo en Colombia, se han presentado por medio de distintas

modalidades vulneraciones a derechos fundamentales de los trabajadores que acentúan cierta diferencia entre lo que se pueden denominar trabajadores de planta y los trabajadores en misión.

Una protección esencial que ha estipulado por medio del Decreto 583 de 2016 ha sido el principio de la supremacía de la realidad, tal como lo define el mismo se entiende por este principio que “La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, se concluye que existen los elementos que configuran el contrato de trabajo, el Ministerio de Trabajo deberá así advertirlo en el acto administrativo sancionatorio.” (Decreto 583 del 08 de Agosto de 2016,2016)

Sin importar la naturaleza que tenga el contrato, lo cual no debería tener ninguna dificultad para la realización de determinadas labores que sean relativas a la ejecución de la actividad laboral o la prestación de un servicio, nuevamente como lo define Bronstein es que :

Puede suceder que la subcontratación de tareas esté ocultando una verdadera relación laboral, a la cual se le ha dado una forma contractual con el propósito de que la empresa usuaria eluda sus obligaciones a tenor de la legislación laboral o de la seguridad social. (Bronstein, 1999. P 25)

El mismo legislador ha dado unas pautas<sup>18</sup> para poder detectar el indebido uso de la tercerización del trabajo, lo que conlleva a unas sanciones (las cuales se han estudiado

---

<sup>18</sup> Art 2.2.3.2.3 Decreto 583 de 2016 Elementos indicativos de la tercerización ilegal: “1. Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas laborales que se realizaban para el beneficiario y los trabajadores no fueron expresamente informados por escrito. 2. Que el proveedor tenga vinculación económica del beneficiario y no tenga capacidad financiera acorde con el servicio u obra que se contrata. 3. Que el proveedor no tenga capacidad, de carácter administrativo o financiero, para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores. 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. 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 la parte del beneficiario para el adecuado desarrollo del objeto del contrato. 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

anteriormente), culminado un proceso garantista en el cual el Ministerio del Trabajo determinará si se cumplen con los elementos indicativos de la tercerización ilegal estipulados en el artículo 2.2.3.2.3. Ha de aclararse que estos elementos no son taxativos, por lo cual se da potestad de invocar otros “indicativos” distintos a los que estén en la norma.

Tal es la importancia de este principio constitucional que su desarrollo jurisprudencia ha sido amplio al pasar de los años, es considerado uno de los de mayor importancia y utilidad dentro del derecho laboral. Desde el año 1994 la Corte Constitucional ha expandido cada vez más la aplicación de la línea jurisprudencial en la que se ha construido desde sus inicios, por ello se evoca nuevamente la sentencia C- 302 de 1999 del M.P Carlos Gaviria:

La primacía de la realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, la jurisprudencia ha sido sólida en señalar que es un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, en dicho sentido, no importa la denominación que se le dé (sic) a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad” (Sentencia C-302, 1999)

Lo anterior, cobra aún más relevancia si se recuerda que las diferentes formas de contratación laboral permiten que por medio de un contrato se oculten realidades típicas que permitirían la configuración de una relación totalmente distinta. Igualmente, la Corte se ha

---

*social.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. 8. Que 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.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.”*

manifestado y dando mayor claridad sobre el principio de la primacía de la realidad como aquel que:

Permite determinar la situación real en que se encuentra el trabajador respecto del patrono, la realidad de los hechos y las situaciones objetivas surgidas entre estos. Debido a esto es posible afirmar la existencia de un contrato de trabajo y desvirtuar las formas jurídicas mediante las cuales se pretende encubrir, tal como ocurre con los contratos civiles o comerciales o aún con los contratos de prestación de servicios. (Sentencia T-706 , 2006).

La aplicación de este principio se da con el fin de demostrar la existencia del denominado contrato realidad, que se le configura con el fin de tener unos presupuestos materiales totalmente distintos de la relación laboral que se puede estar dando entre las partes dentro del contrato de trabajo, este consta de tres elementos esenciales (prestación personal del servicio, subordinación y salario), con los cuales se demuestra la existencia de la relación laboral que podría encontrarse oculta, así que la Corte Constitucional ha manifestado:

Cuando se advierte la presencia de los tres elementos que caracterizan una relación de trabajo, es irrelevante bajo qué otras calificaciones las partes acordaron el cumplimiento de una labor o la prestación de un servicio, lo cierto es que en ese caso la relación es laboral de acuerdo con la realidad, en tanto que supera ampliamente las formalidades establecidas por los sujetos que intervienen en ella. (Sentencia T-616, 2012)

Este principio constitucional tiene tendencias proteccionistas sobre los derechos del trabajador constituyen una de las principales armas (jurídicamente hablando) garantistas para que no se vulneren los derechos fundamentales ni se desvirtúen en la actualidad.

### **1.1 Remuneración salarial:**

Dentro de la misma protección que ha establecido el legislador para los trabajadores en misión se ha considerado necesario instaurar un principio básico del derecho laboral conocido como “*a trabajo igual, salario igual*” una cobertura similar a los demás trabajadores, esta no puede olvidar en ningún momento que independientemente de la calidad en la que se encuentre se le debe reconocer por su trabajo un salario que sería equivalente al esfuerzo realizado por el trabajador.

Con la aplicación del artículo 143 de Código Sustantivo del Trabajo indica sobre la remuneración salarial que “queriendo el legislador con esta disposición, evitar discriminaciones y situaciones desequilibradas del trabajador en misión frente al tema salarial” (Pérez, 2009, pág. 125). Por lo tanto, el desarrollo de la legislación laboral pretende dar un equilibrio entre el empleado dependiente y el trabajador tercerizado, puesto que no se puede considerar el hecho en el cual el dependiente goce de mayores beneficios únicamente por tener una relación directa con la empresa beneficiaria.

Tal como lo menciona el artículo 79 de la ley 50 de 1990 al trabajador en misión no se le pueden desconocer ciertos aspecto dentro del salario, es por esto que la norma da unas pautas de cómo debe ser entendida dicha remuneración, empezando así por la equivalencia que ha de tener el salario, El legislador considera que para evitar un desequilibrio y un uso indiscriminado de esta forma de contratación se debe tener una proporción entre la remuneración dada a los dependientes de esa empresa y la de los trabajadores tercerizados.

Ambas categorías de empleados deben gozar del mismo salario según las actividades que desempeñan. Siendo esta la pretensión del legislador se ha de tener en consideración que



ante la voluntad de la ley en dar una igualdad salarial también existen circunstancias que pueden llegar a afectar esa equivalencia, como las escalas de antigüedad. Este escalafón pretende otorgar unos mayores beneficios a aquellos trabajadores en misión con más tiempo dentro de una empresa beneficiaria, es por esto que los trabajadores que están bajo la figura de la tercerización no gozan entre si de una equidad salarial.

Referente al tema en mención dice el doctrinante Pérez “no se puede asimilar a igualdad salarial matemática debido a que inciden varios factores para aplicar el principio, teniendo en cuenta además, que la norma habla de equivalencia y no de igualdad” (Pérez, 2009. p.129). Es por esto que no existe una igualdad salarial dentro de los trabajadores tercerizados, puesto que para su tasación se apelan a distintos factores que pueden tanto favorecer como desfavorecer al empleado.

## **1.2 Prestaciones sociales del trabajador**

Dentro del desarrollo normativo y jurisprudencial dado por el legislador y la Corte Constitucional de Colombia se ha buscado que por medio de reiteradas jurisprudencias se dé el principio de igualdad en cuanto al tema de prestaciones sociales, a tal punto que se permite tener un paralelismo exacto en relación a los beneficios que puede llegar a tener un trabajador en misión.

### **1.2.1 Prima de servicios**

Se han de tener en cuenta dos sentencias que son el punto central de este estudio. Tanto la sentencia C-042 de 2003 y la sentencia C-825 de 2006 declaran inexecutable expresiones del Código Sustantivo del Trabajo “*excepto a los ocasiones o transitorios*” dando así en este caso

una equivalencia pura entre cada una de las categorías de trabajadores existentes en el ordenamiento laboral. De esta manera la cobertura necesaria para que la prima de servicios les sea cancelada al finalizar la relación laboral, la cual liquidación deberá ser proporcional al tiempo empleado en la ejecución de las actividades y no podrá ser menor a esta.

La Corte Constitucional en el uso de sus facultades legales hace una interpretación de las normas demandadas y busca darle una igualdad a cada uno de los trabajadores, cobijándolos al punto de garantizar de la mejor manera sus derechos como empleados sin importar la calidad que ostenten.

### **1.3 Vacaciones**

Al momento de tratar lo relativo a las vacaciones<sup>19</sup> es necesario hacer acotación nuevamente a la Corte Constitucional ya que en el uso de sus facultades por medio de la sentencia C-035 de 2005 consideró necesario declarar expresiones de las leyes laborales y unificar en pro de los derechos de los trabajadores todas las normas referentes en cuanto a vacaciones, antes del pronunciamiento de esta entidad tenían grandes diferencias entre lo que se consideraba vacaciones tanto para el sector privado y público. A raíz de estas diferencias la Corte Constitucional observó como necesario dar un lineamiento único con el cual se han de regir y se han de hacer valer sus derechos.

---

<sup>19</sup>Cabe aclarar que el tema de vacaciones se estipula en artículo 186 y s.s del Código Sustantivo del Trabajo, estipula la duración de las vacaciones que será igual a quince días si el trabajador ha laborado por un año, igualmente se estipula la época en la que se darán las vacaciones por parte del empleador, dan la posibilidad al trabajador de realizar un acuerdo para que dichas vacaciones puedan ser compensadas económicamente y la acumulación de las vacaciones de hasta 2 años o por 4 años si se trata de trabajadores técnicos.

### **1.1 Responsabilidad de las Empresas de Servicios Temporales**

Para entender la responsabilidad que puede llegar a tener una E.S.T se deben analizar dos aspectos fundamentales. El primero es la relación comercial entre la E.S.T y el usuario, que se refiere a la debida inscripción por parte de la E.S.T ante la autoridad correspondiente, que en este caso es el Ministerio de Trabajo.

La regulación normativa aplicada a este tipo de empresa, al estar inscrita cumple con unos requisitos para su formalización como lo explica el doctrinante Pérez (2016) *“En este caso se presenta una simulación que culta a un verdadero intermediario que contrata trabajadores para un tercero, que oculta su calidad”*(p.220) y a la luz del Código Sustantivo del Trabajo la empresa se encontraría en un caso de responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones laborales que se tengan.

La segunda situación que se ha de analizar ya no hace referencia al vínculo que puede existir entre la empresa usuaria o beneficiaria y la E.S.T sino a la relación jurídica existente entre el empleado y la E.S.T. La ley 50 de 1.990 en su artículo 71 establece que se considerará inicialmente como empleador la empresa de servicios temporales.

Esta ley es pieza fundamental dentro del análisis, puesto que al considerar como empleador a la empresa, esta deberá responder por todas las prestaciones que ha de recibir el trabajador acorde a lo estipulado a la ley. El mismo artículo desliga el vínculo que se puede llegar a considerar entre la responsabilidad que pueda tener la empresa usuaria con el empleado. Ha de tenerse claridad en que la beneficiaria solo contrata la ejecución de unas labores que deben ser vistas desde un punto comercial mas no laboral, pues quien corre con esta responsabilidad es la empresa contratante.

La responsabilidad que pueda llegar a desprenderse en el primer caso presentado se da únicamente si la empresa beneficiaria que ha contratado determinados servicios con una E.S.T solo se transformara en una responsabilidad solidaria si al contratar estos servicios temporales se hace con una empresa que no cumple con los requisitos legales establecidos por el Ministerio de Trabajo.

## CAPITULO III

### FIGURAS PREDOMINANTES

#### 1. **Bussines process outsourcing (B.P.O)**

Es una modalidad de la tercerización del trabajo. Consiste básicamente en subcontratar no solo una persona o pequeños grupos de personas, sino más bien a una gran compañía que pueda satisfacer las necesidades de la empresa que la subcontrata en trabajos que no son propios de esta. Usualmente esta modalidad de tercerización del trabajo se da en países diferentes a los de la empresa que contrata, porque es más barato adquirir estos servicios en lugares como Colombia, India, China, entre otros. Esto debido a que, el pago a los trabajadores allí es menor al pago en el país de origen, y esto es muy beneficioso tanto para la empresa que subcontrata como para la empresa que presta dichos servicios. El trabajo por excelencia que se presta en esta modalidad de B.P.O, pero no el único, es el de callcenter, asistencia que consiste en recibir llamadas de los clientes de la empresa que subcontrata, para ayudar a arreglar problemas técnicos, brindar información general y otros servicios.

En el ámbito nacional esta figura empezó a verse con fuerza en 1995 con la llegada de la multinacional española INDRA<sup>20</sup>, una compañía que se posicionó en el mercado gracias a su rápida expansión en todo el mundo, razón por la cual luego de 23 años cuenta con centros de producción para servicios relacionados con el BPO en España, Portugal, Italia, Rumanía,

---

<sup>20</sup> INDRA, empresa fundada en 1.993 en España, con presencia en países como Alemania, Portugal, Estados unidos, China, Argentina, Noruega, Brasil; es una de las principales empresas globales de consultoría y tecnología, Indra es líder mundial en el desarrollo de soluciones tecnologías integrales en campos como: Defensa y seguridad; Transporte y Tráfico; Energía e Industria; telecomunicaciones y Media, entre otros. En Colombia hace presencia en las ciudades de Bogotá, Barranquilla, Pereira y Medellín; cuenta con dos Centros de desarrollo de Software de alto rendimiento en: Bogotá y Pereira que atienden las necesidades del país, cuenta con más de 2.000 profesionales para la atención de estas necesidades. (INDRA COMPANY, 2017)

Marruecos, Puerto Rico, Brasil, México, Perú, Colombia, Ecuador, Venezuela, Argentina y Filipinas.

Desde 1995 el crecimiento de dicho fenómeno ha sido rápido, pues existen programas como “Colombia Bilingüe”, ofrecidos por el Estado para enseñar a las personas una segunda lengua y que así sea mucho más fácil su contratación por parte de las multinacionales extranjeras. El gobierno colombiano está interesado en la inversión extranjera por medio de esta figura de tercerización del trabajo, ya que supone una inyección de capital en el territorio nacional, y además de ello significa un aumento de plazas para emplear personas. Y es que Colombia es un país ideal para esta figura, así lo afirmó Pramond Bhasin, vicepresidente No-ejecutivo de Genpact<sup>21</sup>, quién dijo:

Colombia ofrece un clima de negocios muy favorable para la compañía y para los clientes; una fuerza laboral capacitada, con altos grados de alfabetización y competencias; una economía saludable y en crecimiento; un gran número de universidades con fuertes programas de negocios; la presencia de diversas industrias y prácticas abiertas de comercio. Por estas razones, para Genpact es un honor establecer sus raíces en Colombia y convertirse en parte de su cultura y de su próspera comunidad de negocios. (FENALCO, 2017)

Esta país tiene muchos beneficios con esta figura, así lo explica el señor Juan Rodrigo Hurtado, presidente de Teleperformance<sup>22</sup> Colombia (Jugadores del BPO, 2012) “Por eso,

---

<sup>21</sup> GENPACT Ltda. Compañía constituida en 1.997 con presencia en más de 20 países, es una de las principales multinacionales de BPO con oficinas en New York, Palo Alto y Londres; desde su instalación en Colombia se ha encargado de ofrecer servicios a multinacionales que se encuentren en el país, cuenta con una fuerza laboral de aproximadamente 1.500 personas. (GENPACT, 2017)

<sup>22</sup> TELEPERFORMANCE, es una de las compañías líder en el mercado de Contac Center, hace presencia en ciudades como Medellín y Bogotá desde hace más de 20 años, cuenta como más de 8.000 empleados que atienden las

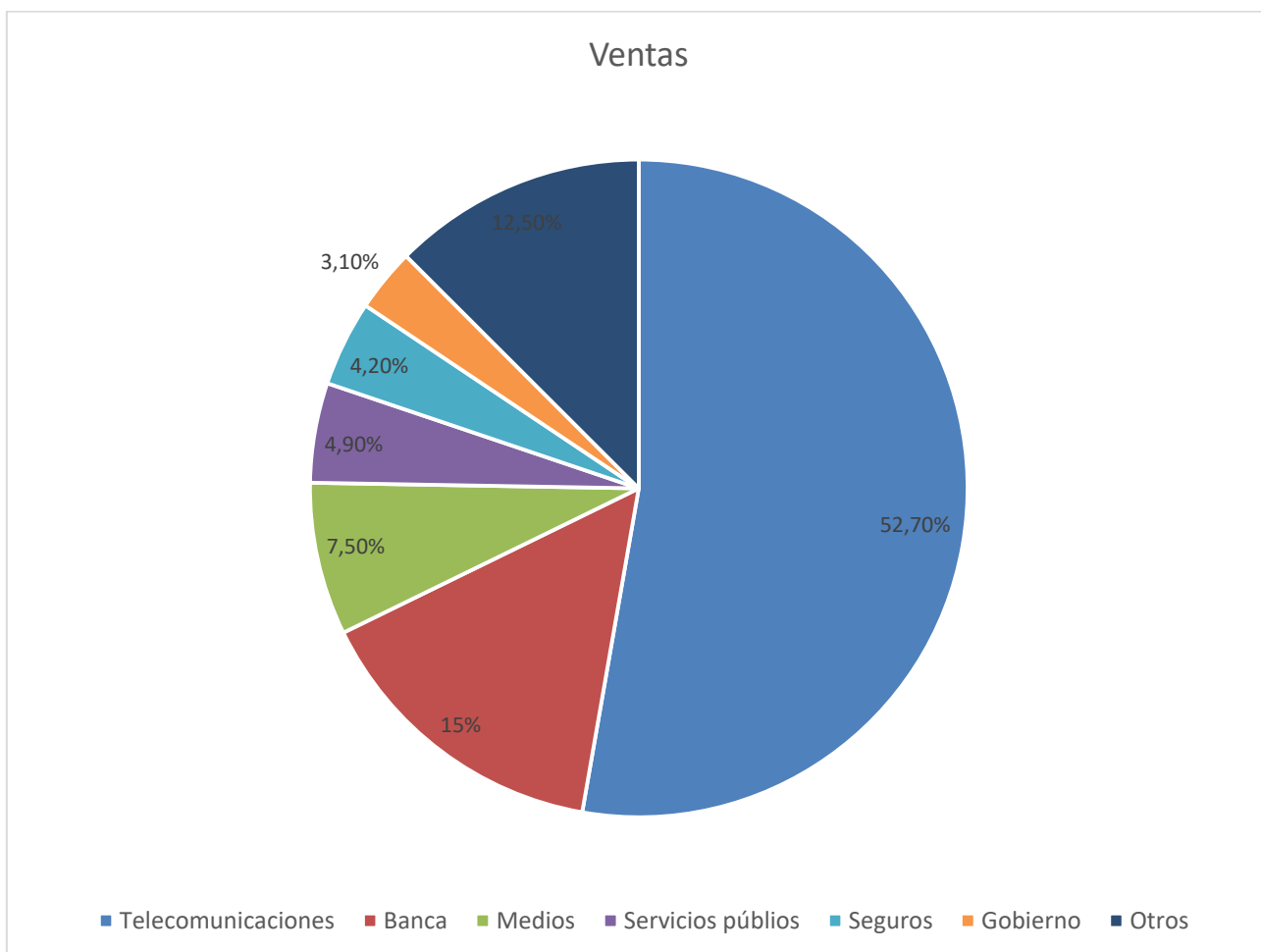
desde aquí se pueden atender tres mercados: el local que es importante para esta actividad, el Offshore, dirigido a atender clientes de España, y el Nearshore, enfocado a recibir las inquietudes de usuarios de Estados Unidos”. En los países hispanoamericanos, Colombia es el segundo país con mejores condiciones callcenters y B.P.O (solo superado por México). Según la directora de la Asociación Colombiana de Contact Centers & BPO, Ana Karina Quessep<sup>23</sup>, la industria ha podido mantener un crecimiento anual del 27%, una cifra muy alta que cualquier otra empresa envidiaría.

A continuación, se presentará una gráfica con datos de la asociación colombiana de contactcenter 24(ACDECC) y Procolombia, que representan el porcentaje de las labores que atiende el B.P.O en Colombia. Para entender mejor los conceptos de Call Center y Contact Center se realizará una diferenciación entre estos. El primero de los conceptos se basa en la administración y gestión de información ya sea en su recepción o emisión únicamente por un canal el cual es la vía telefónica, por otra parte el segundo concepto se basa en la recepción o emisión de información por distintas vías (Llamadas telefónicas, correos electrónicos, fax, comunicaciones online por redes sociales).

---

necesidades de más de 12 millones de contactos mensuales en 15 países del mundo; se especializa en sectores como: salud, transporte, energía, alimentos, servicios de entretenimiento, entre otros. (Teleperformance, 2017)

<sup>23</sup> Ana Karina Quessep, graduada de la universidad externado de Colombia con el título de Administrados de Empresas, se desempeñó en cargos como: Gerente regional en el banco BBVA por 4 años, Gerente Servicio a Clientes por 3 años y actualmente se desempeña como directora ejecutiva de la Asociación Colombiana de Contact Centers y BPO (ACDECC & BPO) (Linkedin in, 2017)



*Nota:* Elaboración Propia Cuadro No 2

En el ámbito laboral los contactcenter y B.P.O usan un modelo de tercerización básico, es decir, la empresa contratada que ofrece el servicio de callcenter a la compañía contratante tiene un vínculo de prestación de un determinado trabajo. Pero los trabajadores que realizan dicho servicio son trabajadores de la compañía contratada y tienen un vínculo laboral únicamente con esta. Además de ello como son empresas independientes y los trabajadores no son temporales ni de prestación de servicios y trabajan directamente para la parte contratada, deben tener una relación laboral formal con esta y goza de todos los derechos de ley, tales como sueldo, prestaciones sociales, vacaciones, liquidación, etc. Si llegara a surgir algún problema



laboral con el trabajador, este deberá resolverlo directamente con su empleador, que en este caso sería la parte contratada.

No importa que la parte contratante sea extranjera, pues todos los trabajadores en Colombia se rigen bajo las leyes colombianas, en este caso las del código sustantivo del trabajo: “Art. 2°. Aplicación territorial. El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”. Teniendo en cuenta lo anterior no se podrá, bajo ninguna circunstancia, aplicar leyes extranjeras a los trabajadores en el territorio colombiano, esto a su vez, conlleva a generar mayor seguridad para el empleado, en el entendido que las regulaciones internacionales bajo las que se rigen las multinacionales no son iguales a las de Colombia, por lo cual la protección de los derechos del subordinado estará asegurada según las regulaciones nacionales y no permitiría el arbitrio de que sean vigiladas por la normativa internacional.

## **2. Cooperativas de Trabajo Asociado (C.T.A)**

Acorde a lo estipulado en el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, las cooperativas y Pre cooperativas de trabajo asociado deben ser entendidas como entidades sin ánimo de lucro, que tienen como único fin la asociación de personas naturales las cuales por medio del desarrollo de determinadas actividades tanto económicas, profesionales o intelectuales generan unos aportes a las cooperativas *“El objetivo de esto es la producción de bienes la ejecución de obras o la prestación de servicios mediante la autogestión. Los cooperados, tienen participación activa en los procedimientos, decisiones y el funcionamiento en general de la cooperativa (Ospina & Cañón Sarmiento, 2007, pág. 109).*

Es menester hacer acotación a la relación o el vínculo que existe entre el trabajador asociado y la Cooperativa de Trabajo, no se cobija por la normativa laboral si no por un vínculo que tiende a ser de naturaleza solidaria. La explicación a esto se basa en que, al reunirse los asociados de forma autónoma para organizar una actividad de trabajo y para satisfacer unas necesidades de los asociados, prevalece la libertad que tienen los asociados para reunirse por lo cual se desliga de una relación contractual laboral.

## **2.1 Compensaciones**

A la luz del Artículo 25 del Decreto 4588 de 2007 las “compensaciones son todas las sumas de dinero que recibe el asociado, pactadas como tales, por la ejecución de su actividad material o inmaterial, las cuales no constituyen salario.”. De esta manera los asociados a estas Cooperativas de Trabajo Asociado no devengan un salario, sino que perciben a su favor una compensación. Es aquí donde empieza a mostrarse con más claridad que esta figura de la tercerización del trabajo se desliga de lo laboral netamente y se configura un régimen solidario.

### **2.1.1 Compensaciones ordinarias**

Ha manifestado el legislador que se deben entender las compensaciones ordinarias como la retribución mensual que ha de recibir el asociado, siendo estas fruto de la ejecución de sus actividades y el cumplimiento del mismo. Si se realiza un paralelo entre lo que se denomina “*compensación*” y “*salario*” se ha de encontrar que ambos términos tienen una gran similitud, la diferencia radica en que en este tipo de cooperativas la tasación de las compensaciones se ha de realizar en los mismos estatutos de constitución de la C.T.A. El que el legislador por medio de su autonomía decidiera denominarlo de este modo no niega la rotunda similitud con el salario

en las normas laborales, para hacer más evidente esta relación se ha de revisar el artículo 3 de la ley 1233 de 2008 en el cual se manifiesta que las compensaciones que recibirá el asociado por el desarrollo de sus labores nunca podrá ser inferior al salario mínimo mensual vigente y que la única forma de que estas denominadas compensaciones sean inferiores al SMMLV serán cuando las actividades desarrolladas deban ser desempeñadas en un tiempo menor, por lo cual el pago de esas labores se realizará acorde al tiempo usado para su ejecución.

El pago de estas compensaciones ordinarias se realizará según lo pactado dentro de los estatutos, lo habitual dentro de estos es que el pago se haga de forma mensual.

### **2.1.2 Compensaciones Extraordinarias**

Se ha de entender por compensaciones extraordinarias todos aquellos pagos accesorios a las compensaciones ordinarias, esto al tenor del artículo 2 de la Ley 1233 de 2008. De igual manera se ha de mencionar que el pago de estas compensaciones extraordinarias se pagara al mismo tiempo que las compensaciones ordinarias.

## **2.2 Manejo de prestaciones sociales y Seguridad Social**

Se considera que las C.T.A no están obligadas en ningún momento al pago de las prestaciones sociales y seguridad social (prima de servicios, indumentaria para la realización de la labor, cesantías y sus respectivos intereses y las vacaciones) ya que la relación que surge entre el asociado y la cooperativa es netamente solidaria y no laboral.

Caso contrario es lo que sucede con respecto al Sistema de Seguridad Social Integral en el cual la Cooperativa si está obligada a realizar la afiliación de los asociados a la seguridad

social. Según lo estipulado por el numeral 2 del artículo 6 de la ley 1233 de 2008 las C.T.A están en el deber de realizar las cotizaciones correspondientes a los diferentes sistemas, estableciendo como base de cotización la sumatoria de las compensaciones tanto ordinarias como extraordinarias recibidas por cada uno de los asociados y a su vez el aporte será el mismo que la ley laboral establece para el régimen de trabajo dependiente.

La mencionada obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social no es un tema que se puede manejar de forma arbitraria por parte de las CTA, ya que en la reglamentación de esto debe quedar estipulada dentro de los estatutos de creación de la Cooperativa. Esto como una prevención a cualquier tipo de circunstancia que pueda surgir en el desarrollo de las actividades por parte del asociado, es tal la seguridad que se da al asociado en palabras del doctrinante:

Para garantizar que se cumplen las exigencias de afiliación y pago de cotizaciones de los cooperados al Sistema de Seguridad Social, se estableció la obligación de informar por parte de la cooperativa al tercero contratante de sus servicios, que los cooperados vinculados a la cooperativa se encuentran afiliados y al día en seguridad social. (Pérez, 2016, p.218).

Tal como lo menciona el doctrinante Miguel Pérez García dentro de las obligaciones contraídas por la C.T.A se encuentra la de informar al tercero la realización del respectivo pago de la seguridad social, tramite para lo cual tendría los primeros diez días calendario. Es en este punto en el cual se ve la cobertura que llega a tener el derecho laboral respecto de estos asociados, entendiendo que es primeramente un derecho irrenunciable por parte de los cooperados y del cual el cumplimiento de la obligación no puede ser omitido por parte de las cooperativas.

### **2.3 Prohibiciones y sanciones de las Cooperativas de trabajo asociado**

Para hacer referencia tanto en las prohibiciones y sanciones de las C.T.A se ha de recurrir al decreto 2025 de 2011 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2009 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en la cual el legislador hace referencia a las condiciones con las cuales se han de hacer las contrataciones por parte de estas Cooperativas y Pre-Cooperativas, a su vez el Decreto Reglamentario 1072 del año 2015 establece unas prohibiciones que son taxativas para las mismas y las cuales son en el artículo 2.2.8.1.43:

1. La asociación o vinculación del trabajador asociado a la Cooperativa o Pre cooperativa no sea voluntaria.
2. La cooperativa o Pre cooperativa no tenga independencia financiera.
3. La cooperativa o Pre cooperativa no tenga la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten.
4. La cooperativa o pre cooperativa tenga vinculación económica con el tercero contratante.
5. La cooperativa y pre cooperativa no ejerza frente al trabajado asociado la potestad reglamentaria y disciplinaria.
6. Las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores asociados en circunstancias de tiempo, modo y lugar no sean impartidas por la cooperativa o pre cooperativa.
7. Los trabajadores asociados no participen de la toma de decisiones, ni de los excedentes o rendimientos económicos de la cooperativa o pre cooperativa.
8. Los trabajadores asociados no realicen aportes sociales.
9. La cooperativa o pre cooperativa no realice el pago de las compensaciones extraordinarias, ordinarias o de seguridad social.

10. La cooperativa o pre cooperativa que incurra en otras conductas definidas como las faltas en otras normas legales. ( Decreto 1072 expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, 2015)

En el caso de incurrir en alguna de estas prohibiciones se impondrán sanciones acordes al número de trabajadores tanto asociados como no asociados. Estas multas impuestas por las Direcciones Territoriales del Ministerio de Trabajo con previa investigación que permita determinar la infracción de alguna de estas causales, dado el caso se procederá a imponer sanciones de hasta cinco mil (5.000.) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. En este mismo Decreto Reglamentario en su artículo 2.2.8.1.44 indica que las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado “que incurran en estas prácticas quedarán incursas en causal de disolución y liquidación. La Superintendencia de la Economía Solidaria y las demás Superintendencias, para el caso de las cooperativas especializadas, se le cancelara la personería Jurídica” ( Decreto 1072 expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, 2015) .

El Decreto Único Reglamentario del Trabajo agrega una sanción proveniente de la Ley 1238 de 2008, la cual:

Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones. (Ley 1238, 2008)

Consiste en la imposición de una multa de hasta cinco mil (5.000) SMLMV, por medio de las Direcciones Territoriales del Ministerio del trabajo cuando las cooperativas o Pre cooperativas incurran en intermediación laboral.

Lo relevante de esta penalidad es que no excluye la sanción estipulada en la Ley 1238 de 2008 artículo 7 numeral 4<sup>25</sup> Esta sanción es de gran importancia si se le suma la aplicación por parte de los inspectores de trabajo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (principio que ya ha sido estudiado en capítulos anteriores) y por el cual el legislador quiere dar mayor protección al trabajador y no permitir la vulneración de sus derechos por medio de estas figuras.

#### **2.4 Responsabilidad de las C.T.A frente S.S.S.I**

Las disposiciones normativas existentes no eximen en ningún punto la obligación de las Cooperativas frente a las cotizaciones que se realizan a cada asociado, por lo tanto las C.T.A se considerará disuelta únicamente con la terminación del contrato que vincule al asociado con la Cooperativa independientemente de la situación en la que se encuentre el primero. Es decir, si el asociado ha sido calificado por el SISBEN<sup>26</sup> o aparece como beneficiario en el régimen contributivo, esto no exonera a la Cooperativa de la responsabilidad que tiene respecto los aportes que deben realizar.

---

<sup>25</sup> En este artículo indica que “tanto la potestad reglamentaria como la disciplinaria sólo será ejercida por la pre cooperativa o cooperativa de trabajo asociado. En ningún caso, tales potestades podrán ser ejercidas por el tercero contratante. Si esto llegare a suceder se configurará de manera automática un contrato de trabajo realidad y, además, el contratante deberá soportar los efectos previstos en el numeral anterior, sin perjuicio de otras consecuencias legales”. (Ley 1238,2008)

<sup>26</sup> El SISBEN es el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas sociales que, a través de un puntaje, clasifica a la población de acuerdo a sus condiciones socioeconómicas, este a su vez se utiliza para identificar de manera rápida y objetiva a la población en situación de pobreza y vulnerabilidad para focalizar la inversión social y garantizar que esta sea asignada a quien más lo necesite. (SISBEN, 2017)

### **3. Empresas Asociativas de Trabajo (E.A.T)**

Reguladas por la ley 10 de 1991 y su decreto reglamentario 1100 de 1992 se ha de entender por Empresas Asociativas de Trabajo a las “organizaciones económicas productivas, cuyos asociados aportan su capacidad laboral, por tiempo indefinido y algunos además entregan al servicio de la organización una tecnología o destreza, u otros activos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la empresas”. A partir de esta definición de las E.A.T se manejan bajo un régimen netamente comercial, por lo cual al lado de su razón social debe ir estipulada la siguiente consigna E.A.T, estas empresas no están reguladas por las normas relativas al Código Sustantivo del Trabajo (caso similar a las C.T.A), sino que están reguladas por las leyes concernientes al derecho comercial, bajo este entendido las E.A.T deben estar registradas tanto en el Ministerio del Trabajo como en la Cámara de Comercio.

#### **3.1 Requisitos para su constitución**

Siendo las Empresas de Trabajo Asociado reguladas por las normas de carácter comercial se ha de entender que su constitución como tal ha de llenar unas formalidades acordes a lo solicitado por la Cámara de Comercio del lugar en el cual decida constituirse.

Se establecen tres formas por las cuales se puede constituir la E.A.T siendo estas: Escritura pública, Acta de constitución con estatutos y por medio de documento privado.



Los requisitos que, independiente de la forma en la cual se decida realizar la constitución, son indispensables para llenar la totalidad de requisitos establecidos, los cuales son:

- Nombre y apellidos, identificación y domicilio de los asociados
- Denominación o razón social más la consigna “empresa asociativa de trabajo” o “EAT”
- Domicilio principal
- Objeto social
- Termino de duración de la Empresa
- Aportes que se van a realizar dentro de la empresa, las cuales a su vez pueden ser: aporte laboral, aporte laboral adicional, aporte en dinero, bienes.
- Forma de administración de los negocios que se van a realizar
- Causales de disolución y liquidación de la empresa
- Época y convocatorias de la empresa
- Fecha en la cual se deben realizar los inventarios
- Clausula compromisoria.

Llama la atención la similitud que tienen estos requisitos con los de una sociedad meramente comercial. Es curiosa la introducción de la cláusula compromisoria como uno de los requisitos de la constitución, cláusula que a su vez hace más énfasis en el derecho civil pero lo cual da certeza de que en el momento de generarse un inconveniente de tipo legal se puede hacer uso de la misma con el fin de darle una pronta solución.

### 3.2 Aportes de los asociados

La normatividad vigente considera que el principal aporte que puede llegar a realizar el asociado no es más que su mano de obra, pero el hecho de considerar que sea el esencial no excluye el hecho de que los asociados no puedan llegar a realizar otro tipo de aportes.

Los asociados no necesariamente deben hacer solo un aporte laboral, pueden llegar a realizar más aportes como activos (bienes muebles, inmuebles o dinero), estos son accesorios a la mano de obra, la cual se establece como obligatoria.

Los aportes que decidan realizar cada uno de los asociados deben ser inscritos en el contrato que los asociados con esta empresa y por lo cual ha de quedar establecido previamente.

### 3.3 Diferencias entre la C.T.A y las E.A.T

Siendo las C.T.A y las E.A.T figuras jurídicas tan similares se debe aclarar que la forma más sencilla de diferenciarlas es por medio de los requisitos de constitución de cada una:

<b>EMPRESAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO</b>	<b>COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO</b>
Para su constitución se exigen requisitos específicos para poder dar nacimiento a la empresa.	No es necesario cumplir con un mínimo de requisitos para su constitución.
Delimitación jerárquica de la Empresa.	No cuenta con una estructura específica.

Como se ha estudiado, tanto las EAT como las CTA cuentan con los mismos entes de vigilancia y regulación para su debido funcionamiento.

*Nota:* Elaboración Propia Cuadro No 3

#### **4. Empresas de Servicio Temporal (E.S.T)**

Realizan un tipo de actividad, el desarrollo de esta ha de ser por parte de personas naturales que han sido previamente contratadas por otra empresa, que para los efectos de la ejecución de las labores se considerará como un empleador, igualmente se ha de tener presente que este tipo de empresas puede prestar únicamente este servicio de forma temporal hasta por 6 meses y si es necesario podrá ser prorrogado por otros 6 meses con la aprobación del Ministerio del trabajo.

El tema ha sido tratado desde la ley 50 de 1.990, cuyo articulado hace referencia a lo que se entendería por los trabajadores en misión y a partir del cual se ha estructurado lo que hoy se conoce por estas.

##### **4.1 Clasificación de los trabajadores**

La clasificación que hacen las EST de los trabajadores es la siguiente:

TRABAJADORES DE PLANTA	TRABAJADORES EN MISIÓN
Son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las Empresas de Servicios Temporales.	Son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos.

Desempeñan sus labores acordes a lo estipulado en sus contratos que puede ser por un término previamente acordado por las partes.	Desempeñan sus laborales por determinado tiempo, de forma accidental, máximo de (6) meses prorrogables por otros seis (6) meses.
Tiene a su cargo actividades nucleares de la empresa y que únicamente se pueden desarrollar dentro de la misma (directores administrativos, gerencia)	Desarrollan actividades accesorias de la empresa, o reemplazo por incapacidades (licencias de maternidad, accidente de trabajo).

*Nota:* Elaboración propia Cuadro No 4

#### **4.2 Requisitos para su constitución**

Para la creación de este tipo de empresas se ha de cumplir con el lleno de unos requisitos sin los cuales no se puede dar el nacimiento de las mismas, algunos de estos requisitos son según el ministerio de trabajo:

- Reglamento de Trabajo
- Formatos de los contratos de trabajo que celebrarán con los trabajadores en misión y de los contratos que se suscribirán con los usuarios del servicio
- Escritura pública de constitución y certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio, donde conste su único objeto social
- Póliza de garantía que deberá constituirse por un año en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo legal mensual vigente con base en los siguientes parámetros:

<b>Trabajadores</b>	<b>Salario mínimo mensual legal vigente</b>
Hasta 150	500 SMMLV
De 151 a 200	600 SMMLV
De 201 a 250	700 SMMLV
De 251 a 500	1.100 SMMLV
De 501 a 750	1.600 SMMLV
De 751 a 1.000	2.000 SMMLV

Los contratos celebrados entre la EST y los trabajadores en misión solo se podrán realizar en determinados casos siendo los principales: el desarrollo de actividades laborales ocasionales o transitorias, reemplazo de personal por licencias o vacaciones, atención de incrementos en la producción.

### **4.3 Prohibiciones y sanciones de las Empresas de Servicio Temporal**

Según el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, los casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar con las E.S.T son: Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6to del Código Sustantivo del Trabajo.

1. Cuando se requiere Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
2. 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 prorrogables hasta por seis (6) meses más. (Decreto 4369 , 2006 )

El Decreto 1072 del año 2015 en su artículo 2.2.6.5.20 trae estipuladas unas multas equivalentes hasta cien (100) SMLMV cuando se infrinjan alguna de las disposiciones que se

contienen dentro de este artículo<sup>27</sup>. Se ha de tener en cuenta que el único ente capacitado para poder imponer este tipo de sanciones<sup>28</sup> y mantener vigilancia<sup>29</sup> constante sobre las Empresas de Servicios Temporales es el Ministerio del Trabajo por medio de las Direcciones territoriales.

#### 4.4 Diferencias entre las E.S.T y C.T.A

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES	COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO
Colaborar en la ejecución de actividades por un límite de tiempo	Prestación de servicios, producción y comercialización de productos.
Únicamente debe indicar el objeto económico que tendrá.	Estipular la actividad socio-económica que se va a ejecutar.
No debe contar con una estructura jerárquica para su constitución.	Debe establecer una jerarquía dentro de la empresa.

<sup>27</sup> En el artículo 2.2.6.520 nos indica que es multa es “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 de 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. 3. Cuando la empresa usuaria contrate Servicios Temporales, contraviniendo lo establecido en los artículos 77 de la Ley 50 de 1.990 y 2.2.6.5.7. del presente decreto. 4. Cuando la Empresa de Servicios Temporales preste sus servicios con violación a las normas que regulan la actividad, siempre y cuando no originen sanción superior, como la suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento.”

<sup>28</sup> Numeral 8 Artículo 2.2.5.19 Decreto 1072 de 2015 funciones: “Ejercer inspección, vigilancia y control sobre las Empresas de Servicios Temporales y sobre las usuarias, a efecto de garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, la ley 50 de 1.990, presente capítulo y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”

<sup>29</sup> Numeral 8 Artículo 2.2.5.19 Decreto 1072 de 2015 funciones: “Sancionar a las empresas o entidades que realizan la actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales, sin la debida autorización legal”

## Conclusiones

1. La tercerización laboral tiene distintas figuras que buscan satisfacer necesidades que, en teoría, no son propias de la actividad principal del contratante, y que pueden cumplirse a través de servicios, bienes o por el mismo trabajador.

2. Debido a que la tercerización es percibida como una manera rápida y eficaz de satisfacer las necesidades exógenas de una compañía, este modelo se ha convertido en un proceso atractivo tanto para los contratantes como a los contratados, dejando como resultado generación de empleo e inversión de capital de empresas multinacionales a empresas más pequeñas.

3. En la práctica este modelo se ha distorsionado en sus propósitos, ya que en el uso habitual se utiliza para realizar actividades endógenas al core business de la empresa, mientras, adicionalmente, la parte contratante realiza ciertas maniobras para evadir el pago de beneficios a los trabajadores. Los empleadores pueden aprovechar la figura de la tercerización para negarles beneficios a los trabajadores como la cotización en salud, pensión, entre otras, los cuales sí deberían ser reconocidos en caso de contratos laborales tradicionales. Así las cosas, la tercerización se convierte en un medio legal para transgredir los derechos laborales de los trabajadores.

4. El Estado ha creado regulaciones más estrictas y específicas sobre el modelo, así como sanciones más altas para quienes hagan uso indebido de estas figuras. El objetivo no es eliminar con las figuras mencionadas ya que efectivamente dinamizan el empleo, pero si es necesario hacer un llamado a no desvirtuar la esencia con la que fueron creadas.

5. Es fundamental que la tercerización y sus vertientes, estén claramente reguladas en el ordenamiento jurídico, puesto que, hoy en día, más del 60% de los empleados están vinculados mediante este tipo de contratos. Sin embargo, de igual manera es evidente que el uso de esta modalidad genera para el contratado una inestabilidad constante, ya que en diversas situaciones el beneficiario del servicio puede alegar cualquier causal para dar por terminada la relación laboral. Adicionalmente, el tema de cumplimiento de horarios, derechos de asociación y otras garantías laborales son vulneradas. Es necesario que esta situación cambie y que el Estado proteja los derechos del trabajador vinculado por medio de tercerización para garantizarle la estabilidad en su labor.

6. Aunque los empleadores aparentemente cumplen en general con las regulaciones estipuladas por el gobierno, en algunos casos se hace evidente que existen vacíos legales que generan una transgresión al principio de “igualdad”, puesto que los niveles de protección y los beneficios son diferentes para los trabajadores de planta y los tercerizados. Esto crea un estado de desequilibrio entre la garantía de los derechos de los trabajadores.

7. La tercerización del trabajo, junto a sus tipos, contratos y modalidades; han ayudado a que las empresas foráneas se fijen en el mercado colombiano. Gracias a eso ha incrementado la inversión de capital extranjero por ser un punto clave para explotar diferentes tipos de mercados. Esto es importante, pues la inyección de capital es positiva para el crecimiento económico del país, siempre y cuando sean respetadas las estipulaciones nacionales en lo que respecta a los derechos y garantías para los trabajadores.



## **Recomendaciones**

Si bien es cierto el legislador en incontables oportunidades ha tratado de generar una normativa que sea más estricta y que abarque la totalidad de los temas, el mismo se ha encontrado con circunstancias internas que han imposibilitado una regulación más precisa y a su vez más severa con las empresas que son precursoras en el tema de tercerización a nivel nacional y que algunas veces hacen uso indebido del modelo.

Para el caso colombiano es necesario desarrollar una normativa que no se base únicamente en los patrones actuales del derecho laboral, sino que trate de cubrir la mayor posibilidad de factores que estas figuras traen en si mismas. Un claro ejemplo de ese intento es el Decreto 1072 del año 2015 que trató de integrar todas las normas en una sola, pero en dicha intención creó mayor desconcierto, pues confunde términos esenciales para el entendimiento de estas figuras.

### Referencias

- Decreto 1072 expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, Diario Oficial, 26 de Mayo de 2015. (Ministerio del Trabajo 2015).
- Aguirre, C. A. (2008). Los procesos de trabajo taylorista y fordista. Notas sobre la hiperracionalización del trabajo y la caída de la tasa de ganancia. *Revista Mundo Siglo XXI*, 24-43. Obtenido de [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8204/JhonHenry\\_CortesJimenez\\_2015.pdf?sequence=2](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8204/JhonHenry_CortesJimenez_2015.pdf?sequence=2)
- Bronstein, A. (1999). *La subcontratación Laboral –análisis y perspectivas-*. San José de Costa Rica: Cuadernos de Integración Andina 20.
- Código sustantivo del trabajo, artículo 35.
- CUT-Central Unitaria de Trabajadores. (15 de Abril de 2017). Obtenido de <http://cut.org.co/diferencia-entre-la-actividad-o-funcion-permanente-y-la-actividad-o-funcion-misional-permanente/>
- Decreto 002025, Diario Oficial 48094 (Congreso Nacional de la República 8 de Junio de 2011).
- Decreto 0024 , Diario oficial 43213 (1998).
- Decreto 4369 , Diario oficial 22390 (2006 ).
- Decreto 4588 se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado , Diario Oficial, núm., 46494, 27 de Diciembre (Congreso Nacional de la República 27 de Diciembre de 2007).
- Decreto 583 (Ministerio del Trabajo 8 de Abril de 2016).
- Decreto 583 del 08 de Agosto de 2016, por el cual se adiciona el título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto número 1072 de 2015 (Ministerio del Trabajo 08 de Agosto de 2016).
- Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo Decreto 1072 (2015).
- FENALCO. (9 de Mayo de 2017). Obtenido de <http://www.fenalco.com.co/contenido/1939>
- García, M. P. (2016). *Análisis Del Decreto Sobre Tercerización Laboral*. Bogotá D.C.
- GENPACT. (2017). *Generating Impact*. Obtenido de <http://www.genpact.com/about-us>
- Gómez, O. M. (7 de Mayo de 2017). Obtenido de Universidad para la Cooperación Internacional:

[http://www.ucipfg.com/Repositorio/MAP/AGAP/MODULOIV/semana1/GestiondeLaCali daSemana%201/CalidadyConceptosGeneralesAGAPD-01\\_2012.pdf](http://www.ucipfg.com/Repositorio/MAP/AGAP/MODULOIV/semana1/GestiondeLaCali daSemana%201/CalidadyConceptosGeneralesAGAPD-01_2012.pdf)

INDRA COMPANY. (20 de Abril de 2017). Obtenido de <http://www.indracompany.com/>

Jugadores del BPO. (10 de Mayo de 2012). *Portafolio*. Recuperado el 24 de Febrero de 2017, de <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/jugadores-bpo-colombia-95576>

Ley 10 , Diario Oficial, núm., 39.638, (Congreso Nacional de la Republica 21 de Enero de 1991).

Ley 1238, Diario Oficial 47060 (24 de Julio de 2008).

Ley 1429 , Diario Oficial No. 47.937 (29 de Diciembre de 2010).

Ley 1444 (2011).

Ley 50 (Diario Oficial No. 39.618 28 de Diciembre de 1990).

Linkedin in. (10 de Abril de 2017). Obtenido de <https://co.linkedin.com/in/ana-karina-quessep-b0466223>

Ministerio de trabajo de Perú. (07 de Mayo de 2017). Obtenido de [http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnit/tercerizacion\\_servicios.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnit/tercerizacion_servicios.pdf)

Ministerio del trabajo. (s.f.). Obtenido de <http://www.mintrabajo.gov.co/agencias-de-colocacion-de-empleo.html>

Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. (1991). *Compilación de la Reforma Laboral*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Monsalve, G. A. (2002). La contratación de trabajadores a travpes de Empresas de Servicios Temporales. *Precedente*, 207-222. Obtenido de <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/9ArenasMonsalve.pdf>

Natalia Colotuzzo, & Ermida Uriarte, O. (2009). *Descentralización, Tercerización, Subcontratación. , de Oficina Internacional del Trabajo, Pág. 92*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado el 5 de MAYO de 2017, de Sitio Web: [http://white.lim.ilo.org/proyectoactrav/pry\\_rla\\_06\\_m03\\_spa/publicaciones/documentos/e studio\\_des](http://white.lim.ilo.org/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/e studio_des)

Olivella, J. (7 de mayo de 2017). *Instituto Lean Management*. Obtenido de <http://docplayer.es/11440180-Trabajo-lean-1-a-que-podemos-llamar-trabajo-lean.html>

- Organización Internacional de Trabajo. (07 de MAYO de 2017). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms\\_162742.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms_162742.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (1998). *Trabajo en régimen de subcontratación*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). (A. C. Reynaud, Ed.) Recuperado el 7 de mayo de 2017, de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san\\_jose/documents/publication/wcms\\_179370.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_179370.pdf)
- Ospina, M. V., & Cañón Sarmiento, C. (2007). Panorama de la flexibilización laboral en Colombia. *La subcontratación Laboral –análisis y perspectivas-. Cuadernos de Integración Andina* 20, 108-136.
- Pérez, M. (2009). *El servicio temporal y otras formas de contratación*. Bogotá: Carrera 7a.
- Pérez, M. (2016). *Contratación laboral, intermediación y servicios. La tercerización laboral y la de bienes y servicios*. Bogotá: Legis.
- Resolución 5670, Diario Oficial (Ministerio del Trabajo 29 de Diciembre de 2016).
- Reta, V. E. (2009). Las Formas de Organización del Trabajo y su incidencia en el campo educativo. *Fundamentos en Humanidades*, X(Número I (19/2009) ), 119-137.
- Romano, R. (07 de mayo de 1958). Henry Ford. *Revista Los hombres de la historia* N° 19, 2-74. Obtenido de <http://www.librosmaravillosos.com/Los%20Hombres%20de%20la%20Historia%20N%2019%20-%20Henry%20Ford%20-%20Ruggiero%20Romano/pdf/Los%20Hombres%20de%20la%20Historia%20N%2019%20-%20Henry%20Ford%20-%20Ruggiero%20Romano.pdf>
- Schneider, B. (2004). *Outsourcing- La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Bogotá D.C: Editorial Norma S.A.
- Sentencia C-302 , Expediente D-2242 (Corte Constitucional Mayo de 1999).
- Sentencia C-330, Expediente D-819 (Corte constitucional 27 de Julio de 1995).
- Sentencia T-173 de 2011, expedientes T-2838568,T-2838574 y T-2840358. (Corte Constitucional 14 de Marzo de 2011).
- Sentencia T-616, expediente T-3.120.991 (Corte Constitucional expediente T-3.120.991 de Agosto de 2012).

Sentencia T-706 , Expediente T-1331135 (Corte Constitucional 22 de Agosto de 2006).

SISBEN. (2017). *Departamento Nacional de Planeacion-SISBEN*. Obtenido de <https://www.sisben.gov.co/sisben/Paginas/Que-es.aspx>

Teleperformance. (2017). *Teleperformance- Transforming Passion into excellence*. Obtenido de <https://www.teleperformance.com/es-es/una-compania-de-personas/sobre-nosotros>

UNESCO. (1993). ANTONIO GRAMSCI. *Perspectivas: revista trimestral de educación comparada*, vol. XXIII(nos 3-4), 633-649.