

**TRABAJO DE GRADO:
“TERCERIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA DE COLOMBIA EN
MATERIA LABORAL”**

EMILCE ESTHER BARRIOS TORRES

MAUREEN ROMERO MATOREL

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA
Cartagena D.T y C.
2017.**

**TRABAJO DE GRADO:
“TERCERIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA DE COLOMBIA EN
MATERIA LABORAL”**

EMILCE ESTHER BARRIOS TORRES

MAUREEN ROMERO MATOREL

Dr. EFRAIN BOHORQUEZ
Asesor de Tesis

Requisito para optar el Título de Abogado

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA
Cartagena D.T. y C
2017.**

PÁGINA DE ACEPTACIÓN.

Presidente de Tesis.

Jurado No 1.

Jurado No 2.

Cartagena de Indias, D.T. y C., _____ de 2017.

AGRADECIMIENTOS.

DEDICATORIA.

CONTENIDO.

Pág.

1.- RESUMEN.....	
1.1.- ABSTRACT.....	
1.2.- OBJETIVOS.....	
1.2.1.- OBJETIVO GENERAL.....	
1.2.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	
1.3.- METODOLOGÍA.....	
1.3.1.- Formas de la investigación.....	
1.3.2.- Tipo de investigación.....	
1.3.3.- Método de investigación.....	
1.4.- PALABRAS CLAVES.....	
2.- INTRODUCCIÓN.....	
2.1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	
2.2.- HIPOTESIS.....	
2.3.- JUSTIFICACION.....	
2.4.- ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS.....	
2.4.1.- FORMAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	
2.4.2.- TIPOS DE INVESTIGACIÓN.....	
2.4.3.- METODO DE INVESTIGACIÓN.....	
2.4.4. FUENTES, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	
2.4.4.1.- Fuentes de Recolección de la información.....	
2.4.4.2.- Técnicas de Recolección de la información.....	
2.4.4.3.- Instrumentos de Recolección de la información.....	
2.5.- RESULTADOS ESPERADOS.....	
3.- MARCO REFERENCIAL.....	
3.1.- ESTADO DEL ARTE REFERENCIAL O ANTECEDENTES DE LA	

INVESTIGACIÓN

3.2.- MARCO TEÓRICO.....

4.- CAPÍTULOS.....

4.1.- PRIMER CAPITULO: HISTORIA DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL.....

4.2.- SEGUNDO CAPITULO: DESARROLLO HISTÓRICO Y POSTURA ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA CON RESPECTO AL USO DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA EN COLOMBIA (LÍNEA JURISPRUDENCIAL).....

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....

5.1.- CONCLUSIONES.....

5.2.- RECOMENDACIONES.....

6.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....

TRABAJO DE GRADO:
“TERCERIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA DE COLOMBIA EN
MATERIA LABORAL”

1.- RESUMEN.

La evolución del mundo, acompañada de nuevas prioridades y necesidades, permite que en él se gesten cambios en todas las esferas de las relaciones humanas, es así como en el plano económico nacen nuevas formas de organización y políticas de administración; las cuales están siempre en la búsqueda de brindar mejores servicio ahorrando tiempo y costo, lo cual se refleja en la mayor competitividad y eficiencia en los modelos de producción de las grandes empresas y compañías. Corolario de lo anterior, se han venido desarrollando modelos de administración en los que es recurrente el empleo de la figura del *outsourcing o tercerización laboral*, la cual ha traído consigo el uso de nuevas formas de contratación en la producción de bienes y servicios, al tiempo que se contrata de forma diferente mano de obra, siempre permitiendo abaratar costos y correr menos riesgos. Desnaturalizando con ello el uso de los tradicionales sistemas de contratación laboral y atentando contra libertades y derechos de los trabajadores, al emplear las modalidades contractuales que este tipo de figuras contiene, para ahorrarse costos que se ven representados en beneficios establecidos en pro del trabajador en las modalidades de contratación tradicionales, los cuales han sido fruto de las diversas y duras luchas que se han librado para reivindicar los derechos del trabajador.

Teniendo en cuenta lo anterior, a través de la presente investigación se analiza el uso de la tercerización laboral en la contratación privada en Colombia; a fin de

establecer aspectos positivos y negativos, que se forjan a partir de su empleo, y el impacto que los mismos generan en los derechos del trabajador, para lo cual se estudiaron las posturas adoptadas por los altos tribunales colombianos y la legislación que respecto al tema se ha expedido.

1.1.- ABSTRACT.

The evolution of the world, accompanied by new priorities and needs, allows changes to be made in all spheres of human relations, so that new forms of organization and administration policies are born at the economic level; Which are always in search of better service, saving time and cost, which is reflected in the greater competitiveness and efficiency in the production models of large companies and companies. As a corollary of the above, management models have been developed in which the use of outsourcing is recurrent, which has brought with it the use of new forms of contracting in the production of bins and services, at the same time Which is contracted differently labor, always allowing to lower costs and run fewer risks. By denaturalizing the use of the traditional systems of labor contracting and attacking the freedoms and rights of the workers, by using the contractual modalities that these types of figures contain, to save costs that are represented in benefits established for the worker in the Traditional hiring methods, which have been the result of the various and harsh struggles that have been fought to claim the rights of the worker.

Taking into account the above, the present study analyzes the use of outsourcing in private contracting in Colombia; In order to establish positive and negative aspects, based on their employment, and the impact they generate on workers' rights, for which the positions adopted by Colombian high courts and the legislation regarding Item has been issued.

1.2.- OBJETIVOS.

1.2.1.- OBJETIVOS GENERALES.

Establecer a partir del análisis hecho a la casuística estudiada dentro de la línea jurisprudencial que se desarrolla, si con la implementación de la tercerización como modalidad contractual se están vulnerando derechos al trabajador del sector privado en Colombia.

1.2.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

A) Identificar qué derechos en específico si los hay, se le vulneran al trabajador del sector privado con la implementación de la tercerización como modalidad contractual, a partir del análisis realizado a la jurisprudencia colombiana que se trae a colación.

B) determinar el alcance de la normatividad existente en Colombia con respecto a la figura de tercerización.

C) partiendo del análisis realizado a los conceptos emitidos por la Organización Internacional del trabajo y los pronunciamientos de la jurisprudencia colombiana, con relación a la figura de la tercerización laboral, Establecer si con la implementación de la tercerización como modalidad de organización empresarial se facilita el desuso de contratos laborales.

1.3.- METODOLOGIA.

1.3.1.- Formas de la investigación.

Esta es una investigación fundamentada en el paradigma Cualitativo, avocada a la construcción y análisis jurisprudencial y normativo de la tercerización laboral en la contratación privada en Colombia, a fin de establecer si con su uso se incurre en violación de derechos del trabajador y se promueve el desuso de las formas tradicionales de contratación laboral.

1.3.2.- Tipo de investigación.

La tipología de investigación que enmarcará el desarrollo de la presente investigación está avocada al campo de la investigación jurídica pura, utilizando estrategias de tipo explicativo, comparativo e interpretativo.

1.3.3.- Método de investigación.

A través del uso del método deductivo directo, se establecerá el alcance jurídico normativo de la implementación de la tercerización como modalidad contractual en el sector privado colombiano, al tiempo que se determina la gama de derechos que pueden verse afectados con su usanza, para lo cual se avocara al estudio jurisprudencial que de la materia existe, realizándose un análisis explicativo, comparativo e interpretativo de los resultados que dicho estudio arroje.

1.4.- PALABRAS CLAVES.

- Tercerización.
- Contrato Laboral.
- Contrato Realidad.
- Formas de Contratación Laboral.

TRABAJO DE GRADO:
“ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN MUJERES
EMBARAZADAS COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL
DERECHO AL TRABAJO EN COLOMBIA”

2.- INTRODUCCION.

Dentro del presente proyecto se desarrolla el tópico contentivo a la tercerización en la contratación privada en material laboral en Colombia, para lo cual se establece el marco normativo aplicable a esta situación jurídica contractual, decantando límites en su implementación, así como las condiciones bajo las cuales se permite su uso; y los casos en que es prohibido su ejercicio. En esa misma línea se establece la evolución jurídico normativa con la que se le ha imprimido el tratamiento a esta temática, para lo cual se determina las posturas que la jurisprudencia colombiana ha tomado frente al uso de esta forma de contratación, al tiempo que se realiza un análisis sobre los derechos que podrían verse vulnerados con su implementación.

2.1.- PROBLEMA DE INVESTIGACION.

Las relaciones entre ofertantes y contratantes de mano de obra calificada, se rigen a través de la implementación de contratos de trabajo, los cuales tienen como objeto equilibrar la balanza entre estas dos partes, al tiempo que establecen garantías, derechos y deberes, para asegurar el normal desarrollo del mismo.

Sin embargo, a lo largo de la historia, se ha visto la lucha de la clase obrera por sus derechos, pues la balanza parece desequilibrarse a favor del sector empleador, de allí la instauración de formas de contratación que dignifiquen el trabajo y le asignen el valor real del que debe estar revestido.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, encontramos diversas clases de contratos, los cuales corresponden a las necesidades de empresas tanto del sector público como privado. Avocados a desarrollar los lineamientos establecidos por el Código Laboral, para propender por dar cumplimiento a la regulación que de los mismos existe, en aras de garantizar un equilibrio entre empleadores y trabajadores; no obstante lo anterior vemos la implementación de figuras jurídicas de forma herrada, para la evasión de obligaciones establecidas a cargo del sector empresarial y a favor de los trabajadores como materialización de sus derechos.

Dentro de las figuras que se emplean para sesgar obligaciones y derechos establecidos en pro del trabajador encontramos la figura de tercerización, pues en nuestro país se ha venido implementando dicha figura para desvirtuar la usanza del contrato de trabajo y peor aún acabar con la estabilidad laboral y el derecho de asociación sindical.

Pues debemos entender que la tercerización hace referencia a una forma de contratar un servicio que necesita ser desarrollado por un lapso de tiempo determinado, pero que no corresponde al objeto estelar de la actividad comercial que realiza la empresa, sin embargo está siendo utilizado de manera indiscriminada para realizar contrataciones de labores relacionadas de forma directa con el objeto social de las empresas en el sector privado; lo anterior para evitar una contratación directa con los empleados que entre otros implique pago

de seguridad social, así como la posibilidad de asociarse sindicalmente, por citar algunos de los derechos que se están viendo sesgados.

Por tanto, se hace necesario realizar un análisis exhaustivo y profundo de la normatividad que al respecto existe en Colombia, los planes que están implementando por parte del poder ejecutivo para evitar la errada implementación de esta figura y asegurar el cumplimiento de la normatividad laboral existente, así como la salvaguarda de los derechos del trabajador.

2.2.- HIPÓTESIS.

Con la implementación de la figura de la tercerización se permite desdibujar la usanza del contrato de trabajo y por ende se incurre en la vulneración de los derechos del trabajador.

Dentro de los problemas que trae consigo la tercerización laboral encontramos el desequilibrio en la gama de derechos y garantías que se consignan entre trabajadores directos y los subcontratados, lo que genera una evidente ruptura en el derecho de asociación, pues se incurre la implementación inadecuada y abusiva de esta figura jurídica, para evitar el uso del contrato de trabajo directo y con ello evadir el pago de prestaciones sociales que se derivan del mismo, para abaratar costos en el área de contratación, al tiempo que se elude responsabilidades que se generan de la posición de empleador dentro de una relación laboral directa.

Ahora bien, no todas las formas de tercerización laboral pueden ser consideradas como ilegales o fuente de vulneración de derechos laborales, sino aquellas que se desarrollan en contra de los derechos y garantías del trabajador y sin apego y

respeto a la normatividad y regulación que para la temática se ha establecido por el ordenamiento jurídico colombiano. De tal suerte, que solo es atribuible la vulneración de derechos del trabajador y la mutación inadecuada del contrato laboral, al uso inadecuado y desdibujado que de la figura de tercerización laboral se realiza en contravención del marco normativo establecido para su empleo.

2.3.- JUSTIFICACION.

La tercerización como una forma de contratación es de reciente usanza, de allí la importancia de estudiar sus alcances y el desarrollo de la misma, con las consecuencias que ello implica, más aun, cuando se desvirtúa el uso de su figura para incurrir en posibles violaciones de los derechos del trabajador.

En la actualidad se ha visto con mucha frecuencia, la tendencia de las empresas del sector privado por realizar las contrataciones de su personal humano a través de la implementación de figuras como contratos de prestación de servicios, empresas de servicios temporales entre otras, muy a pesar que la utilización de este tipo de contratación implica la existencia de condiciones específicas, con lo que se tiene, que su uso en muchas ocasiones rebasa el límite de su utilidad y es empleado de manera abusiva para ahorrar el costo de las garantías que se encuentran implícitas en un contrato de trabajo.

En la actualidad este tipo de situaciones se generan con tanta frecuencia y de manera tan notoria, que ha llamado la atención de los organismos del trabajo, por lo que muchas de las grandes empleadoras del sector privado han sido objeto de investigaciones por parte del Ministerio del Trabajo, para determinar si hacen un uso inadecuado de este tipo de figuras.

De las investigaciones referidas se ha concluido que algunas empresas han vulnerado de manera grave y flagrante derechos del trabajador, como la libertad de asociación, seguridad social y la estabilidad laboral. Uno de los casos más sonados fue la millonaria multa impuesta a la multinacional Seatech Internacional Inc, la cual fue sancionada por contratar empresas para desarrollar su objeto social por más del tiempo permitido en la ley.

Advirtiéndose la ocurrencia de situaciones como la anteriormente descrita, surge la necesidad de investigar la existencia de posibles vacíos en la normatividad que sobre tercerización existe, que permite el uso inadecuado de dicha figura y que en ocasiones permite la violación de derechos del trabajador.

2.4.- ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS

2.4.1.- Formas de la investigación.

Esta es una investigación fundamentada en el paradigma Cualitativo, avocada a la construcción y análisis jurisprudencial y normativo de la tercerización laboral en la contratación privada en Colombia, a fin de establecer si con su uso se incurre en violación de derechos del trabajador y se promueve el desuso de las formas tradicionales de contratación laboral.

2.4.2.- Tipo de investigación.

La tipología de investigación que enmarcará el desarrollo de la presente investigación está avocada al campo de la investigación jurídica pura, utilizando estrategias de tipo explicativo, comparativo e interpretativo.

2.4.3.- Método de investigación.

A través del uso del método deductivo directo, se establecerá el alcance jurídico normativo de la implementación de la tercerización como modalidad contractual en el sector privado colombiano, al tiempo que se determina la gama de derechos que pueden verse afectados con su usanza, para lo cual se avocara al estudio jurisprudencial que de la materia existe, realizándose un análisis explicativo, comparativo e interpretativo de los resultados que dicho estudio arroje.

2.4.4. FUENTES, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.

2.4.4.1.- Fuentes de Recolección de la información.

Serán aplicadas fichas bibliográficas, para recolectar la información necesaria para realizar un análisis cualitativo de corte jurídico puro, que permita establecer posibles vulneraciones a derechos de trabajadores con la implementación de la tercerización laboral en la contratación privada en Colombia y las posturas que asumen nuestros altos tribunales respecto al tema.

2.4.4.2.- Técnicas de Recolección de la información.

Para recolectar la información requerida dentro de la presente investigación, se utilizó la aplicación de Fichas Bibliográficas.

2.4.4.3.- Instrumentos de Recolección de la información.

La información se recolectará mediante la aplicación de los formatos de fichas Bibliográficas.

2.5.- RESULTADOS ESPERADOS.

Dentro de la presente investigación, se pretende establecer si con la implementación de la tercerización laboral como forma de contratación dentro del sector privado, se desvirtúa el uso del contrato laboral, y se permite la trasgresión de los derechos del trabajador y se coarta el derecho a la libertad de asociación,

Del análisis de esta figura desde su regulación normativa y acorde con los pronunciamientos que respecto a este tópico han realizado las altas cortes, es posible establecer que el uso de la tercerización laboral no solo obedece a una forma de organización de cadena productiva en las empresas, sino que su figura está siendo utilizada para evadir las responsabilidades y pago de prestaciones

sociales que se derivan de una vinculación laboral, de tal suerte que su figura se usa con el fin de aumentar la mano de obra y producción de bienes y servicios a un menor costo laboral, cercenando el principio de estabilidad laboral y el derecho de asociación. Por lo que el uso de las diferentes formas de tercerización laboral como empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, agencias de empleo y ordenes de prestaciones de servicio entre otras, están siendo mal empleadas y de desdibuja el objetivo con el cual fueron creadas, para incurrir en maniobras que buscan ofrecer un tipo de vinculación laboral incierto y menos garantista para los trabajadores, pero de mayor rentabilidad en términos económicos para los empleadores.

3.- MARCO REFERENCIAL

3.1.- ESTADO DEL ARTE REFERENCIAL O ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1.1 ABORDAJES SOBRE LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN AMÉRICA LATINA Y APORTES Y PERSPECTIVAS

Esta investigación data del año 2014 y en ella se realiza un análisis de 7 países de América Latina, incluyendo a Colombia, en el que se analiza la tercerización laboral, como una estrategia empresarial, que se ha venido implementando en la región desde mediados de los 70, como una respuesta a la profundización de políticas neoliberales y que ha venido generando problemáticas que comprometen derechos laborales y sindicales.

Para el caso Colombiano, resalta que la expansión de la tercerización laboral se da con ocasión de la expedición de la ley 50 de 1990, pues en dicha normatividad se contempló la posibilidad de ampliar la subcontratación, especialmente en lo que se refiere al sector de tecnologías de información.

Se exponen estudios parciales que se han realizado en el país, que dan cuenta del alto crecimiento del fenómeno de la informalidad en el trabajo, el cual alcanza altos porcentajes, presentándose una relación cercana en la configuración de este fenómeno y la tercerización como forma de contratación, lo que implica un uso inadecuado de esta última figura, que genera la vulneración de derechos de los trabajadores y grupos sindicales.

Para el caso colombiano, las modalidades de subcontratación que más se utilizan con frecuencia son las Empresas de Servicios Temporales (EST) y las Cooperativas de Trabajadores Asociados (CTA); presentándose grandes conflictos laborales en su empleo en especial con las CTA, las cuales desconocen la existencia de vínculos laborales, al asociarse y prestar sus servicios a otras empresas.

Esboza además, que aun cuando hay una legislación establecida para la implementación de estas figuras, ella resulta insuficiente para garantizar plenamente los derechos de los trabajadores.

El análisis realizado al uso e implementación de la figura de tercerización, concluye, que esta figura acarrea consecuencias extremas para los trabajadores cobijados por este régimen de contratación, entre las cuales se cuenta la ausencia de protección adecuada en relación con los trabajadores de planta, lo cual se deriva de una falta de definición clara de la naturaleza jurídica del empleo en régimen de subcontratación, deviniendo en un vacío legal.

En línea con lo anterior, se destaca que en materia salarial, los trabajadores subcontratados poseen en la mayoría de los casos salarios inferiores a los de los trabajadores de planta, al tiempo que el empleo de estos últimos resulta más seguros y estable que el de los primeros, sumado al hecho que los subcontratados poseen jornadas más largas dado a que su remuneración está directamente

relacionada con la productividad de su trabajo, finalizando con el hecho de que en muchas ocasiones se ven exentos del goce de beneficios sociales; es decir la tercerización laboral genera un impacto crítico en las condiciones salariales, de trabajo y salubridad y restricción del derecho sindical de los trabajadores que son acogidos bajo la implementación de este régimen de contratación laboral¹.

3.1.2. LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN COLOMBIA

Dentro de los antecedentes investigativos de la temática, se encuentra la presente investigación del 2016, en la cual se establece la figura de tercerización laboral como una forma de contratación legal, que por falta de conocimiento y manejo de los conceptos que la contienen se ha utilizado de forma inadecuada y que deriva en un uso ilegal de esta figura, que desconoce las responsabilidades solidarias que se desprenden de esta y las ventajas y desventajas que de su implementación se devienen.

Realiza una descripción de la conceptualización de tercerización laboral, entendida como *“contratación de servicios, involucrando la vinculación indirecta de trabajadores, e identificando actividades diferenciadas por la Organización Internacional del Trabajo la Legislación Colombiana”*.

Partiendo de dicho concepto y del análisis realizado al marco normativo vigente, esta investigación establece que en Colombia, es desconocida la normatividad aplicable y vigente en cuanto a tercerización laboral, lo que genera la no aplicación de la misma, ocasionando consecuentemente la evasión de las responsabilidades para con el trabajador y la violación de sus derechos.

En línea con lo anterior, establece que la OIT, es quien vela en Colombia por la promoción del empleo decente y defiende los derechos fundamentales de los

¹ Abordaje Sobre la Tercerización Laboral en América Latina: aportes y perspectivas, María Alejandra Esponda y Victoria Basuado, Universidad Nacional de la Plata, Argentina 2014.

trabajadores, y en esa medida se expiden conceptos en pro de la protección de los derechos de los trabajadores y organizaciones sindicales en general.

Así mismo, pone de presente que al momento de tercerizar, la empresa debe informar por escrito, a los trabajadores directos involucrados, para evitar cualquier elemento indicativo de tercerización ilegal, para que el proceso sea adelantado conforme a lo establecido en el Decreto 583 de 2016.

Dentro de las recomendaciones realizadas para tercerizar, se indica que las empresas deben hacer uso de figuras como el contratista independiente (outsourcing) o por medio de empresas temporales, dejando claro que el uso de estas figuras está abocado a delegar un proceso o actividad de la empresa en su integralidad, entregándole al contratista una ejecución de proceso y no un cargo o labor, sin que el uso de esta figura sea tomada como una forma de reducir costos o evitar riesgos de reclamaciones laborales, pues el uso de esta figura es una estrategia para aumentar la competitividad de la compañía².

3.2.- MARCO TEORICO.

3.2.1.- TERCERIZACIÓN LABORAL

Es concebida con una descentralización productiva, mediante la cual se traslada a un tercero una parte o fase del proceso de producción, es decir que con ello se traslada a un sujeto distinto a la empresa parte de su fase de producción, entendiendo que la labor realizada por este intermediario o agente externalizador se realiza bajo una presunción de independencia y autonomía³.

² La Tercerización Laboral en Colombia, Johanna Elizabeth Castañeda Espinosa, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Estudios a Distancia, Especialización en Alta Gerencia, Bogotá, Septiembre de 2016.

³ Descentralización - Tercerización – Subcontratación, Primera Edición 2009, Oscar Ermida Uriarte Natalia Colotuzzo, Oficina Internacional del Trabajo,

Ahora bien, este sistema de subcontratación también ha sido materia de estudio, por parte de la Organización Internacional del trabajo, el cual dentro del informe que rindió en el año 1997 sobre el régimen de la subcontratación expuso:

“a) subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, mediante la cual “una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos”; y b) subcontratación de mano de obra, cuando el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de 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 requiere⁴”

Por otro lado, cuando se habla de tercerización laboral, su concepto es asociado con la subcontratación, es decir que es concebida como la subcontratación de un servicio que en principio debe ser desarrollado por la misma empresa, pero que se sede su realización a otra, buscando con ello la reducción en los costos de producción de bienes o servicios, lo que trae consigo una precarización en las condiciones laborales de los trabajadores, teniendo en cuenta que estas empresas creadas de manera temporal para responder a las necesidades puntuales de las grandes empresas o beneficiarias no pueden ofrecer las mismas condiciones laborales e inclusive la existencia de los empleos creados para ofrecer esos servicios, en muchas ocasiones es temporal, en tanto genera que la existencia de estos empleos casi siempre sean limitados en el tiempo, lo que ocasiona una ruptura en el principio de estabilidad laboral⁵.

⁴ Organización Internacional del Trabajo, Informe VI (1) Trabajo en régimen de subcontratación, 85^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1997), págs. 7 y 8.

⁵ <http://definicion.de/tercerizacio>

3.2.2.- CONTRATO REALIDAD

El contrato realidad, atiende a una figura jurídica de reciente creación, que ha sido desarrollada vía jurisprudencial, por las altas cortes de nuestro país, como una extensión del derecho constitucional de primicia de la realidad sobre las formalidades establecido en el artículo 53 de nuestra Carta Magna e incorporado en la legislación laboral a través del artículo 1 de la ley 50 de 1990.

El contrato realidad atiende a las condiciones socioeconómicas y realidad jurídica laboral que se evidencian en nuestro país y nace de la necesidad de establecer una protección en favor de los derechos del trabajador frente a los nominalismos utilizados para desvirtuar la concurrencia de una verdadera relación laboral. Es decir que potencia la importancia de la realidad material sobre el uso de las formas y denominaciones que pretenden disfrazar la existencia de verdaderas relaciones contractuales laborales⁶.

Esta tipología contractual evidencia la relevancia que debe ser otorgada a la prestación personal del servicio como elemento de la relación laboral, inclusive por encima de los formalismos que revisten el contrato de trabajo. De tal suerte que el trabajo puede concebirse como un hecho notorio relevante, aun cuando formalmente se intente encubrir su naturaleza.

La protección de garantías y derechos del trabajador se materializan a través y entre otros con la implementación de figuras jurídicas como el contrato realidad,

⁶ Análisis Y Devenir De Los Esquemas De Tercerización- Contratistas Independientes Y Cooperativas De Trabajo Asociadoen El Derecho Del Trabajo Colombiano, Catalina Mejia Pizano María Camila Bautista Rosasco, Universidad Javeriana.

pues con él se pretende reconocer la existencia de verdaderas relaciones laborales que son encubiertas con el uso de figuras jurídicas que permiten evadir las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo y que van en contra vía de los derechos del trabajador, pues más allá de ser modelos de empleabilidad se utilizan como formas de desconocer verdaderas relaciones laborales, por tanto el contrato realidad es concebido como la reivindicación de los elementos de un contrato de trabajo que formalmente no ha sido reconocido, pero que en esencia atiende a una verdadera relación contractual laboral.

Al respecto de del contrato realidad las Altas Cortes colombianas han manifestado:

CONSEJO DE ESTADO

“(...) La existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios, no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores. Acorde con el argumento precedente, en los casos en que el operador jurídico verifique que entre quien presta el servicio y la entidad donde este se ejecuta están presentes los elementos de la relación laboral, esta no puede desconocerse por el hecho de que por la prestación cumplida se recibió un pago por parte de un tercero, denominado contratante, pues se debe enfatizar que precisamente esta remuneración se derivó por la labor

cumplida o realizada en la entidad beneficiada a título de contraprestación del servicio. (...)⁷”

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

“(...) Dado el argumento de la defensa de que la relación que sostuvo con la demandante fue de carácter civil, de ninguna manera de carácter laboral, el cual acogió el a quo, la Sala estima necesario reiterar una vez más lo que tiene asentado la jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del CST establecida para que opere efectivamente el aludido principio. De nada habría servido darle prelación a la realidad, inclusive en la Constitución, si el legislador no hubiese facilitado al trabajador la prueba de la subordinación, elemento diferenciador de la relación del contrato de trabajo con otras. Teniendo en cuenta esto, la Corte tiene enseñado:

“...para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.

S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 del 12 de

⁷ Quince (15) de junio de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, Consejero Ponente, Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

noviembre de 1998 que declaró inexecutable su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1° de marzo de 1999) que consagró definitivamente que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Lo anterior significa, que al actor le basta con probar. (...)”⁸

CORTE CONSTITUCIONAL

(...)Como conclusión, la Corte considera que en el presente caso se configuraron los presupuestos jurídicos de un contrato realidad. El trabajo desplegado por el actor estuvo revestido de diferentes formas jurídicas que no casan con la auténtica naturaleza de las funciones y de la relación que éste asumió en la Institución Educativa los Fundadores. En un momento, el contrato de prestación de servicios, prescrito en la Ley 80 de 1993, fue el mecanismo adoptado por el municipio para regir la relación del demandante con la Institución Educativa los Fundadores, a pesar de que sus características difieren de la situación objetiva del actor. En un segundo momento, la Institución acudió a los denominados contratos de arrendamiento los cuales estipulaban dos tipos de obligaciones: por una parte las de tipo civil, respecto al uso y goce del bien inmueble en el que habita el actor y, por otra parte, las de tipo laboral que prescribían de manera precisa las responsabilidades que el demandante tenía con el colegio. Y por último, la Secretaría Departamental del Quindío persistió con las órdenes de prestación de servicios. Como se demostró, la situación objetiva del accionante contrasta con las formas jurídicas adoptadas por parte del municipio, de la institución y de la gobernación. (...)”⁹

⁸ Primero (1) de julio de 2015, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, Radicación n° 44186.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T- 903 de 2010, Magistrado Ponente, Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

De lo anterior, se colige que para la protección y garantía de los derechos de los trabajadores se da aplicación al principio constitucional de primacía de lo sustancial sobre las formalidades, de tal suerte que a través de la configuración del contrato realidad se restablezcan los derechos derivados de verdaderas relaciones laborales que pretenden ser encubiertos con el uso de otras figuras jurídicas.

3.2.3. FORMAS DE TERCERIZACIÓN LABORAL

Dentro de las formas legalmente permitidas por la normatividad colombiana, para realizar actividades de tercerización laboral encontramos las desarrolladas a través de Empresas de Servicios Temporales, en adelante EST, Cooperativas de Trabajo Asociados en adelante CTA y el Contrato Sindical. Formas que constituyen modelos de vinculación contractual indirecta, para la prestación de servicios particulares y determinados por la necesidad de servicio de una empresa denominada beneficiaria.

3.2.3.1 EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES – EST

Este tipo de modelo contractual tuvo sus orígenes en Colombia en los años 60, pero solo fue a partir de la ley 50 de 1990 que obtuvo su regulación y por ende su status legal, como forma de contratación de prestaciones de servicios temporales y extraordinarios de una empresa. Es decir que esta corresponde a un modelo público y privado de gestión e intermediación de empleo, el cual se basa en la satisfacción de las necesidades de empleadores y trabajadores, cumpliendo una función comercial social, aportando una selección de perfiles preestablecidos para el desarrollo de ciertas actividades en un lapso definido en el tiempo, mediante el

cual se puede evaluar las capacidades, potencialidades, aptitudes y experiencias del trabajador para la labor encomendada y antes de ser vinculado de forma permanente en la empresa, lo que permite adecuar la nómina de las empresas a las necesidades temporarias de las mismas, al tiempo que facilita al trabajador su perfilación, atendiendo a sus aptitudes y competencias¹⁰.

Este tipo de modelo de inserción laboral, propende establecer vinculaciones laborales temporales especializadas y perfiladas, lo que propicia tener una dinámica en el movimiento del personal de una empresa, que permite adecuar sus cambios a las necesidades del momento, para el desarrollo de actividades puntuales y que solo deben ser ejecutadas en periodos definidos tiempo, lo que contribuye abaratar costos en materia de contratación, pero que de ninguna manera puede constituirse en la forma habitual de vinculación laboral y selección de personal.

Ahora bien, siendo la empresa de servicios temporales aquella encargada de contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios, frente a los cuales se compromete a realizar ciertas actividades de manera temporal y con la ayuda de personas naturales frente a las cuales la empresas de servicios temporales adquiere la calidad de empleador, es necesario restringir su uso en el tiempo para proteger con ello los derechos del trabajador y no permitir el empleo de esta figura como una forma de desvirtuar verdaderas relaciones laborales. De allí que se establezca un plazo de 6 meses prorrogables por 6 meses más, para contratar la realización de actividades de una empresa determinada por parte del personal de una empresa de servicios temporales. Restricción que se encuentra establecida en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 y En torno al cual la Corte Constitucional se refirió en sede de constitucionalidad, al exponer:

¹⁰ file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CartillaServiciosTemporales.pdf

“(…) La finalidad de la norma es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes. El fijar en el caso de este numeral un término mínimo de seis meses, prorrogable "hasta por seis (6) meses más", es, precisamente, la protección del trabajador permanente. Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino (...)”¹¹

Ahora bien, dentro del personal que forma parte de las EST encontramos a los trabajadores de planta, los cuales corresponden al personal que presta sus servicios en las instalaciones de la EST y por otro lado se tienen los trabajadores en misión, los cuales son suministrados a las empresas beneficiarias para realizar las labores que contratan de forma temporal.

Por otro lado, se precisa que la contratación con las EST, solo puede ser utilizado bajo ciertos eventos y circunstancias determinadas, las cuales a saber son:

- Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias.
- Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
- 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.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 330 de 1995.

Lo anterior en línea con la necesidad de protección de los derechos del trabajador y la constante preocupación de que esta figura de contratación no sea utilizada de forma equivocada.

3.2.3.2 COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Los decretos 4588 de 2006, 2025 de 2011 y leyes 79 de 1988, 1233 de 2008 y 1429 de 2010, son los encargados de regular la temática relacionada con Las cooperativas de trabajo asociado o CTA las cuales son concebidas como organizaciones sin ánimo de lucro en las que personas naturales se constituyen como socios gestores realizando aportes representativos en dinero y fuerza de trabajo, para la ejecución de obras, producción de bienes y servicios en beneficio de los miembros que conforman la organización. Los vínculos que unen a los socios son de solidaridad y cooperación, por lo que las relaciones de los que presten sus servicios no son equiparables a los de un trabajador con su empleador, en tanto este tipo de relaciones no se encuentra reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo.

De la naturaleza que reviste este tipo de asociación, se tiene que los miembros de las mismas no pueden recibir salarios por no gestarse entre ellos una relación de carácter laboral, de allí que la contraprestación que se reciba por el trabajo aportado se denomine compensación, las cuales pueden ser ordinarias o extraordinarias según lo establezca la los estatutos y el régimen de compensación de la cooperativa. No obstante lo anterior, para el pago de aportes al sistema de seguridad social si es exigido a la cooperativa la afiliación de todos sus socios, es

decir que en lo tocante a esta temática se le aplican la normatividad establecida por el Código Sustantivo del Trabajo¹².

Al respecto de la naturaleza jurídica, contenido y elementos de las Cooperativas Asociadas de Trabajo la Corte Constitucional en sentencia C- 645 de 2011 manifestó:

“La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de las Cooperativas de Trabajo Asociado y ha reconocido que las mismas gozan de especial protección constitucional, como modalidad de trabajo y como expresión del sector solidario. Ha dicho la Corte que, los elementos esenciales del contrato de constitución de una cooperativa de trabajo asociado son los siguientes: (i) Pluralidad de personas, (ii) aporte principalmente en trabajo, (iii) objeto de interés social y sin ánimo de lucro, y (iv) calidad simultánea de aportante y gestor. En la Sentencia C-211 de 2000, la Corte identificó como características relevantes de las cooperativas de trabajo asociado las siguientes: (i) asociación voluntaria y libre, (ii) igualdad de los cooperados, (iii) ausencia de ánimo de lucro, (iv) organización democrática, (v) trabajo de los asociados como base fundamental, (vi) desarrollo de actividades económico sociales, (vii) solidaridad en la compensación o retribución, y (viii) autonomía empresarial. También ha señalado la Corporación que, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en las cooperativas de trabajo asociado, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos, como quiera que tales materias tienen origen en el acuerdo cooperativo y escapan del ámbito de regulación de la legislación laboral. Esta figura cuenta con fundamento en el principio de solidaridad y tiene manifestaciones tanto desde la perspectiva del derecho de asociación como desde el derecho al trabajo. (...)

¹² <http://www.mintrabajo.gov.co/preguntas-frecuentes/cooperativas-de-trabajo-asociado.html>

Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos y agregó que, en ellas, “(...) sus miembros deben sujetarse a unas reglas que son de estricta observancia para todos los asociados, expedidas y aprobadas por ellos mismos, respecto del manejo y administración de la misma, su organización, el reparto de excedentes, los aspectos relativos al trabajo, la compensación, y todos los demás asuntos atinentes al cumplimiento del objetivo o finalidad para el cual decidieron asociarse voluntariamente que, en este caso, no es otro que el de trabajar conjuntamente y así obtener los ingresos necesarios para que los asociados y sus familias puedan llevar una vida digna. (...)

De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución, el trabajo goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. La Corte ha destacado que esa especial protección se predica no solamente de la actividad laboral subordinada, regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, sino que la misma se extiende a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo lo ejerce de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad abstracta se protege al trabajador y a su dignidad. Así, en el artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo se define el trabajo subordinado o dependiente, como “(...) toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”. Junto a esa modalidad, que es la que mayor atención ha recibido en la legislación, existen otras, para cuya identificación podría acudir a la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE), elaborada bajo el auspicio de la OIT y conforme a la cual es posible distinguir seis grupos de trabajadores: 1. Asalariados; 2. Empleadores; 3. Trabajadores por cuenta

propia;4.Miembros de cooperativas de productores; 5. Trabajadores familiares auxiliares, y 6.Trabajadores que no pueden clasificarse según la situación en el empleo. La anterior clasificación tiene en su base un conjunto de criterios, que permite diferenciar dos grandes grupos de trabajadores, los asalariados, por un lado, y los independientes, por el otro, atendiendo, entre otros factores, a la consideración sobre el tipo de relaciones que surgen entre las partes de la relación de trabajo y a diversos aspectos sobre la asunción del riesgo económico propio de la respectiva actividad. Así, los Empleos asalariados: son aquellos en los que los titulares tienen contratos de trabajo implícitos o explícitos (verbales o escritos), por los que reciben una remuneración básica que no depende directamente de los ingresos de la unidad para la que trabajan (esta unidad puede ser una corporación, una institución sin fines de lucro, una unidad gubernamental o un hogar). Los Empleos independientes, a su vez, son aquellos en los que la remuneración depende directamente de los beneficios (o del potencial para realizar beneficios) derivados de los bienes o servicios producidos (en estos empleos se considera que el consumo propio forma parte de los beneficios). Los titulares toman las decisiones operacionales que afectan a la empresa, o delegan tales decisiones, pero mantienen la responsabilidad por el bienestar de la empresa. (En este contexto, la “empresa” se define de manera suficientemente amplia para incluir a las operaciones de una sola persona).”

Corolario de lo anterior, se tiene que aunque esta modalidad de trabajo no se rija en mucho de sus apartes por la normatividad establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, goza de la misma importancia y por ende de la especial protección establecida por la Constitución Política de Colombia para el amparo de las modalidades laborales ordinarias.

3.2.3.3 CONTRATO SINDICAL

El contrato sindical se encuentra establecido en el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual lo define como *“el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio de Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo.”*

De la naturaleza jurídica de este contrato de trabajo se extrae que su finalidad, está enfocada a desarrollar la prestación de servicios o la ejecución de obras sin ánimo de lucro y con independencia administrativa y financiera y dentro del ejercicio de la libertad sindical, propendiendo por el desarrollo sostenible y productividad de las empresas, creando lazos de confianza y transparencia en las relaciones de empleadores y trabajadores, al tiempo que se busca mejorar el ingreso de los afiliados.

En favor de esta tipología contractual se han establecido varias garantías, dentro de las que se contiene la autonomía administrativa y financiera que lo reviste, lo cual per se no indica que con esta modalidad contractual se pretenda obtener un ánimo de lucro, si no que se permita establecer por parte de los sindicatos las pautas bajo las cuales desarrollaran las labores a contratar, para materializar los fines colectivos con los cuales fueron creados, a efectos de mitigar fenómenos de tercerización laboral, por lo que los empleadores tendrán como deber revisar la viabilidad del uso de los contratos sindicales para el desarrollo de actividades que pretendan ser contratados con empresas ajenas a esta, sin que ello implique la coartación de su libertad para contratar. En línea con lo anterior se trae a colación pronunciamiento del Consejo de Estado, de fecha seis (6) de julio de dos mil quince (2015), dentro del radicado número: 11001-03-25-000-2010-00240-

00(2019-10), con ponencia del Consejero Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, en la cual el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo expuso:

“La función económica o finalidad del contrato sindical está dada para la prestación de servicios o la ejecución de obras sin ánimo de lucro con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos. Son objetivos del contrato sindical, entre otros: mejorar los ingresos para los afiliados a la organización promoviendo el bienestar social, brindar participación activa a los sindicalizados en el desarrollo y sostenibilidad de las empresas, promover el trabajo colectivo o grupal motivando la contratación colectiva, crear confianza y transparencia en las relaciones de la empresa. (...)

La autonomía administrativa y la actividad económica de los sindicatos difiere sustancialmente de la intención de lucro con fines comerciales como lo entiende la parte actora, pues como se anotó, su propósito que además la propia ley autoriza, no es otro que el de permitirle al ente sindical adelantar contratos de prestación de servicios o de ejecución de una obra, para obtener, no un beneficio económico individual, sino perseguir el bienestar y la realización de los fines colectivos, por tanto nada se opone a que las partes autónomamente dentro del campo amplio y flexible de la ley pacten acuerdos bajo circunstancias concretas, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-797 de 2000, al declarar la exequibilidad del artículo 355 del CST, bajo el entendido de que los sindicatos sí pueden adelantar actividades económicas y las mismas son asimilables a las que desarrollan cierto tipo de organizaciones de propiedad solidaria, autorizadas por la Constitución Política artículos 58 inciso 3°, 60 inciso 2°, y 333 inciso 3°. La independencia financiera de los recursos del sindicato, implica una forma de asegurar la protección del patrimonio de sus miembros, pues el sindicato de trabajadores que haya suscrito un contrato colectivo sindical responde tanto por

las obligaciones directas que surjan del mismo, como por el cumplimiento de las que se estipulen para sus afiliados (...)

Si bien el empleador deberá acudir en primera instancia ante la necesidad de contratar un servicio o una obra, a la posibilidad de celebrar un contrato sindical, ello no coarta su libertad contractual, pues con ello, tal como se señaló, se busca la realización de los fines colectivos, propendiendo mitigar fenómenos de tercerización laboral. Acorde con lo precedente, la Sala encuentra que el ejercicio de la potestad reglamentaria permitía al Presidente de la República, establecer que cuando el empleador o el sindicato requiera contratar la prestación de servicios o una obra, evaluara en primera instancia la posibilidad de celebrar contrato sindical, en aras de precisar y delimitar el alcance del artículo 482 del Código Sustantivo de Trabajo y sin desconocerlo.”

4.- CAPITULOS.

4.1.- PRIMER CAPITULO: HISTORIA DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL.

Este fenómeno laboral, nace como consecuencia del momento social, histórico y político que atravesaba el mundo en la década de los 70'; la economía mundial venia de una época esplendorosa generada durante los años 60, producto del crecimiento de la economía mundial y estadounidense, luego de haberse recuperado del estancamiento económico sufrido por la segunda guerra mundial, imponiéndose como modelo económico el keynesiano¹³; sin embargo hacia finales

¹³ “La economía keynesiana (keynesianismo) o teoría keynesiana se deriva de John Maynard Keynes, en particular, su libro "La Teoría General del Empleo, Interés y Dinero" (1936), que marcó el comienzo de la macroeconomía contemporánea como un campo distinto. El libro se centró en los factores determinantes de la renta nacional en el corto plazo cuando los precios son

de los años 60 y principios de los 70 la economía estadounidense empieza a tener un alza en su inflación provocada por diversos factores, entre los cuales se cuenta la emisión excesiva de dinero, el decrecimiento de la producción del sector industrial, la aparición de nuevos mercados en el pacífico, la saturación de los mercados, el crecimiento acelerado de los salarios y a un nivel superior que la producción. Acompañados de políticas económicas lanzadas por el gobierno, las cuales buscaban de manera desesperada estabilizar la economía norteamericana, sin embargo estas sirvieron de punto de quiebre para agudizar más la crisis¹⁴.

Al ser la economía estadounidense una de las más fuertes y de la cual se apoyaban gran parte de países en el mundo, se produjo un efecto dominó, que obligó a que se pensara la implementación de un sistema económico en donde se redujera a su mínima expresión la intervención del Estado en asuntos económicos, y se estableció la necesidad de que los mercados especialmente el financiero debía estar abierto al comercio mundial, trazando políticas que permitieran doblegar economías débiles forzándolas a incluirse en un sistema más globalizado y neoliberal¹⁵; sistema que además propendió por la eliminación del pleno empleo y derechos sociales (estado de bienestar)¹⁶.

relativamente inflexibles. Keynes trató de explicar en detalle por qué el trabajo teórico amplio de alto desempleo de mercado no puede ser auto-corregido debido a la baja "demanda efectiva" y porque la flexibilidad de precios y la política monetaria podrían ser inútiles (trampa de liquidez). Términos tales como "revolucionario" se han aplicado para el libro por su impacto en el análisis económico. La teoría keynesiana tiene dos sucesores. Por un lado una rama que se concentra también en las rigideces macroeconómicas y los procesos de ajuste. La investigación sobre fundamentos micro para sus modelos se representan sobre la base de las prácticas de la vida real en lugar de simples modelos de optimización. Generalmente están asociados con la Universidad de Cambridge y la obra de Joan Robinson. Por el otro la denominada nueva economía keynesiana. Dentro de este grupo de investigadores tienden a compartir con otros economistas, el énfasis en los modelos que emplean fundamentos micro y la optimización de la conducta, pero con un enfoque más limitado que el estándar keynesiano en temas tales como el precio y la rigidez de los salarios. Para ellos, son variables endógenas de los modelos, en lugar de simplemente asumirse como en el más antiguo estilo keynesiano." (información extraída de la página <http://www.encyclopediainanciera.com/teoriaeconomica/economia-keynesiana.htm>)

¹⁴ <http://sihistoria.blogspot.com.co/2013/05/la-crisis-economica-de-los-anos-70.html>

¹⁵ El sistema de reingeniería - "Michael Hammer es el creador de la teoría de la Reingeniería en la década de los 90s. Su planteamiento surge luego de un análisis de empresas que en algún momento fueron tremendamente exitosas, pero luego de un tiempo, empezaron a decaer

Ahora bien, atendiendo al nuevo sistema económico imperante, era necesario que las grandes empresas y multinacionales de países desarrollados, establecieran nuevas formas de administrar sus recursos, por lo cual el sistema administrativo, empieza a realizar variaciones a sus modelos de producción, teniendo como puntos de referencia las fallas que se presentaron en los modelos usados con anterioridad y que en su momento fueron provechosos para grandes compañías y empresas, pero que hoy día resultaban devaluados y no ofrecían mayor solución a los problemas generalizados de altos costo en la producción de bienes y servicios.

Como respuesta a las necesidades del sistema administrativo, empieza a tomar fuerza la teoría de la reingeniería, en la cual se plantea que la excesiva división del trabajo hace que se incremente la burocracia en las empresas aumentando los costos de producción y volviendo complejos procesos que deberían ser sencillos, pues ello ocasiona que se use más personal que le verdaderamente requerido para la producción.

vertiginosamente, tales como la IBM y FORD, entre otras. En su análisis muestra que las empresas basadas en la teoría de la división del trabajo propuesta por Smith, teoría que funcionó muy bien en su momento, ha llevado a convertir a las empresas en entes burocráticos que por la excesiva división del trabajo hacen muy compleja y lenta una operación en principio sencilla, llevando además a requerir más personal del necesario, incrementando los costos en lugar de aumentar la productividad. 20 Adicionalmente, afirma que el mundo con su veloz cambio hace necesario una revisión de las viejas formas de administración. Las circunstancias actuales hacen impredecible el mercado, los clientes, la demanda, etc. Los cambios substanciales son una competencia mucho más intensa originada por la globalización y por las innovaciones tecnológicas. La visión que se venía manejando de un mercado masivo, queda por tanto revaluada y exige una visión audaz del manejo del mercado. Reingeniería se define como: "La revisión fundamental y el rediseño radical de procesos para alcanzar mejoras espectaculares en medidas críticas y contemporáneas de rendimiento, tales como costos, calidad, servicio y rapidez". (aportes tomados de Implicaciones Laborales del Outsourcing, María Constanza Lezama, Yoleth Monsalvo Bolivar, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Laboral, Bogotá 2000.)

¹⁶ <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009c/599/La%20crisis%20de%20los%20anos%2070.htm>

La reingeniería como sistema de administración, establece la necesidad de reinventarse teniendo como punto de referencia que es posible hacer más con menos, y que el sistema de administración no se realiza teniendo como punto de referencia los anteriores, sino inventando uno nuevo que se ajuste a las necesidades y cambios tecnológicos que afronta el mundo, de allí que dentro de sus políticas, se establezca que los productos y bienes y servicios que ofrezca una empresa no deben ser uniformes sino cambiantes, dispuestos a superar la expectativas y necesidades del consumidor, lo cual implica la evolución de los bienes y servicios a la par de los cambios que afronta el mundo¹⁷.

De la necesidad de abaratar costos en la producción de bienes y servicios, se desarrolla la subcontratación, que en principio solo iba dirigida a actividades que no correspondían con el objeto central de la empresa; postura que ha ido variando con el trasegar del tiempo, imperando hoy por hoy, una tendencia de subcontratación incluso del objeto central de la empresa, lo anterior, teniendo en cuenta que con ello se reducen considerablemente los costos de producción de bienes y servicios, resaltando que este sistema de administración empresarial solo responde a exigencias del sistema económico imperante. El cual ha permitido que se disminuya considerablemente la usanza de formas de contratación directas y que responden a un contrato de trabajo, disminuyendo la posibilidad de acceder a garantías y derechos que este último tipo contractual ofrece al trabajador.

Este sistema de administración, como ya se explicó, ha generado que la contratación en las empresas para producir mayores utilidades se realice de manera indirecta y a través de otras empresas ofertantes de producción de bienes y servicios que actúan de manera independiente y bajo su propio riesgo, empleándose para ellos varios tipos de contratación, los cuales se concentran bajo

¹⁷ Implicaciones Laborales del Outsourcing, María Constanza Lezama, Yoleth Monsalvo Bolívar, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Laboral, Bogotá 2000.

el modelo de contratación denominado tercerización laboral o outsourcing, dentro del cual se destacan en Colombia las cooperativas asociativas de trabajo, las empresas de trabajo asociado, siendo estas útiles para aquellos eventos en donde no sea requerido el personal de mano de obra calificada, para cuyo caso existe el contrato de prestación de servicios profesionales y el contrato colectivo sindical.

4.2.- SEGUNDO CAPITULO: DESARROLLO HISTÓRICO Y POSTURA ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA CON RESPECTO AL USO DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA EN COLOMBIA (LÍNEA JURISPRUDENCIAL)

LINEA JURISPRUDENCIAL

El objetivo de la presente línea jurisprudencial, está trazado en establecer de forma precisa la posición que tiene la jurisprudencia constitucional colombiana en relación con el uso de la tercerización laboral en la contratación privada en Colombia, para a partir de ello determinar el alcance normativo de esta forma de administración empresarial en la contratación y si con ello se violentan derechos fundamentales del trabajador y de ser afirmativa la respuesta cuales. Lo anterior en un rango temporal de 14 años (periodo que va desde 1998 hasta el 2014).

PREGUNTA PROBLEMICA

¿Cuál ha sido la posición teórica y jurídica de la Corte Constitucional frente a la posibilidad de permitir la contratación en material laboral en el sector privado a través del uso de la figura de la tercerización laboral?

PUNTO ARQUIMEDICO:

Sentencia C – 665 de 1998

RATIO DECIDENDI:

“ (...) Cabe advertir que conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica como lo ha sostenido esta Corporación, un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.

Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica.

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario.

El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las

formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 CP.), quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Esto, desde luego, no significa que desaparezcan las posibilidades de contratos civiles o comerciales, o con profesionales liberales, desde luego, mientras no constituyan apenas una fórmula usada por quien en realidad es patrono y no contratante para burlar los derechos reconocidos en la Constitución y la ley a los trabajadores.

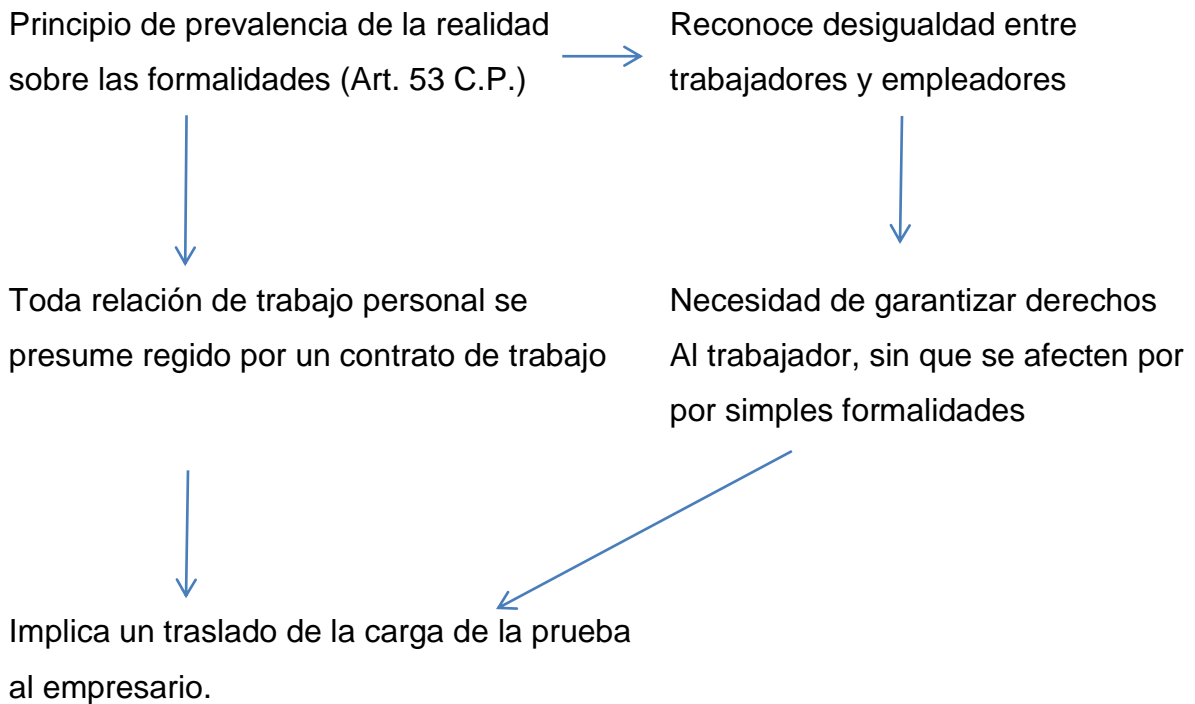
Ahora bien, como lo que establece el inciso 1o. del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990, es una presunción de origen legal, la cual para estos efectos, rige solamente en materia laboral, y no civil o comercial o proveniente del ejercicio de una profesión liberal en forma aislada, presunción que puede ser desvirtuada por el empleador ante el juez del trabajo, quien determinará finalmente, si en realidad se configura o no la referida subordinación a efecto de adoptar las medidas concernientes a las consecuencias de orden laboral o por el contrario, a los que se deriven de la mera prestación de servicios independientes.

En tal virtud, se declarará la inexecutable del inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que dicha norma es violatoria del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores que en la realidad han prestado sus servicios bajo la continuada dependencia o subordinación del empleador, y que en forma evidente han reunido los presupuestos propios de la relación de trabajo, lo que deberá ser examinado y decidido por el juez laboral en el correspondiente juicio.

Finalmente, debe advertirse en forma expresa, que la declaratoria de inexecutable del inciso acusado no implica que se asimilen las relaciones civiles y comerciales con las laborales, sino simplemente garantizando la efectividad de

los postulados constitucionales del estado social de derecho, de la igualdad, del trabajo y de la dignidad humana, desconocidos por el precepto demandado.(...)g”

UBICACIÓN DE LA SENTENCIA:



Observaciones: en marca el estudio de este precedente constitucional, juicio de valor que realiza la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad, en relación con la inexecutable del inciso segundo del artículo 2 de la ley 50 de 1990, en el cual se establece que la carga de la prueba debe estar en cabeza del trabajador, cuando este quiera demostrar la existencia de un verdadero contrato de trabajo, disfrazado a través de otro tipo de modalidades contractuales. Al respecto precisa este alto tribunal, que atendiendo al principio de igualdad consagrado en la carta política y en desarrollo del equilibrio de cargas, es necesario que dicha obligación probatoria sea trasladada a la parte más fuerte de la relación laboral, esto es al

empleador, por tanto se presume que toda relación de trabajo personal es de tipo laboral, y debe ser el empleador quien desvirtúe dicha presunción. En consecuencia es declarado inexecutable el texto demandado. De lo anterior se concluye que en aplicación de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política Colombiana, la corte pretende darle protección a la parte más débil de la relación laboral y procurar la protección de las relaciones laborales, asegurándose tímidamente, que la existencia de este contrato no sea fácilmente disfrazo por otras modalidades contractuales.

SENTENCIA T – 938 de 2002

RATIO DECIDENDI:

“(...) solidaridad en el pago de prestaciones laborales

El artículo 1569 del Código Civil prescribe que la institución de la solidaridad surge “*cuando varias personas deben una misma cosa a un mismo acreedor, bien sea singular o plural.*” En materia laboral, la solidaridad entre el contratista y el beneficiario del trabajo o dueño de la obra respecto del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los trabajadores, está consagrada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

“1. (...) el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.”

“2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”

Al tenor de la citada disposición, el contratista independiente y el beneficiario de la obra o labor contratada son solidarios en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los trabajadores, quienes pueden exigir la totalidad de dichos emolumentos a uno u otro deudor, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista independiente las garantías del caso o repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

Sin embargo, lo anterior no significa que el beneficiario de la obra o labor contratada se constituya en el empleador de los trabajadores vinculados al servicio del contratista independiente. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Esta figura jurídica [la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral (como parece hacerlo la oposición), pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía.”

Precisamente porque no se genera un vínculo laboral entre el beneficiario y los trabajadores que laboran al servicio del contratista independiente, el artículo 34 del C.S.T. protege a estos últimos del posible incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del contratista, su verdadero empleador.

Ahora bien, en relación con la acreditación del vínculo del cual pueda hacerse efectivo el cobro solidario de las acreencias adeudadas, la Corte Constitucional, reiterando la sentencia del 8 de mayo de 1961 de la Corte Suprema de Justicia, manifestó: *“quien se presente a reclamar obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos, es decir que la obra o labor contratada pertenezca a las actividades normales de quien encargó su ejecución. (...)”*

(...)Respecto de la aplicación del mencionado precepto, conviene recordar que el demandante ha debido probar la relación laboral que lo liga a un determinado empleador (contratista independiente), quien celebró a su vez un contrato para efectuar una determinada labor con un beneficiario. Así pues, si el objeto de la demanda ordinaria consistía en el reclamo de las obligaciones a cargo de la señora Bueno en su calidad de **beneficiaria** de una labor contratada, resultaba imperioso probar: (i) el contrato de trabajo con un contratista independiente; (ii) el contrato por medio del cual el contratista se obligaba a efectuar una determinada labor a favor del beneficiario del trabajo; y (iii) la relación de causalidad entre los dos contratos, que se traduce en que la obra o labor contratada pertenezca a las actividades normales de quien encargó su ejecución.

Sin embargo, el actor no acreditó siquiera sumariamente ninguna de las prenotadas relaciones, limitándose a afirmar que la señora María Ligia Bueno era la madre de su empleador y la propietaria del predio, de donde se derivaba su calidad de beneficiaria. Sumado al hecho de que el juzgado no encontró probada la calidad de propietaria del bien en cabeza de la señora Bueno, tal afirmación del actor no constituye razón suficiente para deducir de ahí el incumplimiento de los requisitos consagrados en el citado artículo 34 del C.S.T. para considerar viable el

cobro solidario de las prestaciones y la indemnización por despido injusto a la mencionada persona (...)"

UBICACIÓN DE LA SENTENCIA:

Solidaridad entre el beneficiario de la obra o labor contratada, con el contratista independiente, para el caso de pago de acreencias laborales del trabajador



Lo anterior no constituye la existencia de una relación de tipo laboral entre el beneficiario de la obra o labor contratada y el trabajador



El artículo 34 del C. S.T. protege al beneficiario de la obra o labor contratada, en el sentido de dejar claro quién es el verdadero empleado del trabajador, y a efectos de un posible incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del contratista independiente



Para hacer efectivo el pago de acreencias laborales, haciendo uso de la solidaridad contractual entre beneficiario de la obra o labor contrata y el contratista independiente

Debe probarse



- I) el contrato de trabajo con un contratista independiente.
- II) el contrato por medio del cual el contratista se obligaba a efectuar una determinada labor a favor del beneficiario del trabajo.
- III) la relación de causalidad entre los dos contratos.

Observaciones: dentro del presente pronunciamiento, se tiene que la postura de la Corte Constitucional varía con relación a la sentencia anteriormente analizada, pues en este estudio jurisprudencial, se establece la carga de la prueba en cabeza del trabajador, pues si este último pretende obtener el pago de sus acreencias laborales por parte de la empresa beneficiaria de la obra o labor contratada a través del uso de la figura de la solidaridad, deberá probar la existencia de su contrato con el contratista independiente, la de este último con el beneficiario y la relación de causalidad entre los dos contratos, lo anterior sitúa al trabajador en una posición de inferioridad, pues al ser la parte más débil de la relación laboral, le es más difícil probar la existencia de dichos contratados, constituyendo esta postura en un retroceso en el avance de garantías y derechos establecidas en pro del trabajador y en la protección que debe darle a la existencia de una relación de carácter laboral, trayendo como consecuencia conjunta una incertidumbre jurídica, al no saber el trabajador a que argumento de este alto tribunal apelar, al asumir posturas diferentes frente a un tema común, pese a que su estudio se haga bajo el análisis de normas diferentes, pero que al ser analizadas de manera sistemáticas generan una línea de interpretación referente a la protección que debe tener la relación de tipo laboral, frente a su parte débil. Lo anterior permite que figuras contractuales de tercerización laboral se afiancen en su uso, pues permiten la violación de garantías del trabajador, al ser más difícil para este último probar ciertos elementos constitutivos de sus derechos, cuando se fijan cargas como la establecida en la presente sentencia.

Sentencia T - 1219 de 2005

RATIO DECIDENDI:

“(...) La aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada a las cooperativas de trabajo asociado

18. *El presente caso se produce dentro de una relación entre una cooperativa de trabajo asociado y uno de sus miembros, relación que debe ser revisada para determinar si le asiste al actor (miembro de la cooperativa) el derecho a la estabilidad laboral reforzada.*

19. *De conformidad con lo dispuesto en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990, el acuerdo cooperativo de trabajo asociado se caracteriza por la vinculación y el retiro voluntario de sus miembros, así como por la regulación especial de los deberes y derechos de los asociados desarrollados mediante la adopción de estatutos y de un régimen de trabajo asociado.*

20. *En anterior jurisprudencia, al pronunciarse acerca de las facultades de las cooperativas de trabajo asociado para expedir su propio régimen de trabajo asociado y sus estatutos, la Corte recordó que tal libertad de regulación no podía significar un desconocimiento de los principios constitucionales ni mucho menos constituirse en facultad para desconocer derechos fundamentales. Al respecto dijo la Corte:*

“Pero tal libertad de regulación no es absoluta pues dichos estatutos o reglamentos, como es apenas obvio, no pueden limitar o desconocer los derechos de las personas en general y de los trabajadores en forma especial, como tampoco contrariar los principios y valores constitucionales, ya que en caso de infracción tanto la cooperativa como sus miembros deberán responder ante las autoridades correspondientes, tal como lo ordena el artículo 6 del estatuto superior.

De otra parte, es claro que si bien en desarrollo de la libertad de asociación las cooperativas están regidas"en principio por una amplia autonomía configurativa de los asociados, no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que las mismas

involucran, como ocurre frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones."

En consecuencia, como algunas de esas regulaciones podrían infringir la Constitución y las leyes, corresponderá a las autoridades competentes analizar en cada caso particular y concreto si éstas se ajustan a sus preceptos y, en especial, si respetan o no los derechos fundamentales del trabajador." (Subrayas fuera de texto)

Lo anterior significa que la libertad de las cooperativas para regular aspectos particulares de su relación con sus afiliados, no implica de manera alguna que no deban observar las garantías constitucionales que las obligan a respetar los derechos fundamentales de estas personas.

21. Adicionalmente, la Corte ha señalado que todo contrato que reúna las características de un contrato de trabajo debe incluir los derechos de los trabajadores, con independencia del nombre que formalmente se le asigne al contrato o a la relación contractual. En esa medida ha aplicado a las relaciones denominadas contrato de trabajo asociado, normas generales dirigidas a garantizar los derechos del trabajador. (...)"

2. Como se pudo comprobar mediante el análisis de las pruebas ordenadas por la Corte, el actor fue vinculado a la Cooperativa de Trabajo Asociado Ecológica del Medio Ambiente, para prestar sus servicios personales como asistente de poda en la Empresa de Servicios Públicos Ciudad Limpia E.S.P., por lo que estaba obligado a cumplir un horario de trabajo y a cambio de lo cual recibía una remuneración de parte de la cooperativa.

Lo anterior significa que en el presente caso hubo una prestación personal del servicio en cabeza del actor, una subordinación jurídica del mismo frente a la cooperativa y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados. Ello equivale a decir, en aplicación del principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, que se configuró un contrato de trabajo con todos los requisitos definidos en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así lo ha considerado esta Corporación en reiterada jurisprudencia:

“...la vinculación formal a una cooperativa de trabajo asociado no excluye que en la práctica, entre ésta y el trabajador asociado surja una relación laboral. Esto sucede cuando a pesar de las formalidades, la cooperativa establece una relación de subordinación con el supuesto trabajador asociado, dictándole órdenes para el cumplimiento de sus labores, estableciendo un horario para desempeñarlas y pagándole una remuneración en contraprestación a los servicios prestados. Es importante resaltar que el surgimiento del mencionado vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto.”

23. Como consecuencia de lo anterior se entiende que el vínculo existente entre la cooperativa y el actor, no exime a la cooperativa de la carga especial que le imponen los derechos de las personas desaventajadas y del deber de solidaridad respectivo. (...)

UBICACIÓN DE LA SENTENCIA:

Cooperativas de Trabajo Asociado

Su libertad de regulación no puede desconocer principios ni derechos constitucionales

Dentro del marco de sus relaciones contractuales con sus afiliados se deben respetar derechos y garantías constitucionales, inclusive si las mismas derivan en la existencia de un contrato de trabajo

1. toda contratación que reúna las características de un contrato de trabajo debe incluir los derechos del trabajador.
2. cuando exista dentro del desarrollo de un contrato cooperativo de trabajo asociado luces de verdaderas relaciones laborales, debe aplicarse la normatividad dirigida a garantizar los derechos del trabajador.
3. la vinculación formal a una cooperativa de trabajo asociado no excluye que en la práctica y realidad se desarrolle y surja una relación laboral.
4. la vinculación puede darse con la cooperativa, a pesar de que sus servicios sean prestados a un tercero beneficiario, con el cual la cooperativa haya suscrito contratación.

Observaciones: dentro del desarrollo jurisprudencia que se analiza, se tiene que la Corte Constitucional, ha dado cuenta, que en ocasiones es utilizado modalidades de contratación para encubrir verdaderas relaciones de tipo laboral, haciendo uso del sistema de tercerización laboral, para afianzar el desconocimiento de derechos y garantías del trabajador en el marco de un verdadero contrato de trabajo, es así como se tiene que en esta línea tímidamente este alto tribunal reitera la necesidad de dar aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas inclusive en tipos de contratación que sean autónomas en su regulación; sobre todo si se advierte la existencia de situaciones que comporten violaciones y desconocimientos de derechos fundamentales del trabajador en su condición de tal, a partir del uso de tipos de contrataciones diferentes, que pretendan disfrazar la existencia de una verdadera relación contractual. Para el caso específico, es analizado e uso de contratos desarrollados con Cooperativas de Trabajo Asociado, figura que a pesar de tener libertad de regulación, en ocasiones es utilizada para encubrir relaciones de tipo laboral, por lo que su auto regulación se ve limitada frente a la existencia en la realidad de un contrato de trabajo, caso en el cual a pesar de formalmente ser un contrato cooperativismo debe respetarse y darse aplicación al mínimo de garantías y derechos establecidos en cabeza del trabajador.

Sentencia T- 687 de 2008

RATIO DECIDENDI:

“(..).14. Para el estudio de este caso se hace necesario reiterar la jurisprudencia existente sobre la naturaleza de las relaciones de los asociados con la cooperativa, al respecto la Corte ha reconocido que: “La existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se de una relación

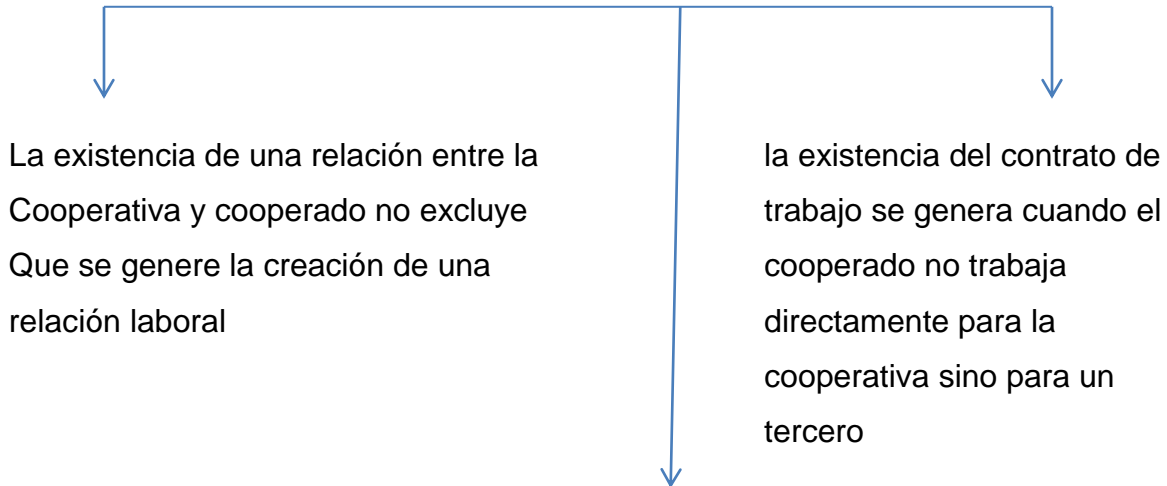
laboral entre cooperativa y cooperado y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero, respecto del cual recibe ordenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa, que fue lo que sucedió en este caso.

Por ello, visto lo acaecido en el presente proceso, es preciso reiterar que en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo. Así lo expuso esta misma Sala al considerar en una oportunidad anterior, que al margen del tipo de relación laboral que este operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal.”

15. Con base en lo anterior, la Corte concluye que entre Luz Mireya Guzmán Orjuela y MAXCO CTA se configuró una relación laboral, dado que la asociada no laboraba en la cooperativa sino para un tercero donde recibía órdenes, cumplía un horario y su trabajo era remunerado por los servicios personales prestados en virtud de la relación existente entre el tercero y la cooperativa. Por consiguiente, en este caso existe una relación laboral en aplicación de la jurisprudencia constitucional según la cual prima la realidad sobre la formalidad, como quiera que la accionante desarrolló una actividad personal en estado de subordinación por la cual recibió una remuneración, y en esa medida, está amparada por la protección especial a la mujer trabajadora que queda en estado de embarazo. (...)”

UBICACIÓN DE LA SENTENCIA

Existencia de una relación laboral en Cooperativas de Trabajo Asociado



La existencia de la relación laboral se afianza, por el hecho de que el cooperado reciba órdenes y cumpla horarios.

Observaciones: dentro del análisis realizado a la presente jurisprudencia, se tiene que la Corte Constitucional, mantiene su postura, respecto a la protección del principio de primacía de la realidad sobre las formas, dando prevalencia a la protección de derechos y garantías de los trabajadores, incluso cuando formalmente su vinculación contractual no sea en principio de tipo laboral, de tal forma que desarrolla el postulado de protección de la relación laboral, frente a situaciones que quieran desconocer su existencia, haciendo un mal uso de figuras jurídicas establecidas con otros fines; para el presente caso, se reitera, como es usada la figura de Cooperativa de Trabajo Asociado, para desvirtuar una verdadera vinculación de tipo laboral, sin embargo la Corte insiste que muy a pesar de la designación que dicha relación tenga otorgada, la realidad se superpondrá a los formalismo, y más aún cuando se trate de garantías establecidas para la protección de una población laboral en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de mujeres embarazadas.

Sentencia C- 614 de 2009

RATIO DECIDENDI:

“(...) Protección constitucional general al empleo

Sin duda, la modalidad del trabajo con mayor protección constitucional es la derivada de la relación laboral, tanto con los particulares como con el Estado. Esa mayor intervención del Constituyente produce no sólo menor libertad de configuración normativa para el legislador porque existen barreras superiores que imponen condiciones laborales mínimas, sino también genera el deber de intervención directa e inmediata de las autoridades públicas en el contrato para evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el mismo.

En efecto, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 constitucional regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 de la Carta autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 superior regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 de la Carta establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud, los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la

propiedad accionaria, el artículo 64 superior, regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 superior que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN. los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 superior impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores

La especial protección de la vinculación laboral en la Constitución se explica claramente por el tránsito del Estado Constitucional, pues de ser un Estado gendarme (cuyas funciones principales se cumplían con la abstención, el respeto por la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones entre particulares y el reconocimiento de la igualdad formal entre todos los administrados), hacia un Estado Social de Derecho con responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales, en tanto que entendió que dichos vínculos generan relaciones verticales que rompen el principio de igualdad y la eficacia material de la autonomía negocial.

Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución

estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales. (...)"

Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de

servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

(...)Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al principio de primacía de la realidad sobre la forma

En cuanto a la aplicación de este principio, cabe recordar lo dicho por esta Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994:

"La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"

La Corte Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad no supone la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, en tanto que "la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente"^{19]}, pero sí tiene plena aplicación

respecto de las relaciones contractuales que suscritas con fundamento en la Ley 80 de 1993, constituyen verdaderas formas de vinculación laboral

De igual manera, esta Corporación ha aplicado este principio en los contratos laborales celebrados por las empresas de servicios temporales: pues advirtió que “si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo así dicha relación se haya conformado bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, en este caso surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”

En el mismo sentido, manifestó que el principio objeto de estudio es aplicable a los contratos laborales que no pueden ser renovados indefinidamente por parte del empleador, “pues dicha situación generaría en el trabajador una inestabilidad frente a su relación laboral, como ocurre en el caso de los contratos laborales celebrados con las empresas temporales, y se caracterizan porque la duración del mismo hace relación a la obra o labor para la cual fueron contratados”.

En cuanto a las relaciones derivadas de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado y la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la Sala Octava de Revisión expresó:

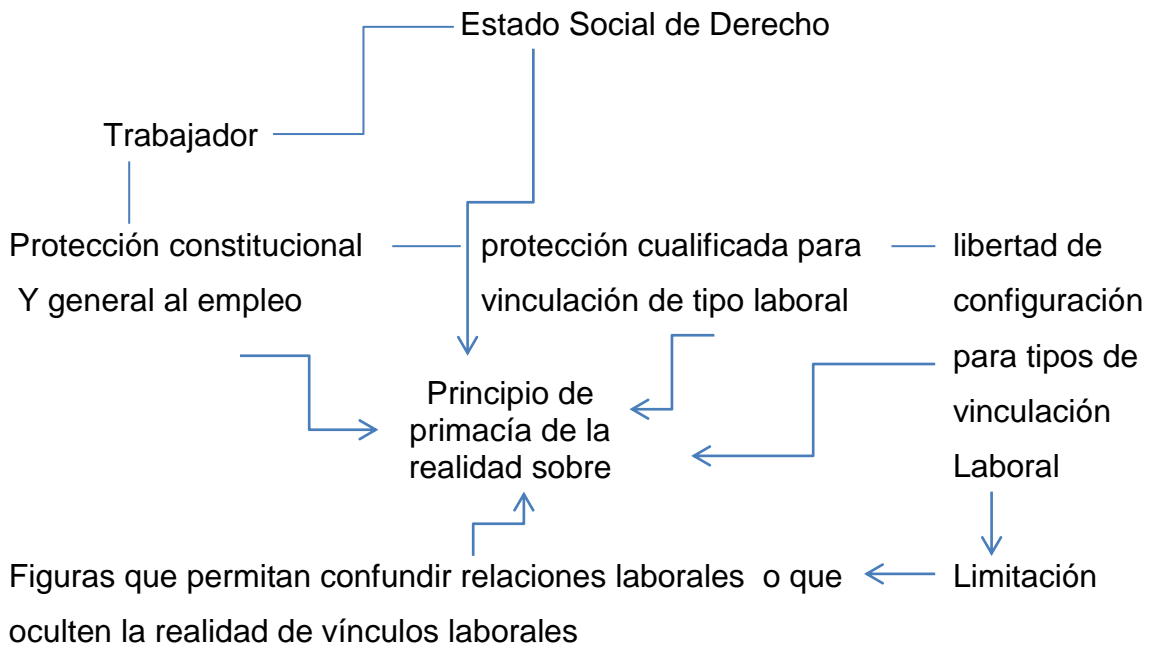
“La Ley 79 de 1988 define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios. Al estudiar la constitucionalidad de la norma en cita, esta Corte identificó la asociación voluntaria y libre, la igualdad entre los asociados, la fuerza de trabajo de los asociados y la solidaridad

en la compensación como las características más relevantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado; respecto a este último punto la sentencia en mención afirmó que “todos los asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”.

En estos términos y acorde con la norma que reglamenta la materia y la sentencia que determinó su constitucionalidad, para la Sala Plena de esta Corte es claro que dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula por el Código Sustantivo de Trabajo. Sin perjuicio de la calidad de trabajador de aquellos que son contratados con carácter ocasional o permanente no asociados. Ha precisado esta Corte, también, que la vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa”.

Esta última afirmación se sustenta en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo. Sostiene la Corte que en el caso específico de las cooperativas de trabajo asociado, el “vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto”.

UBICACIÓN DE LA SENTENCIA



Observaciones: dentro del cumplimiento de los postulados que exige la denominación de estado social de derecho, encontramos el respeto y garantías mínimas a los derechos del trabajador. Al ser la vinculación contractual de tipo laboral, la más beneficiosa para la parte débil de la relación laboral, se protege su configuración y usanza con mayor amplitud que las demás tipologías contractuales, y en virtud de ello, se establecen límites en la configuración legislativa que para creación y regulación de contratos o tipos de vinculación laboral tiene el legislador, estableciendo una clara limitación, para el caso en que lo normado pueda generar una confusión en las relaciones laborales o permitan que se oculten la existencia de verdaderos vínculos laborales. En este pronunciamiento, se ve con mayor claridad y extensión la protección que la Corte ha querido afianzar de la relación laboral surgida a través del contrato de trabajo y su trascendental importancia para procurar la protección de derechos y garantías

del trabajador, frente a la creación de varias formas contractuales que buscan desvirtuar la existencia de una verdadera relación laboral.

Sentencia T- 645 de 2011

RATIO DECIDENDI:

“En relación con todas las anteriores modalidades, el mandato constitucional de brindar especial protección al trabajo implica dos tipos de responsabilidades para el Estado. Por un lado, el deber de promover las condiciones que permitan a todas las personas que lo requieran acceder a un trabajo para generar los ingresos necesarios y, por otro, velar porque el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad, particularmente cuando se realiza bajo subordinación y dependencia, dado que, en ese escenario, se presenta una contraposición de intereses, dentro de la cual el trabajador es el extremo más débil.

El deber de promover el empleo, en cualquiera de sus formas, responde a un imperativo de la dignidad de la persona humana, porque busca dar una respuesta, no sólo a los requerimientos materiales de las personas, sino también a sus necesidades de autosuficiencia, realización personal y contribución a la vida social.

A su vez, la garantía de las condiciones de dignidad en el trabajo, implica promover una cultura laboral acorde con las mismas, definir un mínimo de derechos del trabajador y aplicar el poder del Estado para proscribir las conductas contrarias a ese mínimo, así como para señalar el marco obligatorio dentro del cual deben desenvolverse las distintas modalidades de trabajo. Esta última dimensión tiene particular sentido cuando existe oposición de intereses y se interviene en favor del extremo más débil de la relación.

No obstante esa particular incidencia sobre el trabajo que se realiza bajo subordinación y dependencia, el marco regulatorio del trabajo comprende todas sus modalidades y, respetando las características propias de cada una de ellas, busca atender los dos objetivos que se ha mencionado: la generación de empleo y el desarrollo del mismo en condiciones de dignidad.

En relación con el trabajo que se realiza en las Cooperativas de Trabajo Asociado, la Corte, en la Sentencia C-211 de 2000, puso de presente que el trabajo asociado se ha venido abriendo espacio en la mayoría de países de Europa y América, puesto que constituye un medio eficaz para el fortalecimiento de los trabajadores, que siempre habían sido considerados la parte débil de las relaciones de trabajo. Señaló la Corporación que en esas organizaciones se rompe con el esquema tradicional de las empresas lucrativas de la economía de mercado en las que unos son los empleadores y otros los trabajadores, pues, en ellas, esas dos categorías de personas no existe ya que, los trabajadores son los mismos socios y dueños de la empresa. Destacó la Corte que “[d]ebido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado (identidad de trabajador-socio) la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa. Pretender que el régimen de compensación de los socios de estas cooperativas sea igual al de los trabajadores asalariados, sería desconocer la naturaleza misma de tales organizaciones y la inexistencia frente a sus asociados de una relación de trabajo de esa índole.”

Manifestó la Corte que es preciso tener en cuenta que los trabajadores asociados no sólo reciben beneficios pues, dada su condición de propietarios, también tienen que asumir los riesgos, ventajas y desventajas propios del ejercicio de toda actividad empresarial. De manera que si se presentan pérdidas deben asumirlas conjuntamente, lo que no ocurre en las relaciones de trabajo dependientes.

En ese contexto, la Corporación expresó que los principios mínimos fundamentales que rigen el trabajo contenidos en el artículo 53 de la Carta que, como se ha dicho, “(...) configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre (...)” a los cuales debe sujetarse el Congreso en su actividad legislativa, al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general “(...) no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley’.

Para la Corte, el reconocimiento de la diferencia de regímenes laborales, según las distintas modalidades de trabajo, no quiere decir que tales derechos fundamentales no deban ser respetados o garantizados en las cooperativas de trabajo asociado, puesto que de no entenderse así, “(...) habría que sostener inválidamente que la Constitución discrimina a los trabajadores, o en otras palabras, que protege solamente a unos, lo cual no se ajusta con una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 25 y 53 del estatuto superior. Es que derechos fundamentales como el de la igualdad de oportunidades, el de una justa y equitativa compensación del trabajo en forma proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, el principio de favorabilidad a favor del trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, el derecho a la capacitación, al descanso necesario, a la seguridad social, entre otros, no son ajenos a ninguna clase de trabajo.”

De este modo, cabe señalar que, sin detrimento de la autonomía que, de acuerdo con los principios constitucionales a los que se ha hecho referencia, tienen las

Cooperativas de Trabajo Asociado, y sin perjuicio del deber del Estado de brindarles su apoyo, como expresión de formas asociativas solidarias e instrumento para la generación de empleo, es posible que el legislador adopte medidas restrictivas de su régimen interno, no sólo para garantizar el mínimo de derechos de los trabajadores, sino, también, para evitar que instrumentos, amparados, en principio, por la libertad de asociación, la autonomía privada, el derecho al trabajo y el principio de solidaridad, se conviertan en medios que se traduzcan en un detrimento generalizado o ampliamente extendido de las condiciones de los trabajadores. Esa intervención del Estado, sin embargo, exige una labor de ponderación para, en procura de defender un entorno de protección del trabajo, no afectar desproporcionadamente los derechos de quienes optan por una modalidad autogestionaria.

Esa tensión entre la autonomía de las Cooperativas de Trabajo Asociado y los derechos de los trabajadores, se ha planteado en diversos escenarios, en los cuales se ha discutido el interrogante en torno a si cabe aplicarles a tales cooperativas la legislación laboral propia de las modalidades de trabajo dependiente. Sobre el particular, en el ámbito de la OIT, se ha señalado que la Recomendación 193 de 2002 remite a la obligación de los Estados de promover todo tipo de cooperativas, incluidas las de trabajo asociado, pero que se puntualiza sobre la necesidad de velar porque dichas cooperativas no se creen o se utilicen para evadir la legislación del trabajo o para encubrir relaciones de trabajo dependiente.

En ese contexto, en el marco de la OIT se distingue entre, por un lado, el derecho que rige la relación entre empleador y trabajador, y, por otro, las previsiones legislativas orientadas a garantizar las condiciones del trabajo decente. Así, en la reunión de expertos sobre legislación cooperativa, en el año 1995, en Ginebra, se concluyó que las normas de la OIT y la legislación sobre derechos humanos básicos, salud, seguridad social y seguridad en el lugar de trabajo, entre otras materias, eran aplicables a los socios de las cooperativas de trabajo asociado, así

no estuviesen sujetos a las normas que de manera general regulan las relaciones entre empleador y empleado.

De este modo es posible concluir que (i) las Cooperativas de Trabajo Asociado, constituyen una opción válida a la luz de la Constitución para que las personas puedan autogenerar trabajo, en un contexto de libertad y autonomía; (ii) dichas cooperativas se encuentran sujetas a la legislación laboral que se orienta a garantizar que el trabajo se realice en condiciones de dignidad y (iii) el Estado tiene, por un lado, el deber, de promover, tanto las formas asociativas solidarias a las que acuden los trabajadores, como el respeto en ellas del mínimo de derechos y garantías de los trabajadores, y, por otro, la obligación de perseguir la utilización de esta figura y la creación de pseudo-cooperativas con el propósito de eludir la legislación laboral protectora de los trabajadores.

Por otra parte, tal como se puso de presente en la Sentencia C-855 de 2009, en la misma Sentencia C-211 de 2000, la Corte analizó el tema específico de las compensaciones de los trabajadores socios de las Cooperativas de Trabajo Asociado y sus diferencias notorias con el régimen aplicable a los trabajadores dependientes, y, en análisis que resulta relevante para el problema constitucional que plantea el presente proceso, expresó que, en todo caso, el trabajo que desempeñan los asociados a las Cooperativas, se encuentra amparado por las garantías consagradas en la Constitución para los trabajadores. Dijo la Corte:

“La protección que la Constitución ordena dispensar al trabajo, que dicho sea de paso, no es exclusivamente el subordinado sino éste en todas sus modalidades (art. 25 C.P.), y la garantía de los derechos mínimos irrenunciables tampoco se ven menguados, porque son los mismos asociados quienes deben establecer sus propias reglas para que aquél se desarrolle en condiciones dignas y justas, que les permita mejorar su nivel de vida y lograr no solo su bienestar sino también el de su familia.

Al respecto ha dicho la Corte: "No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda persona del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como la manifestación de la especial protección del Estado "en todas sus modalidades" (CP art. 25)."

Ahora bien: los principios mínimos fundamentales que rigen el trabajo contenidos en el artículo 53 de la Carta que, como se ha dicho, "configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales debe sujetarse el Congreso en su actividad legislativa, al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general (...) "no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley".

En síntesis, dijo la Corte, en la Sentencia C-211 de 2000, la Corporación Ilegó simultáneamente a dos conclusiones que resultan relevantes para el presente caso: (i) La naturaleza jurídica, las finalidades, la estructura y el funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado son distintas a las de las empresas comerciales y por lo tanto, es válido que el legislador defina para ellas un régimen diferente, especialmente en lo laboral y, (ii) en todo caso, ese régimen diferenciado no puede desconocer que el trabajo que desempeñan los asociados

a las Cooperativas de Trabajo Asociado goza de las mismas protecciones constitucionales, pues lo que protege la Carta no es el trabajo como concepto abstracto, sino “al trabajador y su dignidad”.(...)

3.4. Aplicación indebida de la modalidad de las Cooperativas de Trabajo Asociado

Tanto la legislación como la jurisprudencia han abordado el problema de la utilización de la figura de las Cooperativas de Trabajo Asociado como instrumento para evadir la legislación laboral, en detrimento de las garantías de los trabajadores.

Así, en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 se dispuso que “[l]as Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.” Añade la disposición que “[c]uando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.”

A su vez, en el artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 se estableció que “[l]as Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del

trabajador asociado.” Agrega la norma que “[c]uando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica.”

De hecho, en el mismo artículo del que hace parte la expresión demandada se dispone que ninguna institución o empresa, pública o privada, podrá vincular a través de Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral, al personal que requiera para el desarrollo de las actividades misionales permanentes, y establece drásticas sanciones para quienes incumplan ese mandato.

Por su lado, en distintas sentencias, la Corte Constitucional, después de referirse a los elementos que permiten declarar la existencia de un contrato realidad en el ámbito laboral, y de identificar los criterios que pueden conducir a que la relación entre cooperado y cooperativa pase de ser una relación horizontal, ausente de subordinación, a una relación vertical en la cual una de las dos partes tenga mayor poder sobre la otra y, por ende, se configure un estado de subordinación, ha puntualizado que en tales eventos es posible dar aplicación directa a la Constitución Política para amparar los derechos fundamentales del trabajador que resulten vulnerados en curso de la ejecución de un contrato que formalmente escapa del ámbito de aplicación de la legislación laboral, pero que materialmente describe una relación vertical de subordinación a la que deben aplicarse los principios del derecho del trabajo.

En ese contexto, la Corte ha precisado, que en algunos casos, a los trabajadores vinculados con las Cooperativas de trabajo asociado se les aplica la legislación

laboral y ha dicho que uno de ellos se da cuando las cooperativas, de manera excepcional, contratan trabajadores ocasionales o permanentes, puesto que en tales eventos se dan todos los supuestos de una relación laboral subordinada, a saber: “existe un empleador, un trabajador que labora bajo la subordinación de aquél, y una remuneración o salario”. Ha agregado la Corte que otra situación en la que ello ocurre así, se presenta cuando se da la vinculación formal a una cooperativa de trabajo asociado en condiciones que no excluyen que en la práctica entre ésta y el trabajador asociado surja una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa.

Sobre este particular, la Corte, en Sentencia C-614 de 2009, expresó:

“De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociados, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.

Así, la eficacia normativa de la Constitución que protege de manera especial la relación laboral y la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, impone a los particulares y a todas las autoridades públicas, de una parte, el deber de acatar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios (norma

acusada) y las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado sean utilizadas como formas de intermediación laboral (artículo 7º de la Ley 1233 de 2008) y, de otra, la responsabilidad social de evitar la burla de la relación laboral.

En la referida Sentencia C-855 de 2009, se puso de presente que “... la Corte ha establecido que si por conducto de la Cooperativa de Trabajo Asociado llega a suscitarse una relación laboral de un trabajador asociado con la cooperativa, para prestarle servicios a un tercero -con elementos de subordinación, horario y remuneración propios del contrato de trabajo-, esta relación laboral prevalece sobre el acuerdo cooperativo, y en tal caso aplican todas las regulaciones laborales, incluyendo, por supuesto, la protección laboral reforzada a las mujeres embarazadas o lactantes (T-177/03, T-291/05, T-873/05, T-063/06, T-195/07, T-531/07), a las personas en estado de debilidad manifiesta (T-1219/05, T-002/06), o a los discapacitados o disminuidos físicos (T-504/08, T-962/08, T-1119/08). De comprobarse la existencia de un contrato laboral paralelo o concomitante con la relación de índole cooperativa, la Corte también ha impuesto el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con los aportes al sistema de salud (T-413/04), al sistema de riesgos profesionales (T-632/04), o incluso la muy elemental de reconocer los salarios pactados con el trabajador (T-353/08). Cuando los hechos del caso lo ameritan, la Corte ha ordenado, no a la Cooperativa, sino al tercero que se beneficia de la labor del trabajador asociado, que responda por las obligaciones laborales omitidas (T-471/08), más aun si el vínculo entre el trabajador y la cooperativa ya no pasa por la prestación de servicios a un tercero, sino que se trata de una relación laboral ordinaria entre aquel y ésta (T-900/04).”

Por otro lado, en la Sentencia C-182 de 2010, en la que la Corte se pronunció sobre la Ley 1233 de 2008 “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 Precooperativas 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”, se hizo notar que en la ponencia para primer debate del correspondiente proyecto de ley en la Cámara de Representantes, se hizo explícito que el principal problema que aquejaba al subsector de las cooperativas de trabajo asociado era “la realización de actividades de intermediación laboral, ajenas a su naturaleza jurídica, por parte de entidades que bajo dicha figura desarrollan esa práctica prohibida para ellas por la normatividad nacional”. Esta situación, en muchos casos conducía “a la precarización del trabajador por quien, en algunos casos, no se cotiza a la seguridad social o se le traslada el costo de estos aportes, lo cual reduce aún más las compensaciones que recibe por las labores realizadas”. Así mismo, se evidenciaba “la falta de autonomía de muchas de las cooperativas existentes, que dependen de una persona o entidad y son utilizadas para cometer abusos que desnaturalizan esta figura”. Agregó esta ponencia que “las deficiencias en el control que ejercen los entes estatales de supervisión y la utilización inapropiada de esta figura en los sectores público y privado han sido determinantes en el arraigo y profundización de la situación por la que atraviesa este subsector”. Sin embargo, puntualizó la ponencia que no era bueno “generalizar el problema y de paso desconocer la existencia de las verdaderas cooperativas que desarrollan su objeto social con estricta observancia de sus principios y naturaleza”.

Hizo notar la Corte que durante el trámite en el Congreso de la República del proyecto de ley que concluyó con la expedición de la Ley 1233 de 2008, se extendió el propósito legislativo inicial, “... pues fruto de un proceso participativo con los sectores sociales interesados, el Congreso buscó ampliar “la regulación jurídica vigente para las cooperativas”, al haber evidenciado la realización por algunas entidades organizadas como tales, “de actividades de intermediación laboral, ajenas a su naturaleza jurídica, por parte de entidades que bajo dicha figura desarrollan esa práctica prohibida para ellas por la normatividad nacional”, lo cual estaba conduciendo a “la precarización del trabajador”. Tal ampliación del objeto de la ley vino a verse reflejado en su articulado, que, además de contemplar

la creación de una contribución parafiscal llamada “contribución especial”, vino a ocuparse también de la regulación legal de algunos aspectos de la organización y funcionamiento de las cooperativas y Precooperativas de trabajo asociado, entre ellos los requisitos de afiliación, la definición sobre lo que ha de entenderse por compensación ordinaria y extraordinaria de los asociados por el trabajo personal que cumplen, la obligación de afiliarlos al Sistema de Seguridad Social, las prohibiciones para la cooperativa y el régimen de vigilancia y control que sobre ellas recae.”

Después de desarrollar ampliamente las anteriores consideraciones, la Corte, en la referida Sentencia expresó que “... no ignora que es posible que en el país se sigan presentando abusos de la figura de las cooperativas de trabajo asociado y que en el futuro se continúen dando estas situaciones; incluso es posible que aun después de la expedición de las normas acusadas, aparentes organizaciones de esta clase, pero en realidad dirigidas a cumplir actividades de intermediación laboral o de evasión de obligaciones patronales, persistan en esas conductas y prosigan con prácticas de traslado a los trabajadores de las obligaciones de cotización que legalmente les corresponden. No obstante, esa circunstancia de utilización abusiva e ilegal de la figura de las cooperativas de trabajo no hace inconstitucional una norma como la que ahora se examina, que a todas luces fue adoptada con el ánimo de proteger a los trabajadores asociados. Además, repara la Corte en que para controlar esas prácticas la misma ley acusada consagra un estricto régimen de prohibiciones (artículo 7°) y mecanismos efectivos de control y autocontrol (artículo 4°).”

Todos los anteriores aspectos se sintetizaron por la Corte en la Sentencia T-449 de 2010, en la que, después de reiterar que el vínculo que existe entre la Cooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados, en principio, no se rige por la legislación laboral, puntualizó las excepciones que se aplican a ese criterio, en los siguientes términos:

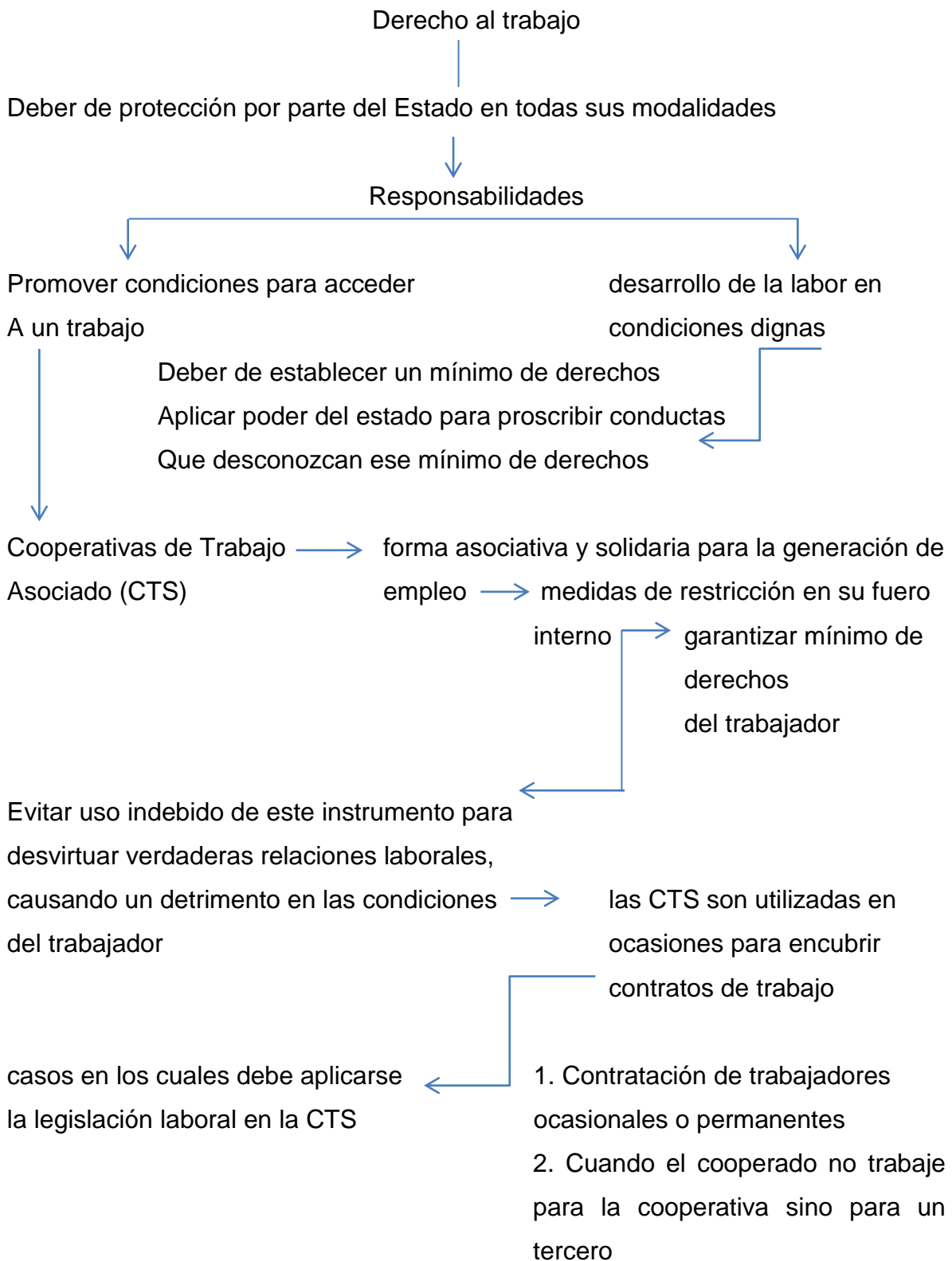
“Esa regla general se exceptúa en eventos en los cuales de un lado, se vincula de manera casual a personas naturales no asociadas para: i) trabajos ocasionales o accidentales que recaigan sobre labores distintas de las que caracterizan el normal y permanente giro de las actividades de la cooperativa, ii) reemplazar temporalmente al asociado que, de acuerdo con los estatutos o al régimen de trabajo asociado, se encuentre imposibilitado para prestar su servicio en relación con una tarea indispensable para el cumplimiento del objeto social de la cooperativa y iii) vincular personal técnico especializado, necesario para el cumplimiento de un proyecto o programa dentro del objeto social de la cooperativa, para cuyo desarrollo no se cuente con un miembro de la misma, siempre que la persona escogida no quiera vincularse como asociado. La otra hipótesis que obliga a la sujeción a la legislación laboral tiene ocurrencia por fuera del ámbito de la cooperativa o precooperativa y se presenta, en particular, iv) cuando un asociado es enviado, bajo su mandato, a prestar servicios a una persona natural o jurídica. En todos esos casos, la regulación del trabajo debe seguir la legislación laboral ordinaria, lo que desplaza de manera inevitable lo dispuesto en los estatutos o el régimen de trabajo asociado.

En efecto, el artículo 16 del decreto en cuestión, cuya lectura debe ser armonizada con la del artículo 17, contiene una cláusula que prohíbe la desnaturalización del trabajo asociado e impone la carga, a la persona natural o jurídica que se beneficie de la prestación del servicio, de actuar como empleadora, lo cual convierte al asociado, para el evento, en trabajador dependiente. Las prohibiciones de las que habla el artículo 17 justamente desarrollan aquella idea de la desnaturalización del trabajo asociado y proscriben, en consecuencia, las actuaciones de la cooperativa – o precooperativa- que conduzcan i) a su participación como empresas de intermediación laboral; ii) al suministro de mano de obra temporal, constituida por sus asociados, a usuarios o terceros beneficiarios; iii) a la remisión de un trabajador en misión para que asuma labores o trabajos propios de un

usuario o tercero beneficiario del servicio; o iv) a la creación de un nexo de subordinación o dependencia entre uno de sus trabajadores y un terceros contratante. Así pues, la adopción por parte de la Cooperativa de prácticas que configuren intermediación laboral, actividades características de las empresas de servicios temporales, o que permitan la consolidación de una relación de subordinación frente a alguno de sus asociados, hace del ‘tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, (...) solidariamente responsables por la obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado’.”

De este modo, para la Corte, la jurisprudencia relativa al tema de la relaciones entre una cooperativa de trabajo asociado y sus cooperantes ha hecho evidente que en esta marco pueden surgir distintas relaciones de índole contractual, circunstancia que exige que en cada caso el operador valore los hechos que le rodean para así establecer de manera cierta la naturaleza del vínculo. (...)”

UBICACIÓN DE LA SENTENCIA



Observaciones: a partir de este pronunciamiento en sede de constitucionalidad, es expresado con más fuerza, que en la actualidad en Colombia se está haciendo uso de modalidades contractuales diferentes al contrato de trabajo, para desvirtuar su uso y evitar consigo el pago de acreencias laborales que se derivan de la ejecución de un contrato de trabajo; es así como se reitera lo manifestado en línea anteriores, sobre la protección que debe garantizar el estado con relación al derecho al trabajo, procurando su desarrollo en condiciones dignas, al tiempo que permita acceder a una posibilidad de empleo con el que sea viable satisfacer necesidades básicas, pero siempre abocado al cumplimiento de los postulados de dignidad humana en lo concerniente a la labor desarrollada por el trabajador. Ahora bien, del análisis realizado por este alto tribunal, se concluye que están siendo utilizadas modalidades contractuales creadas legalmente y en desarrollo de principios constitucionales, para desvirtuar relaciones laborales. En relación con esta premisa, se pone de presente el caso de las Cooperativas de Trabajo Asociado, donde se resalta que en muchas ocasiones, se está haciendo un uso inadecuado de su figura, por lo que el legislador debe poner límites en su capacidad de auto regulación, para así poder garantizar que su figura no pueda ser utilizada de manera indiscriminada en relaciones laborales, consecuencia de lo anterior, es la imposición del deber de aplicar por parte de las CTA la legislación laboral, en aquellos casos, en que se compruebe que el asociado trabaja para una empresa beneficiaria o en su defecto es contratado para realizar trabajos ocasionales o permanentes.

SENTENCIA HITO

Sentencia C – 593 de 2014

RATIO DECIDENDI:

“ (..) No obstante, esta distinción es la que considera el actor que desconoce el derecho a la igualdad (artículo 13 CP), con incidencia en las garantías laborales (artículo 53 CP) de aquellos trabajadores que se ocupan de tareas ajenas al objeto social de la empresa.

Como lo ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación, previo a efectuar el análisis de la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad, debe estudiarse si los grupos objeto de comparación se encuentran en una misma situación de hecho. Ello es presupuesto indispensable para analizar si dicho trato diferenciado se encuentra justificado, si cuenta con finalidad, si es adecuado, proporcional y no sacrifica otros principios constitucionales.

En el caso que ocupa la atención de la Sala se observa que la expresión acusada del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, distingue entre los trabajadores del contratista independiente que pertenece a labores afines o propias del giro ordinario de los negocios del contratante frente a los trabajadores del contratista independiente que pertenece a labores ajenas o extrañas de dicho giro ordinario, otorgando un tratamiento diferente en materia de extensión de la responsabilidad solidaria del dueño de la obra.

En primer lugar, cabe señalar que estas dos categorías de trabajadores se encuentran en dos situaciones de hecho diferentes, al desarrollar labores disímiles. Así, aquellos que desarrollan funciones propias del giro ordinario de la empresa, incluso podrían asimilarse a los trabajadores de la empresa misma, mientras que aquellos que ejercen labores ajenas son contratados para desarrollar labores que no son propias de la compañía. A modo de ilustración, si una compañía de textiles contrata el mejoramiento de la estructura física de la empresa (pintura, arreglo de paredes, entre otros), los empleados del contratista no podrían ser asimilados a los trabajadores de la empresa por cuanto desarrollan

funciones diferentes. Esta misma afirmación no sería absolutamente trasladable frente a los trabajadores del contratista que desarrollaran funciones propias y ordinarias de la empresa contratante. Nuevamente, se resalta que, para efectos de hacer tal distinción, debe considerarse el concepto amplio de funciones propias que ha sido acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que para que proceda la figura de solidaridad laboral basta con demostrar que no son labores extrañas al desarrollo de la empresa.

No obstante, y en aras de discusión, si se considerara que las dos categorías de trabajadores –tanto los que desarrollan funciones del giro ordinario de la empresa, como aquellos que ejercen labores ajenas-, son objeto de comparación, la Sala observa que el trato diferente establecido en la expresión “a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio” del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, se encuentra justificado.

En efecto, la distinción misma es la que asegura que la finalidad de la disposición se cumpla, y éste objetivo, no es otro, que el de proteger al trabajador de posibles encubrimientos de verdaderas relaciones laborales a través de contratistas independientes. En otras palabras, lo que persigue el legislador es diferenciar y hacer viables los derechos de los trabajadores contratados por terceros, que desarrollan actividades propias y misionales de la empresa beneficiada, a través de la imposición de su responsabilidad solidaria en el pago de los salarios y demás prestaciones sociales.

La solidaridad laboral dispuesta en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo asegura que este mecanismo de contratación no se convierta en un método utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales, y por tanto, en el caso en que decidan contratar a través de terceros el desarrollo de funciones propias de su objeto social, de igual manera, serán responsables tal y como si hubiesen contratado directamente. Ello, a diferencia de lo señalado por el actor, desarrolla los principios constitucionales que rigen las

relaciones laborales contenidas en el artículo 53, entre los que se encuentran la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, el principio de favorabilidad y la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así mismo, es acorde con la jurisprudencia de la Corporación que ha considerado que los procesos de tercerización son ajustados a la Norma Superior, siempre y cuando no se utilicen como herramientas para disfrazar una verdadera relación laboral. Por el contrario, el legislador, a través del artículo 34 del Código Sustantivo, ha propendido por poner freno a estos abusos, poniendo en cabeza del beneficiario de la obra el pago de los salarios y prestaciones, cuando se presume que está utilizando al contratista independiente para ocultar una relación de subordinación con sus trabajadores. Esto ocurre cuando contrata la prestación de servicios de su objeto propio o funciones afines al mismo.

De igual manera, debe tenerse en consideración que la medida es efectivamente conducente para promover estos objetivos y es idónea para alcanzar el fin propuesto por la norma con un importante grado de probabilidad. Así, una vez la empresa decida contratar a través de un tercero la ejecución de actividades directamente vinculadas con su objeto, se verá sujeto a la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales de los trabajadores del tercero contratista. De igual manera, los referidos trabajadores cuentan con una garantía que sus derechos serán reconocidos ya no sólo por aquél que lo ha contratado directamente sino, en forma solidaria, por quien se beneficia de sus servicios.

En este mismo orden de ideas, el trato es proporcionado, y permite proteger y garantizar los derechos de los trabajadores sin imponer cargas excesivas a ninguno de los extremos de la relación laboral. Sobre este particular es razonable que el legislador infiera que el empleador que contrata con un tercero la prestación de un servicio propio de su giro ordinario, pueda estar encubriendo verdaderos contratos laborales, y en virtud de ello la ley lo hace responsable de forma

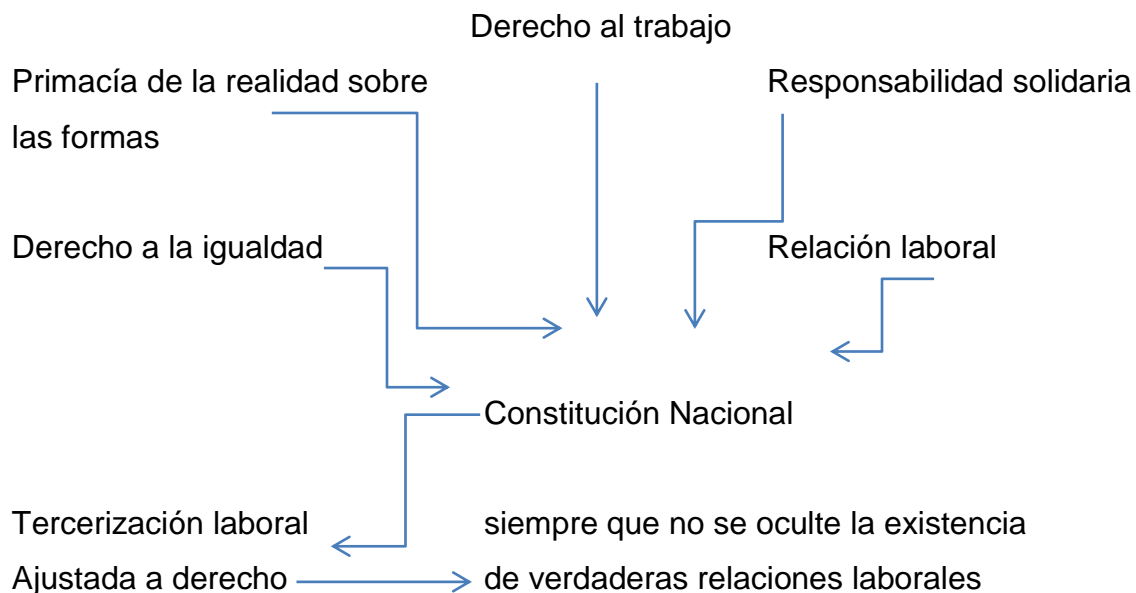
solidaria con los pagos de los salarios y de las prestaciones sociales. Por el contrario, imponer al patrono el pago solidario de cargas laborales de cualquier tipo de contratación que realice, dificultaría el tráfico jurídico y la efectiva contratación de personal para los efectos para los que fue creado. Verbigracia, sería excesivo que una compañía de zapatos que contratara el arreglo de sus computadores o de su fachada, se hiciese responsable de los salarios y demás cargas laborales de los trabajadores de la empresa contratista.

Finalmente, no se sacrifican en forma desproporcionada los derechos de los trabajadores que desarrollan funciones ajenas a las actividades de la empresa, por cuanto el mismo artículo 34 establece que el contratista que emplea a terceros para el desarrollo de labores contratadas por un precio determinado, es un verdadero patrono y por tanto, se encuentra obligado al pago de todos sus salarios y prestaciones sociales. Es decir, dichos empleados también tienen amparadas las garantías consagradas en el artículo 53 Superior.

No obstante, considera la Sala que necesario reiterar, tal y como lo estableció la Sentencia C-614 de 2009[56], la importante tarea de los jueces y de las autoridades administrativas de control para evitar que la herramienta consagrada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no se convierta en un mecanismo de ocultamiento de verdaderas relaciones laborales. Para ello, tal y como lo refirió la providencia, el juez debe actuar de manera inquisitiva para establecer si el mecanismo utilizado funciona conforme a la ley o, por el contrario, hay una simulación en perjuicio del principio del contrato realidad, para desconocer las obligaciones laborales propias de un contrato de trabajo.

Por todas las anteriores consideraciones, se declarará la exequibilidad “a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio” del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. (...)”

UBICACIÓN DE LA SENTENCIA



Observaciones: dentro del estudio de constitucionalidad que se realiza en la presente sentencia, se tiene que al efectuar un análisis del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte Constitucional, tiene claro que la relación de solidaridad que se establece en ella para la ejecución de labores propias del giro normal de la empresa por parte de contratistas independientes, debe protegerse, pues es posible que esta modalidad contractual sea utilizada como una herramienta para desdibujar una verdadera relación laboral, por tanto, implementar el principio de solidaridad entre contratista independiente y beneficiario de la labor, es una manera de blindar y proteger las relaciones laborales, pues ambas empresas tendrían que responder solidariamente por el pago de salarios y prestaciones sociales del trabajador propias de un contrato de trabajo. Ahora bien, la responsabilidad solidaria no es predicable de los contratistas independiente que realicen actividades que son ajenas al objeto social de la empresa, pues son labores que se ejecutan de manera ocasional y no permiten que se afiance la constitución de contrataciones disfrazadas y por tanto

no sería viable hacer operar la misma regla pues no subsisten los mismos supuestos de hecho que operan en la relación de los contratistas independientes con los que si se ejecutan actividades relacionadas con el objeto social de la empresa.

Por otro lado, en esta sentencia se plantea de forma clara que la tercerización laboral no está prohibida, y que sus procesos son ajustados a la norma superior, siempre y cuando los mismos no sean utilizados para desdibujar la existencia de verdaderas relaciones labores, de allí que se haya instituido la responsabilidad solidaria contenida en el artículo antes mencionado, para frenar el abuso y desconocimiento de verdaderas relaciones laborales, que desembocan en el desconocimiento de garantías y prestaciones en favor de los trabajadores. Así mismo realiza u llamado atención para jueces y autoridades administrativas, en el sentido de imponerles como obligación un actuar inquisitivo, que evite que el artículo 34 del CST sea utilizado para fomentar la inobservancia del principio de contrato realidad y desconocer las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Dentro de los otros puntos analizados en la sentencia en cita, se desarrolla de igual manera que en las sentencias previamente analizadas la necesidad de proteger la relación laboral y el derecho al trabajo, entendido este en sus distintas modalidades.

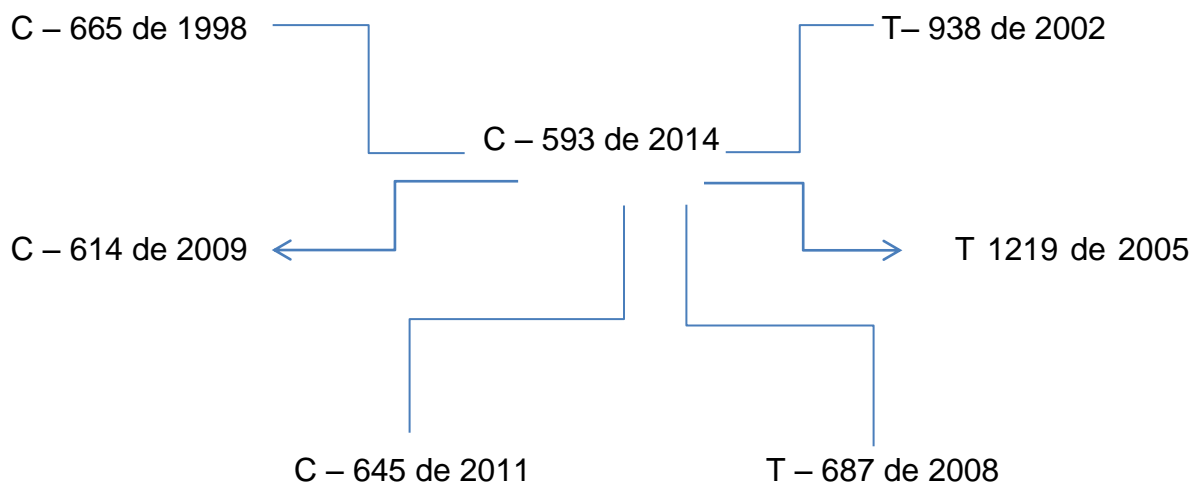
NICHO CITACIONAL TEMPORAL

1998	2002	2005	2008	2009	2011
C – 665	T- 938	T - 1219	T- 687	C – 614	C– 645

2014

C- 593

TELARAÑA CITACIONAL



CONCLUSIONES

Dentro de la presente línea jurisprudencial, quedo ampliamente desarrollado la importancia que la carta magna le atribuye al derecho al trabajo, resaltando que a través su protección y desarrollo en condiciones dignas es viable materializar los fines del estado, por eso es de vital importancia procurar su protección, ya que de su conexidad con otros derechos de rango constitucional se establece la necesidad de reiterar su valor de derecho con rango constitucional.

Dentro de las sentencias antes analizadas, se resalta que el derecho al trabajo debe ser estudiado a través de diversas dimensiones, siendo la que nos ocupa aquella que versa sobre la protección del derecho al trabajo entendido como relación laboral, pues en este componente se agota los postulados de dignidad humana, trabajo en condiciones dignas y derechos y garantías mínimas del trabajador, procurando que todas las prestaciones que han sido establecidas en favor de este gremio, sean efectivamente materializadas. Desde sus inicios los

pronunciamientos de este Alto Tribunal, en relación con la protección del derecho al trabajo sean mantenidos de forma lineal, salvo algunas posturas que parecen ser contradictorias, pero que resultan mínimas frente al universo de pronunciamientos; por lo que es dable afirmar que se ha establecido sin mayores cambios la importancia y necesidad de protección del contrato de trabajo y la relación laboral, haciendo uso de herramientas constitucionales, como lo son el principio de primacía de la realidad sobre las formas, admitiendo la existencia de contratos de realidad y aceptando el hecho que muchas formas de contratación que son de regulación autónoma e independientes a las establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo, están siendo utilizadas para desdibujar verdaderas relaciones laborales; así mismo, estas líneas han establecido la necesidad de adoptar por parte de órganos de control administrativo y jueces, una actitud inquisitiva, en aras de evitar encubrimiento de relaciones laborales y el uso de figuras legalmente permitidas para afianzar violaciones de los derechos del trabajador, con ello queda claro que siempre que no sea desdibujada la naturaleza de la forma de contratación estas son permitidas, pronunciándose por primera vez de forma directa acerca de la tercerización laboral, a partir de la sentencia C- 593 de 2014, en que resalta que esta figura de administración en la contratación de bienes y servicios no está prohibida, pues su contenido se ajusta a la Constitución, mientras no se desdibuje con su uso la existencia de verdaderas relaciones laborales, en ese mismo sentido, expresa que cualquier forma de contratación, incluidas las formas asociativas de trabajo, pueden tener implícita el desarrollo de contratos laborales, siempre que se prueben los elementos que conforman la existencia del mismo.

De tal suerte que se concluye que no está prohibido el empleo de formas de tercerización laboral, siempre que las mismas no se usen para desdibujar relaciones de tipo laboral; resaltando que siempre será un deber de protección del estado y sus administradores propender por la garantía y respeto de los derechos

del trabajador, estableciendo posturas y normas que permitan avanzar hacia una protección más certera de los derechos del trabajador y su relación laboral.

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.- CONCLUSIONES

Colombia como estado social de derecho, tiene implícita ciertas obligaciones de protección y respeto a garantías que han sido establecidas en nuestra Carta Política como valores superiores, que merecen una especial protección, de allí que estas estén inmersas y desarrolladas dentro de los postulados constitucionales que nuestra carta magna contiene. Dentro de estas garantías especiales de rango constitucional, encontramos el derecho al trabajo, amparado no solo desde la perspectiva contenida en el derecho al acceso a un empleo para todos los ciudadanos, sino en todas sus dimensiones, es decir el respeto a la dignidad humana del trabajador, la garantía de acceso al trabajo en condiciones dignas y entendida la concepción del trabajo como actividad que honra los esfuerzos y la inversión del tiempo del trabajador; de allí que sea de trascendental importancia la protección de la relación laboral, entendiendo que en ella se ven representados y respetados las garantías mínimas de derechos de que debe gozar el trabajador, las cuales han sido producto de la lucha de clases, del esfuerzos de masa y años de evolución en el pensamiento jurídico y social de la humanidad.

La Corte Constitucional, como corporación encargada de la salvaguardar de la constitución y los valores y principios contenidos en ella, dentro de sus pronunciamientos ha sido enfática y casi que unánime en destacar la necesidad de protección de la relación laboral. Ello por cuanto en Colombia en la actualidad se mira con gran preocupación el aumento de figuras jurídicas que son empleadas

de forma incorrecta para desdibujar la existencia de verdaderas relaciones laborales y así evitar con ello el pago de todas las garantías y derechos a las que son acreedores los trabajadores en el desarrollo de un contrato de trabajo.

En la actualidad se viene empleando el uso inadecuado de figuras contractuales que han sido reguladas por nuestra legislación, para encubrir la existencia de verdaderas relaciones laborales; pues se ha venido realizando la contratación indirecta de trabajadores para el desarrollo y prestación de servicios a través de figuras tales como las Cooperativas Asociadas de Trabajo, la Empresas Asociativas de Trabajo, el Contrato Colectivo Sindical, los Contratistas independientes, Empresas de Servicios Temporales entre otras para encubrir verdaderas relaciones laborales. Modalidades contractuales que si bien es cierto están permitidas, están siendo usadas para evadir el pago de prestaciones sociales que se derivan de la existencia de un contrato de trabajo, pero conteniendo dichas relaciones todos los elementos constitutivos de un contrato de trabajo.

En Colombia, se ha venido dando un trato genérico e incluso similar a las figuras de tercerización laboral con la de subcontratación de mano de obra, figuras que han sido diferenciadas por la Organización Internacional del Trabajo en varios de sus pronunciamientos, y que responde a actividades sustancialmente diferentes, pues mientras que la tercerización laboral o outsourcing es la actividad de recurrir a una empresa exterior para desarrollar una función que desempeñaba la empresa de manera originaria, asumiendo esta tercera los riesgos que se generen, debiendo operar con su propio capital financiero, sus recursos técnicos y materiales y asumiendo esta la exclusiva subordinación de sus trabajadores, por su parte la subcontratación de mano de obra se refiere la subcontratación de personal o de trabajadores, que pueden desarrollar sus labores dentro de las empresas que los subcontratan. Es decir que la primera hace referencia a la

subcontratación en la prestación y producción de bienes y servicios, mientras que el segundo lo es respecto de la mano de obra.

Frente a la problemática que ha generado el uso inadecuado de formas de contratación, que han desembocado en una precarización de las condiciones y derechos del trabajador, la OIT, ha realizado varias recomendaciones tendientes a proteger la relación laboral, dentro de las cuales se cita la Recomendación 198 de 2006, en la cual entre otros expresa:

“1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a:

(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes; (b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a

que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho; (c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho; (d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén; (e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo; (f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y (g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

5. En el marco de la política nacional los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

6. Los Miembros deberían: (a) velar especialmente porque en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y (b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.

7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores: (a) al formular una política nacional, todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y (b) cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir

los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.

8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho. (...)"

En nuestro país, la falta de implementación de políticas públicas serias, junto con la carencia de normatividad adecuada y responsable que regule este fenómeno social de forma adecuada, ha generado que el uso de figuras como la tercerización e intermediación laboral se utilicen de manera abusiva y errada, permitiendo con ello que se desdibuje la naturaleza de las formas de contratación contenidas en ella y se abuse vilipendie y cercenen los derechos y garantías que han sido establecidas en favor de un trabajador en el marco y desarrollo de una relación de tipo laboral, obligando dicha postura a que las altas cortes colombianas, en especial la Constitucional, deba recurrir a suplir a través de sus pronunciamientos la falta de legislación seria respecto a esta temática, debiendo decantar como medida desesperada, que aun cuando se utilice figuras jurídicas de contratación que en principio no tengan inmersa la existencia de una relación laboral, pero de su ejecución se extraiga que en ella se constituyen todos los elementos que conforman la misma, debe ser declarado la existencia de esta relación de carácter laboral. Lo anterior como una manera de garantizar mínimamente la existencia de la relación laboral y por consiguiente una protección del derecho al trabajo.

Sin embargo, posturas como la adoptada por la Corte Constitucional respecto a las Cooperativas Asociadas de trabajo, temática que ya ha sido materia de estudio en el capítulo anterior, y respecto de las cuales es posible predicar la existencia de una relación laboral, cuando los asociados a esta no presten los servicios a la misma cooperativa sino a un tercero, del os cuales reciban órdenes y deban

cumplir horario; de manera incidental abrió la puerta para que estas figuras hicieran parte de la intermediación laboral, lo cual se hizo extensiva a otro tipo de contrataciones. Por tanto la actividad que en principio solo se podía desarrollar a través de las Empresas de Servicios Temporales, según lo establecido en el artículo 741 de la ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 hoy puede desarrollarse a través de cualquier tipo de contratación según el dicho del Alto Tribunal de lo Constitucional¹⁸.

Por otro lado, dentro de la normatividad que desarrolla la temática concerniente a la formalización del empleo en Colombia encontramos la ley 1429 de 2010, en los cuales se hace alusión a la prohibición de contratar personal a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, o bajo otra forma de vinculación de intermediación laboral, así mismo el marco central de esta ley está referido a la posibilidad de fomentar la formalización del empleo y crear más oportunidades laborales para los jóvenes, para lo cual ofrecen diversas clases de incentivos económicos a la pequeñas empresas que realicen este tipo de prácticas. Para realizar una reglamentación de la normatividad en cita el Gobierno Nacional expide el decreto 583 de 2016, el cual adiciona el capítulo 2 al título 3 de la parte 2da del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, para reglamenta el artículo 63 de la ley 1429 de 2010, dentro del marco normativo que en ella se desarrolla encontramos la inclusión de la terminología de tercerización laboral, para referirse a la intermediación de trabajo, desarrollando límites dentro de los cuales es posible el uso de figuras distintas a la empresa de servicios temporales para realizar contratación a través del uso de la intermediación laboral, término que es confundido con la terminología de tercerización laboral, la cual es desarrollada y conceptualizada dentro del decreto reglamentario en mención; la anterior imprecisión y contradicción jurídica motivo la imposición de una demanda de Nulidad ante el Consejo de Estado, en la cual se decretó medida provisional de suspensión de los efectos de los numerales 4 y 6 del artículo 2.2.3.2.1 del

¹⁸ Tercerización, Intermediación, Labores misionales permanente y formalización, Miguel Pérez García.

Decreto Reglamentario 1072 de 2015, el cual fue adicionado por el artículo 1 del también decreto reglamentario 583 de 2016, lo anterior en atención a que el Gobierno hizo un uso excesivo y sin límites de su potestad reglamentaria, al pretender desarrollar una regulación de la temática de tercerización laboral, cuando la misma no había sido abordada con alcances tan profundos como los que desarrollada en la normatividad que se suspende y que resulta contradictoria y confusa dada la imprecisión en la terminología empleada, dando una significación diferente a la que se tiene y que va mucho más allá de lo contemplado en el artículo cuyo regulación se pretende¹⁹.

En atención al o anterior, es posible establecer, que incluso de la misma denominación y conceptualización que la ley da a figuras como la tercerización e intermediación laboral, se generan confusiones, que no permiten que tales figuras tengan la catalogación que verdaderamente ameritan y que permitirían formalizar las relaciones que se enmarquen dentro de su desarrollo. Para lo cual es necesario establecer de manera puntual una normatividad que regule en forma clara y precisa los límites que deben tener las diversas tipologías de modalidades contractuales, al tiempo que se establezcan sanciones serias para el incumplimiento de las mismas, debiendo dotar a la Inspecciones de trabajo de herramientas y procedimientos legales para realizar de manera periódica control sobre las formas de contratación de las empresas y Cooperativas en Colombia, brindando incentivos aquellas en las que se observe respeto y uso de las garantías del trabajador que contribuyan a la protección de la relación laboral.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Marzo 15 de 2017, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, No. de Referencia: 11001032500020160048500, demandante: Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales,1 ACOSSET, demandado Ministerio del Trabajo

5.2.- RECOMENDACIONES

6.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.- <http://html.www.corteconstitucional.gov.co>.
- 2.- Domingo Campo Rivera. Derecho Laboral Colombiano. Editorial Temis. Edición 2008.
3. - Oscar Ermida Uriarte Natalia Colotuzzo. Descentralización - Tercerización – Subcontratación. Primera Edición 2009
- 4.- Organización Internacional del Trabajo. Informe VI Trabajo en régimen de subcontratación. 85ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.
- 5.- <http://definicion.de/tercerizacio>
- 6.- Catalina Mejia Pizano Maria Camila Bautista Rosasco. Análisis Y Devenir De Los Esquemas De Tercerización- Contratistas Independientes Y Cooperativas De Trabajo Asociadoen El Derecho Del Trabajo Colombiano. Universidad Javeriana
- 7.- <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CartillaServiciosTemporales.pdf>
- 8.-<http://www.mintrabajo.gov.co/preguntas-frecuentes/cooperativas-de-trabajo-asociado.html>
- 9.-<http://www.encyclopediainanciera.com/teoriaeconomica/economia-keynesiana.htm>)
- 10.-<http://sihistoria.blogspot.com.co/2013/05/la-crisis-economica-de-los-anos-70.html>
- 11.- María Constanza Lezama, Yoletth Monsalvo Bolivar. Implicaciones Laborales del Outsourcing. Bogotá 2000. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Laboral.
12. - <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009c/599/La%20crisis%20de%20los%20anos%2070.htm>

13.- <http://consejodeestado.gov.co>

14.- <https://corte-suprema-justicia.gov.co>

15.- Organización Internacional de Trabajo.

16.- Miguel Pérez García, Tercerización, Intermediación, Labores misionales permanente y formalización.

17.- http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/17-03-2017_11001032500020160048500.pdf