
Análisis de la constitucionalización de la tercerización laboral en Colombia

Rafael Alfredo Herrera Acosta

Corporación Universitaria Del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Programa de Derecho

Sincelejo

2020

Análisis de la constitucionalización de la tercerización laboral en Colombia

Rafael Alfredo Herrera Acosta

Trabajo de investigación para optar por el título de Abogado

Directora

Mónica Marcela Mendoza Humánez

Magíster en Derecho del Trabajo

Codirector

Joe Caballero Hernández

Magíster en Derecho

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Programa de Derecho

Sincelejo

2020

Nota de Aceptación



Director



Evaluador 1



Evaluador 2

Sincelejo, Sucre, 6 de agosto de 2020

Tabla de Contenido

Resumen.....	6
Abstract.....	7
Introducción.....	8
Planteamiento del Problema.....	10
Justificación.....	12
Objetivos.....	13
Objetivo General.....	13
Objetivos Específicos.....	13
Metodología.....	14
Instrumento de Recolección de Información.....	15
1. Conceptualización de la tercerización laboral en Colombia.....	16
1.1 Concepto.....	16
1.2 Factores que permiten su desarrollo.....	18
1.3 Tercerización laboral en derecho comparado.....	20
1.3.1 Chile.....	20
1.3.2 Argentina.....	21
1.3.3 Perú.....	21
1.4 Decreto 583 de 2016: Lineamientos para la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral.....	23
1.5 Entidades que pueden tercerizar o subcontratar en Colombia.....	25
1.5.1 Contratistas independientes.....	25
1.5.2 Empresas de servicios temporales.....	25
1.5.3 Cooperativas de trabajo asociadas.....	26
1.5.4 Contrato sindical.....	26
2. Ventajas y desventajas de la tercerización laboral.....	28
3. Medios jurídicos que refuerzan la protección constitucional de los trabajadores.....	32
3.1 Jurisprudencia de la las altas cortes colombianas sobre tercerización laboral.....	33

Conclusiones	38
Referencias Bibliográficas	40
Anexos	43

Resumen

Ante las nuevas formas de mercado, la globalización y la flexibilidad laboral surgió la tercerización laboral como una forma de delegar actividades a un tercero para que las realice por su cuenta y riesgo, no obstante, se teme que genere el detrimento de los derechos laborales, aunque en Colombia se ha intentado regular, dando prioridad a los derechos fundamentales y constitucionales de los inmersos en ella surgiendo así la necesidad de analizar la constitucionalización de esta figura, para lo cual se conceptualizó la tercerización laboral en Colombia; se explicaron las ventajas y desventajas de la tercerización laboral para el sector empresarial y la clase trabajadora; y se revisaron los mecanismos que refuerzan la protección constitucional de los trabajadores ante la tercerización laboral, para lo cual se realizaron búsquedas en bases de datos, revisión de revistas y textos, y se organizó la información en fichas de análisis de texto y de jurisprudencia. Finalmente, se concluyó que es muy útil para la productividad y competitividad de las empresas y para generar empleo, pero que se requiere un mayor control, vigilancia e inspección de las empresas que contratan bajo esta modalidad para prevenir transgresiones al derecho laboral; además se encuentra que los trabajadores cuentan con protección por parte de la legislación que ha establecido sanciones de multa de hasta 5 mil salarios mínimos para quienes tercericen de forma ilegal y prevé un régimen de responsabilidad solidaria ante el no pago de salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales.

Palabras clave: Tercerización, intermediación, laboral, constitucionalización, subcontratación.

Abstract

In the face of new market forms, globalization and labor flexibility, labor outsourcing emerged as a way to delegate activities to a third party to carry them out on their own and at their own risk. However, it is feared that it will generate the detriment of labor rights, although in Colombia an attempt has been made to regulate it, giving priority to the fundamental and constitutional rights of those involved, thus giving rise to the need to analyze the constitutionalization of this figure, for which labor outsourcing was conceptualized in Colombia; The advantages and disadvantages of labor outsourcing for the business sector and the working class were explained; and the mechanisms that reinforce the constitutional protection of workers in the face of labor outsourcing were reviewed. To this end, databases were searched, journals and texts were reviewed, and the information was organized in text analysis and jurisprudence sheets. Finally, it was concluded that it is very useful for the productivity and competitiveness of the companies and to generate employment, but that a greater control, surveillance and inspection of the companies that hire under this modality is required to prevent transgressions of the labor law; in addition, it is found that the workers have protection by the legislation that has established sanctions of fine of up to 5 thousand minimum wages for those who outsource illegally and provides for a regime of joint and several liability for non-payment of wages, compensation and social benefits.

Keywords: Outsourcing, labor intermediation, constitutionalization, subcontracting.

Introducción

La economía colombiana se basa en el modelo de libre mercado propio del capitalismo y el cual se erige sobre en ese coordinador de la sociedad que es el mercado, mismo que, a juicio de Charles Lindblom “es un sistema con relación a lo que se agrega o coloca en él”, (Castillo de Galarraga, 2000) en el cual confluyen costos y precios y que implica la exclusión de aquellos que no pueden participar directamente y es allí donde surge un cambio en las funciones del Estado frente a este mercado, lo que se conoce como economía social de mercado, donde el Estado debe trabajar para que sus ciudadanos sean partícipes de los beneficios del desarrollo económico que trae el libre mercado, para lo cual hace una redistribución de los ingresos y crea sistemas de seguridad solidarios. (Castillo de Galarraga, 2000).

En este nuevo contexto de globalización, de aumento de competitividad, de nuevos mercados y avances tecnológicos, el sector empresarial ha debido implementar nuevas formas de productividad para adaptarse a los cambios y mantenerse en el mercado, pero también se ha hecho necesaria cierta flexibilidad en el mercado laboral para adecuarse a las crecientes necesidades de autonomía y flexibilidad de la clase trabajadora, manteniendo la competitividad de la empresa, lo que dio origen a nuevas formas de trabajo como el teletrabajo y la subcontratación; Colombia y su legislación admite estas modalidades de contratación que permiten vincular productivamente a un trabajador a la empresa sin vincularlo jurídicamente a ella. (Ostau de Lafont, 2017).

La tercerización laboral se erige entonces como una figura donde las empresas transfieren a terceros ciertas actividades o servicios para obtener mejores resultados operacionales que los obtenidos si la misma empresa los realizara, sin embargo, se ha señalado por parte de la doctrina que esta figura puede resultar en menoscabo de los derechos de los trabajadores por lo cual el ordenamiento jurídico, y en especial el derecho laboral, han evolucionado para evitar que estas nuevas formas de contratación restrinjan los derechos de los trabajadores como la remuneración justa y los beneficios laborales, es así como fue expedido el Decreto 583 del 2016, adoptado dentro de “la política nacional de trabajo decente, para promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado”, (El Presidente de la República, 2016) el gobierno dispuso ciertas reglas para el cumplimiento pleno

de las normas laborales en los procesos de tercerización laboral, estableciendo una serie de definiciones y especificando los elementos que indican la existencia de la tercerización ilegal para las funciones de inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral que llevan a cabo en Colombia.

Ante el cambio que representa la tercerización laboral en las relaciones de este tipo, surge la necesidad de preservar los derechos de los trabajadores y analizar el estado de constitucionalización de esta figura, es así como se procederá a conceptualizar la tercerización laboral en Colombia; se explicaran las ventajas y desventajas de la tercerización laboral para el sector empresarial y la clase trabajadora; y se revisaran los mecanismos que refuerzan la protección constitucional de los trabajadores ante la tercerización laboral, haciendo uso de las fichas de análisis de texto y de jurisprudencia, la búsqueda en bases de datos y la revisión de material científico para alcanzar dichos objetivos.

Por último, se entiende que la tercerización laboral es una figura que permite a las empresas delegar responsabilidades a un tercero en la producción de bienes o prestación de servicios que no constituyen la actividad principal de la empresa usuaria y que serán desarrollados por la empresa contratada, a su riesgo y costo, a cambio de una remuneración.

Planteamiento del Problema

En Colombia el modelo económico capitalista ha implementado la economía de libre mercado que ha apuntado sus esfuerzos a productividad y competitividad de las empresas tanto del sector público como privado, un rasgo propio del Estado liberal que se implementó hace unas décadas, sin embargo, y la luz del actual estado social de derecho, estos modelos de competitividad y productividad deben implementarse con desarrollo social y orientado por los principios y derechos constitucionales del estado; sin embargo, de larga data se ha presentado que figuras propias de este modelo socioeconómico se encuentran tergiversadas en la práctica y por lo tanto se implementan con menoscabo a los derechos de las personas, ese es el caso de la tercerización laboral que, cuando no se implementa correctamente conlleva el detrimento de los derechos laborales de la clase trabajadora, por lo cual en Colombia se ha intentado regular esta práctica y mantener un control y vigilancia sobre las empresas que la utilizan, dando prioridad a los derechos fundamentales y constitucionales de los inmersos en ella.

Teniendo en cuenta que para el año 2017 Bogotá registraba cerca de la mitad de empresas tercerizadas, un 47 %, mientras Medellín un 31 %, Cali un 8 % y Barranquilla un 6 %, y ante el constante incremento de esta figura como forma de generar empleo y aportar la Producto interno Bruto (PIB), generando 6 billones de pesos anuales, 350 mil puestos de trabajo y aportando 1,2 % para el PIB de la época. (DINERO, 2017) En la actualidad este mercado genera 480 mil empleos y cerca de 9 millones de pesos, lo que representa un 2,8 % del PIB nacional, (El Tiempo, 2020) entonces, se puede vislumbrar los alcances económicos y laborales que tiene la tercerización u “outsourcing” en Colombia, lo que hace imprescindible revisar el nivel de constitucionalización que tiene en el país.

Cabe recordar entonces, que antes de la productividad y la economía están los derechos constitucionales de los trabajadores, por lo cual se debe trabajar por la protección y materialización de los mismos, para ello es imprescindible analizar el estado de constitucionalización de la tercerización laboral en Colombia.

Aunado la anterior, por la forma en que se ha implementado la figura han surgido múltiples críticas desde su creación, las organizaciones sindicales son unas de las que más luchan contra la existencia de la tercerización laboral, utilizando la estabilidad laboral como argumento para oponerse. Frente a esta problemática surge el cuestionamiento sobre ¿cuál es el estado de constitucionalización de la tercerización laboral en Colombia?, para lo cual es necesario analizar las condiciones normativas de este tipo de contratación y verificar su ajuste a la Constitución.

Justificación

Explicar pertinencia y necesidad de la investigación en términos de utilidad y desarrollo para la sociedad en general y la comunidad jurídica en particular.

La presente investigación es de gran relevancia jurídica por cuanto se centra en estudiar una figura de impacto en los derechos de los trabajadores y en la economía de mercado, con el análisis realizado a la tercerización laboral en Colombia se permite tanto a empresarios como a trabajadores comprender la naturaleza de la misma, las modalidades en que puede ser aplicada y la regulación que en el ordenamiento jurídico se le ha dado. Por otro lado, es de gran utilidad para los trabajadores dependientes que desconocen la protección que el derecho colombiano les otorga frente a la tercerización laboral, y al estar en una situación de subordinación e inferioridad ante los empresarios, requiere comprender sus derechos y las formas de protegerlos.

Aunado a lo anterior, esta investigación es un aporte significativo para los conocimientos de la comunidad jurídica y de la sociedad en general, ya que brinda información sobre las generalidades de la tercerización laboral, su regulación y su acoplamiento a los mandatos Constitucionales, así como también explica las desventajas y ventajas de dicha figura. Así mismo, brinda las bases jurídicas para investigaciones más profundas sobre la economía y los derechos inmersos en la tercerización laboral, además puede servir de base para futuros mecanismos o procedimientos que se creen para la protección de los derechos de los trabajadores y como impulso de la competitividad y productividad de las empresas que brindan desarrollo local, regional y nacional.

Finalmente, teniendo en cuenta las estadísticas sobre la tercerización laboral en Colombia, el número de empleos y ganancias que genera, a primera vista se puede decir que es una herramienta útil para el desarrollo económico de las empresas, para incentivar la productividad y competitividad en el mercado y para garantizar el acceso a la formalidad a muchas personas, pero se necesita verificar que se ejerza el control, la vigilancia y la inspección necesaria por parte de las autoridades para que no se incurra en una tercerización ilegal que afecte los derechos laborales de los trabajadores que se vinculan a esta modalidad de contratación.

Objetivos

Objetivo General

Analizar la constitucionalización de la tercerización laboral en Colombia.

Objetivos Específicos

- 1- Conceptualizar la tercerización laboral en Colombia.
- 2- Explicar las ventajas y desventajas de la tercerización laboral para el sector empresarial y la clase trabajadora en Colombia.
- 3- Revisar los medios jurídicos que refuerzan la protección constitucional de los trabajadores en Colombia.

Metodología

Tipo de Investigación: Jurídica, ya que se centra en estudiar la tercerización laboral como figura del ordenamiento jurídico colombiano, este tipo de investigaciones se caracteriza porque “las reglas que rigen las operaciones lógicas e instrumentales destinadas a resolver problemas jurídicos se encuentran dentro de un marco teórico compartido” (Sarlo, 2003).

Por otro lado, es una investigación de carácter descriptivo donde se busca descomponer la figura de la tercerización laboral en tantas partes como sea posible para verificar su estado de constitucionalización, y es una investigación básica, respecto de la cual se ha dicho que “el conocimiento científico que se busca, no solo interactúa con el objeto de estudio, sino que trate de resolver situaciones puntuales de la realidad de ese objeto de estudio”, (Rodríguez, s.f) y como en este caso no solo se busca estudiar la tercerización laboral como objeto, sino que se busca resolver los problemas conceptuales y prácticos que esta figura ha generado en el ámbito empresarial en Colombia, lo que satisface los elementos de la investigación jurídica básica.

Por último, es una investigación que hace uso del método hermenéutico, donde se interpretó el derecho de forma exegética, sistemática y sociológica para descubrir las contradicciones, deficiencias u omisiones entre el decreto regulador de la tercerización laboral en Colombia y el resto del ordenamiento jurídico, lo cual es propio de un análisis en la vía inductiva, donde se parte de lo particular para llegar a lo general.

- Enfoque: Cualitativo, ya que se utilizan las fichas de análisis de texto y análisis de jurisprudencia como elementos para alcanzar los objetivos planteados, además, cabe recordar que en este tipo de enfoque “el procedimiento metodológico que se utilizan son las palabras, los textos y discursos para construir un conocimiento de la realidad social” (Álvarez-Gayou, s.f) lo cual es lo utilizado en este análisis de la tercerización laboral.

Para alcanzar el objetivo de revisar las generalidades de la tercerización laboral en Colombia se realizó una búsqueda en bases de datos, se organizó la información en fichas de análisis de texto y se plasmó bajo diversos tópicos, así mismo, se utilizó la ficha de análisis de texto para las sentencias revisadas en este acápite; para explicar las ventajas y desventajas de la tercerización

laboral para el sector empresarial y la clase trabajadora se interpretó la opinión de varios autores extraída de revistas científicas y otros documentos; por último, para hacer mención de los mecanismos de protección de los derechos de trabajadores que el ordenamiento jurídico colombiano prevé ante la tercerización laboral se buscó en las normas colombianas e interpretó su contenido para desarrollar el objetivo.

- Fuentes: Como fuentes primarias se encuentran las fichas creadas para la recolección de la información y los documentos que contienen información primaria y original sobre la temática de la tercerización laboral, mientras que son fuentes secundarias las leyes, sentencias y textos doctrinales interpretativos de la figura; entre estas encontramos los artículos periodísticos y de revistas que contienen interpretaciones y análisis de la temática.

Instrumento de Recolección de Información

Para el presente estudio se utilizó como instrumento de recolección de información la ficha de análisis de texto y la ficha de análisis jurisprudencial.

1. Conceptualización de la tercerización laboral en Colombia

La tercerización laboral también es conocida como outsourcing, externalización, subcontratación o exteriorización, y supone una nueva forma de organización de la producción y del empleo, que se ha visto desarrollada con el paso del tiempo, y si bien es considerada una figura contemporánea, su esencia se puede encontrar en otras figuras antes existentes, como los contratos de agencia y concesión donde un tercero es quien desarrolla las actividades. (Ermida & Colotuzzo, 2009) Ahora bien, son varias las generalidades que componen como tal la figura de la tercerización, entre estas se encuentran:

1.1 Concepto

El Decreto 583 de 2016 establece el concepto de tercerización laboral relacionándolo con aquellos “procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes”; (El Presidente de la República, 2016) no obstante, el Consejo de Estado se ha pronunciado respecto a esta definición especificando que la encuentra desbordada por cuando da lugar a que cualquier empresa pública o privada realice contratos de tercerización, lo cual considera contraría a la prohibición de contratar personal por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado contenida en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010; además, señala esta Corporación que al regular la tercerización laboral en el decreto, el ejecutivo erró al asimilar la tercerización laboral con el concepto de intermediación laboral, lo que causa una confusión jurídica con ambas categorías. Por lo anterior, el Consejo de Estado hizo una precisión sobre lo que debe entenderse por tercerización laboral en Colombia, lo cual considera es una subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios y se respalda en la doctrina para reconocer que este modelo de producción de bienes y prestación de servicios debe realizarse bajo la dirección y control del contratista, quien debe ejecutarla a favor del contratante utilizando sus propios medios, personal y patrimonio; es así como el Consejo anuló la definición contenida en el decreto. (Sentencia de Nulidad, 2017)

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo también se ha pronunciado respecto a la tercerización laboral, si bien no ha dado un concepto explícito sobre la misma, si ha hecho

referencia a esta bajo el término de subcontratación, es así como en la 85° Conferencia Internacional del trabajo expresó que en esta modalidad de trabajo una empresa confiere a otra el suministro de bienes o servicios, donde la empresa contratada (subcontratista) realiza el suministro por su cuenta y bajo sus riesgos, estando a cargo del control y supervisión del trabajo, del pago de los salarios a los trabajadores y de todas las obligaciones propias del empleador, mientras que la empresa contratante (usuaria) se encarga de pagar al subcontratista por los servicios o trabajos realizados, sin distinción del tiempo o capital humano empleado en la producción, pues no se relacionan laboralmente la empresa usuaria y el trabajador. (Consejo de Administración, 1997)

Miguel Pérez García, por su parte define la tercerización laboral como

La acción de acudir a una agencia exterior para ordenar una función que anteriormente se realizaba dentro de una compañía, la cual en definitiva contrata un servicio o producto final sin que tenga responsabilidad alguna en la administración o manejo de la prestación del servicio, la cual actúa con plena autonomía e independencia para atender diversos usuarios. (Pérez, 1999)

Con base en los conceptos anteriores, se debe precisar que la tercerización laboral es una figura que permite a las empresas delegar responsabilidades a un tercero en la producción de bienes o prestación de servicios que no constituyen la actividad principal de la empresa usuaria y que serán desarrollados por la empresa contratada, a su riesgo y costo, a cambio de una remuneración, pero, en Colombia la tercerización solo puede ser realizada, de acuerdo con el Decreto Reglamentario 583 de 2016, los contratistas independientes, las empresas de servicios temporales, las cooperativas de trabajo asociado y el contrato sindica. (El Presidente de la República, 2016)

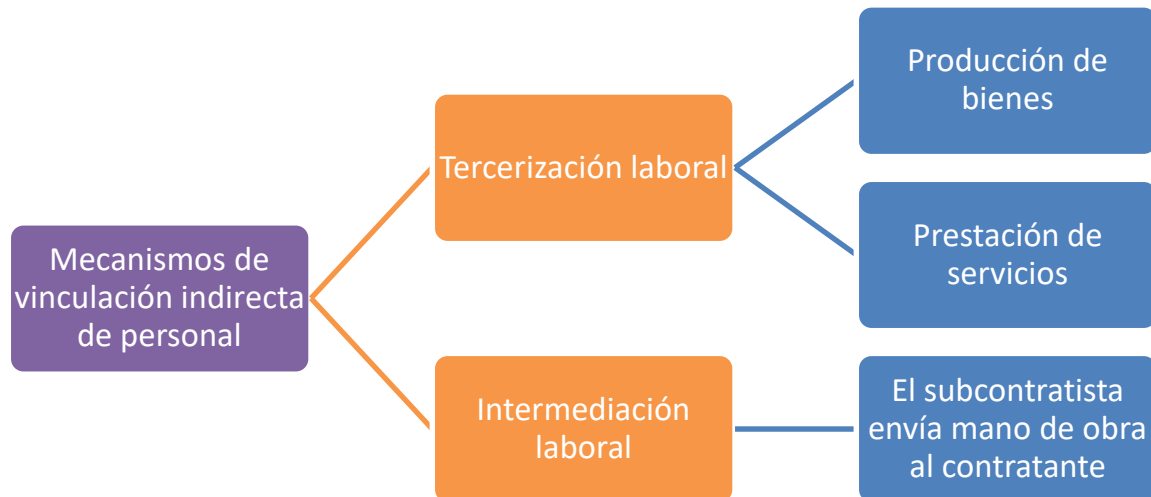


Ilustración 1. Diferencia entre tercerización e intermediación laboral. Elaboración propia.

Anexo A. Ilustración 1. Diferencia entre tercerización e intermediación laboral.

1.2 Factores que permiten su desarrollo

Es indiscutible que tuvieron que converger varios factores para que la tercerización laboral como nuevo modelo de contratación fuera aplicado en el mercado actual, como lo son la crisis que enfrenta el modelo tradicional de empresa, el cual ante las nuevas dinámicas de la globalización y el capitalismo se encuentra debilitado y sin herramientas suficientes para mantenerse en el mercado conservando la productividad y competitividad que requiere el libre mercado, por lo cual para adaptarse a este nuevo mercado mundializado se hizo necesaria una innovación en la producción y los servicios; por otra parte, la competitividad que resulta de la tercerización es mayor, ya que existe una desconcentración de las actividades y se aumenta el rendimiento de la actividad principal de la empresa, lo que se traduce a una mayor rentabilidad; aunado a lo anterior, la problemática del crecimiento de la economía informal permite al sector empresarial beneficiarse de esta al contratar por tercerización a este sector, lo cual no es lo recomendable ya que genera precarización del trabajo e inseguridad en el mismo, es por esto que los ordenamientos deben

regular la tercerización para evitar esta afectación a los derechos de los trabajadores. De igual manera, se encuentra que existe un ambiente ideológico jurídico adecuado para el desarrollo de esta figura, dado que la nueva flexibilidad laboral ha permitido que las empresas contraten bajo la órbita del derecho civil o comercial la prestación de ciertos servicios sin tener que recurrir al contrato de trabajo y la relación laboral regida por el derecho laboral; por último, el debilitamiento que ha experimentado el sector trabajador ha servido como un factor de desarrollo para la tercerización laboral, ya que se ha podido sacar a los trabajadores del ámbito laboral para la satisfacción de necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo. (Ermida & Colotuzzo, 2009)

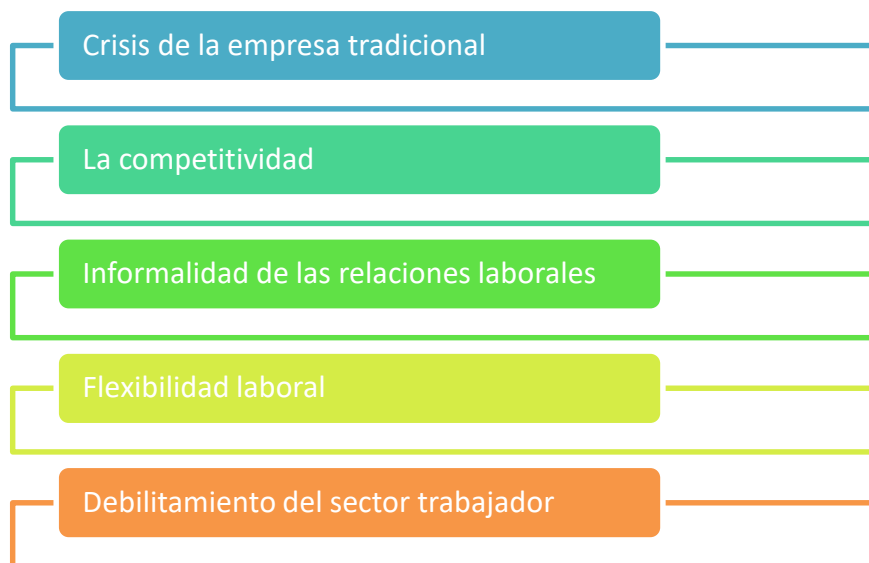


Ilustración 2. Factores que propiciaron la tercerización laboral. Elaboración propia.

Anexo B. Ilustración 2. Factores que propiciaron la tercerización laboral.

1.3 Tercerización laboral en derecho comparado

Esta figura no ha sido exclusiva del ordenamiento jurídico colombiano, al contrario, han sido varios los países latinoamericanos y de otros hemisferios que han abierto un espacio para esta a fin de ajustarse a los cambios socioeconómicos de la actualidad, entre estos países se encuentra:

1.3.1 Chile.

En 2007 la Ley 20.123 reguló el régimen de subcontratación en este país, definiéndolo en los siguientes términos:

Aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. (Poder Legislativo, 2007)

Esta importante regulación confirió a la Dirección del Trabajo de este Estado la función de intervenir absoluta y permanentemente en el régimen de subcontratación para proteger los derechos laborales de los contratistas y subcontratistas. Además, en concordancia con otras normas del ordenamiento jurídico, en Chile se prohíbe utilizar la figura de la tercerización para afectar los derechos colectivos de los trabajadores, por lo que, al igual que en Colombia, las Empresas de Servicios Transitorios solo pueden proveer trabajadores a las empresas cuando:

- A. Se reemplace temporalmente a un trabajador que se encuentra bajo licencia o permiso.
- B. Cuando se requiere el trabajador extra por un incremento ocasional de las actividades de la empresa, por ejemplo, un congreso.
- C. En casos de trabajos urgentes o como forma de prevenir accidentes de trabajo. (Herrera & Camacho, 2019)

Es así como se encuentra que en Chile existe subcontratación laboral, regulada por las leyes nacionales y bajo la premisa de protección de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, por lo cual la responsabilidad es solidaria en los casos de tercerización.

1.3.2 Argentina.

En este país la subcontratación es de los modelos más demandados en la prestación de servicios temporales, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo regula la subcontratación y la responsabilidad solidaria del contratista y el subcontratistas en estos casos, y especifica que la subcontratación versará sobre “trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito.” (Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1976)

No obstante, hay quienes consideran que este artículo se encuentra desactualizado, que no brinda a los trabajadores una debida protección a sus derechos y que no va acorde con el actual modelo económico argentino, por lo cual consideran indispensable una modificación que regule de forma eficaz los deberes de quienes contratan y subcontratan para garantizar el respeto de los derechos laborales y la seguridad social de quienes trabajan bajo el modelo de tercerización laboral. (Ponce, 2013)

La principal coyuntura que se presenta en los casos de tercerización es la desigualdad entre los empleados contratados bajo una relación laboral y los subcontratados, ya que el empleador conserva el poder sobre la producción pero se ahorra la configuración del vínculo laboral y las obligaciones que ello conlleva. Es ante este panorama de posibles irregularidades, inseguridad e inestabilidad que el modelo argentino requiere una regulación legal más detallada de la figura de la tercerización, que no afecte la productividad pero que proteja a los trabajadores frente al poder de los empresarios.

1.3.3 Perú.

Este estado cuenta con la Ley 27626 de 2001 que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, para la prestación exclusiva de servicios de intermediación laboral y solo bajo los supuestos de temporalidad, complementariedad

o especialización. Esta ley prohíbe a las empresas usuarias contratar con estas empresas intermediación laboral en los casos de huelga y para cubrir personal en este tipo de empresas de servicio o cooperativas. (Congreso de la República, 2001)

Como todo modelo de subcontratación, en este país solo es permitida siempre que la empresa subcontratista asuma las tareas por su cuenta y riesgo; cuenten con recursos financieros y técnicos propios y los trabajadores estén bajo su subordinación exclusiva. Es así como se puede observar que existe en Perú una diferencia entre tercerización e intermediación laboral, dándose una regulación detallada de la segunda y con protección a los derechos de los trabajadores.

En fin, las relaciones que se dan en la subcontratación en todos los países antes mencionados son:

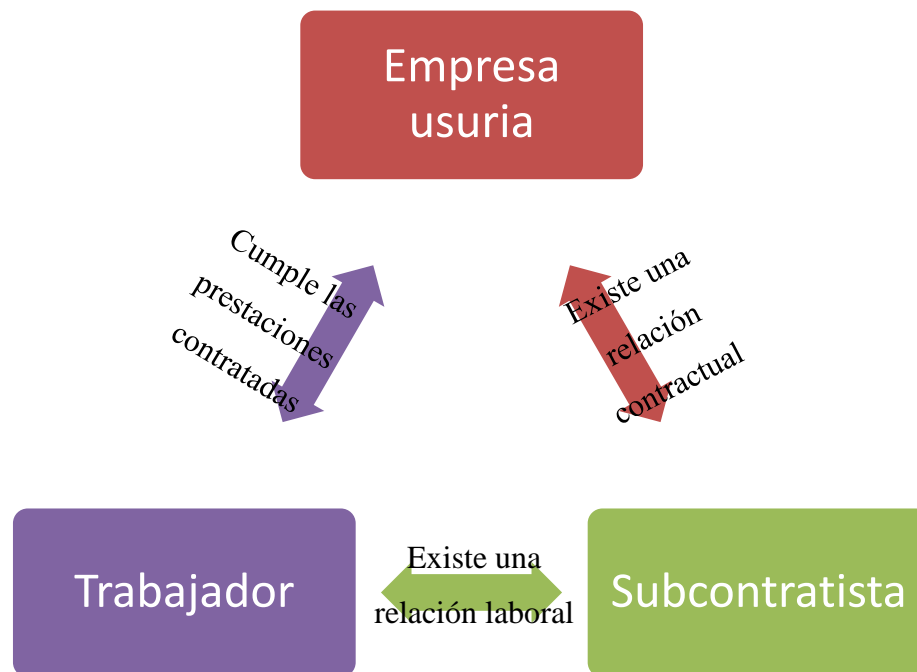


Ilustración 3. Relaciones en la tercerización laboral. Elaboración propia.

Anexo C. Ilustración 3. Relaciones en la tercerización laboral.

1.4 Decreto 583 de 2016: Lineamientos para la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral

Con la expedición de este decreto se establecieron otros conceptos aparte del de tercerización laboral, que fue anulado por el Consejo de Estado, y que se encuentran relacionados con esta figura, estos conceptos son:

I. Contratista independiente: Es entendida como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una obra o la prestación de un servicio asumiendo todos los riesgos, actuando con autonomía y a favor de un tercero que paga una remuneración por dicha prestación. Se aplicará la responsabilidad solidaria en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

II. Simple intermediario: También hace referencia a una persona natural o jurídica, pero que en este caso es quien contrata los servicios de otros o coordina a varios trabajadores para ejecutar trabajos para un determinado empleador, y solo responderá solidariamente cuando no exprese su calidad de simple intermediario y el nombre del empleador a los trabajadores.

III. Trabajos en misión: Estos se desarrollan en el seno de una empresa de servicios temporales que suministra trabajadores a una empresa para el cumplimiento de una tarea o prestación de un servicio.

Una vez aclarado estos conceptos, cabe recordar que este mismo cuerpo normativo ha servido para precisar los elementos que indican una tercerización laboral ilegal, lo que facilita la vigilancia y el control de las empresas que contratan bajo esta figura, y la imposición de posibles sanciones, y estas circunstancias son:

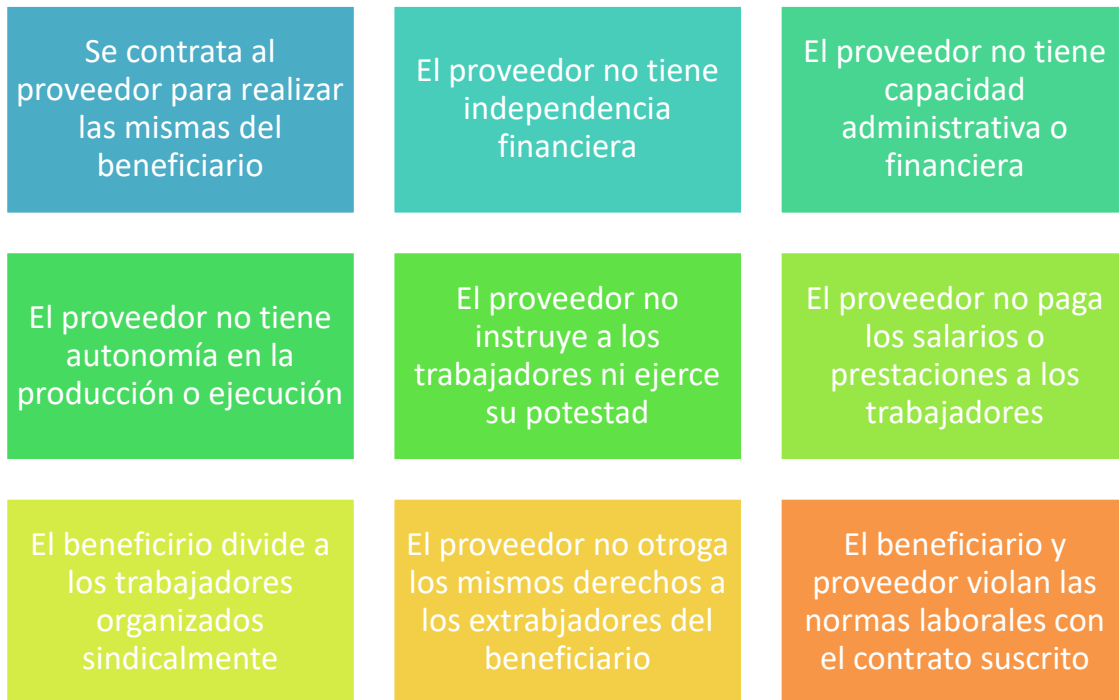


Ilustración 4. Elementos indicativos de la tercerización ilegal. Elaboración propia.

Anexo D. Ilustración 4. Elementos indicativos de la tercerización ilegal.

(El Presidente de la República, 2016)

Este decreto incurrió en algunas fallas conceptuales a consideración propia, inicialmente al conceptualizar la tercerización, y que dio parámetros tan amplios que desbordaban la entidades que están autorizadas para celebrar este tipo de contrato, además, no distinguió entre la tercerización y la intermediación laboral, errores que hacen más difícil la puesta en práctica de esta figura y entorpece la protección de los derechos laborales de los trabajadores en Colombia, sin embargo, aún es posible dar claridad sobre el tema y para ello sería el Congreso el más apto para regular la materia y desarrollar esta nueva forma de contratación con apego a las normas laborales existentes y a los mandatos constitucionales sobre los derechos de esta población.

1.5 Entidades que pueden tercerizar o subcontratar en Colombia

Actualmente se encuentran capacitadas para celebrar contratos de tercerización y subcontratación los contratistas independientes, las empresas de servicios temporales, las cooperativas de trabajo asociado y el contrato sindical bajo las siguientes reglas:

1.5.1 Contratistas independientes.

Si bien los contratistas independientes no fueron previstos como una forma de intermediación laboral, en la actualidad se desarrolla como una forma de tercerización basada en la especialización del contratista, pero es este quien funge como un verdadero empleador de los trabajadores, ejerce la subordinación sobre estos, está a cargo de los salarios y prestaciones y tiene total autonomía e independencia frente al beneficiario que contrata sus servicios.

Por otro lado, este tipo de contratación no puede menoscabar constitucionales, legales o prestacionales que las normas laborales reconozcan a los trabajadores, por lo cual hay una responsabilidad solidaria entre el beneficiario y el contratista frente a los salarios, indemnizaciones y prestaciones a las que tenga derecho el trabajador; así mismo, en casos de intermediación ilegal se enfrentan a una sanción de multa de hasta 5 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Herrera & Camacho, 2019)

1.5.2 Empresas de servicios temporales.

Estas empresas fueron creadas en 1990 y son las capacitadas para contratar intermediación laboral de forma legal, es decir, son las entidades que pueden suministrar personal y mano de obra a las empresas que quieran contratar por medio de la tercerización laboral y de forma temporal. Sin embargo, por las características propias de este tipo de empresas la vigilancia que hay sobre ellas es más estricta para evitar el desconocimiento de los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, por lo tanto es la empresa de servicios temporales la única empleadora de los trabajadores, por lo cual es la obligada a cumplir las obligaciones propias del patrono en la relación laboral.

Por lo anterior, este tipo de empresas se encuentran plenamente reguladas en la Ley 50 de 1990, misma que establece las circunstancias en que se puede suministrar personal a una empresa bajo una misión, las cuales son: para actividades ocasionales, accidentales o transitorias; para reemplazar personal incapacitado, en licencia o de vacaciones; y, en los casos de incremento de actividades en la empresa usuaria. De allí se puede sustraer que la característica principal de este tipo de empresas y de los contratos de intermediación que suscriben es la temporalidad, es decir, que se encuentra restringido en el tiempo como un apoyo o colaboración que es remunerado por la empresa usuaria.

1.5.3 Cooperativas de trabajo asociadas.

Primeramente, hay que precisar que para estas se encuentra prohibida la intermediación laboral por mandato del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, por lo cual la tercerización laboral solo se puede contratar para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios.

Cabe recordar que este tipo de cooperativas está compuesta por socios trabajadores, por lo tanto no están sujetos a la legislación laboral, ya que sus regímenes de compensación, seguridad social y de trabajo se encuentran establecidos en los estatutos de la cooperativa, de las que son gestores y trabajadores.

1.5.4 Contrato sindical.

Este se encuentra previsto en el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, conceptualizado como aquel “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.” (Presidente de Colombia, 1950) La finalidad de este tipo de contratos es la tercerización laboral de procesos o servicios

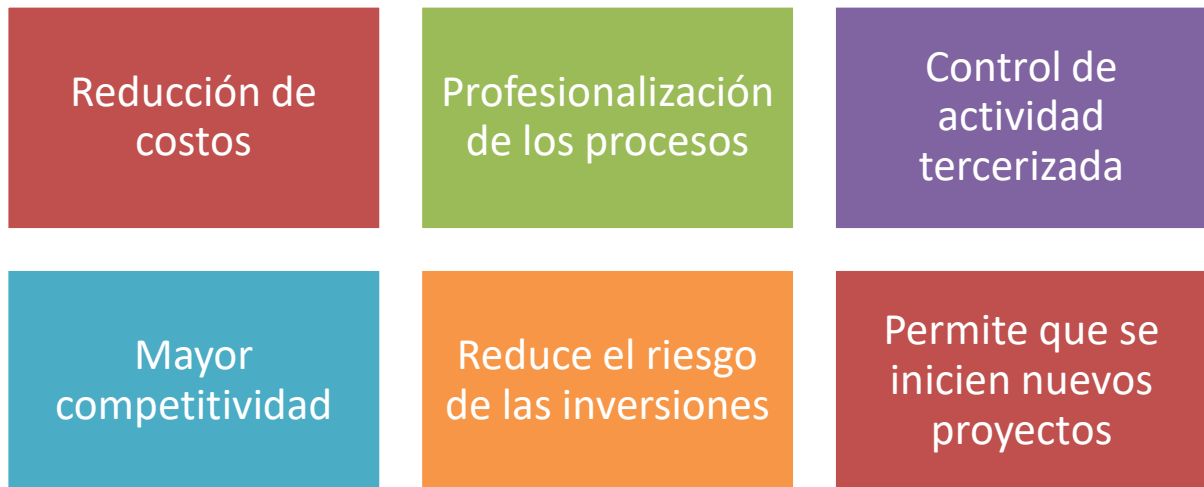
Como se pudo observar, respecto a la intermediación laboral, solo las empresas de servicios temporales están facultadas para ejercer este tipo de contratación y bajo las reglas que la ley ha establecido para ello, mientras tanto, las demás entidades solo pueden tercerizar en la producción de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios; así se encuentra que prestan servicios de intermediación laboral entidades como el SENA (Servicio Nacional de Aprendizaje), las Cajas de

Compensación Familiar y la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo, ya que estas en desarrollo de los mecanismos de protección al cesante realizan labores de intermediación laboral de forma gratuita con diferentes empresas y personas del sector, público, privado y mixto para la colocación de personal en estas; otro de las personas jurídicas que realizan este tipo de intermediación laboral, eso sí, sin que exista una relación laboral entre la empresa y los trabajadores, son las agencias de empleos, ya que estas funcionan como intermediarias entre las empresas que requieran personal y las personas que demandan empleo y se encuentran en su base de datos; pero a diferencia de las entidad de protección al cesante, estas sí se lucran con la colocación de personal, ya que pueden cobrar por una única vez a los contratantes hasta un 20% del salario que devengaría el trabajador, quedando el empleado exento de cancelarle a la agencia cualquier suma antes o después de realizada la contratación. .

2. Ventajas y desventajas de la tercerización laboral

Al ser un modelo de flexibilidad laboral, la tercerización reviste una serie de ventajas y desventajas tanto para el sector empresarial como para los trabajadores que la desarrollan; entre las ventajas de encuentran:

1. Provoca un aumento de la competitividad y la eficiencia de las empresas, ya que reduce los costos de la producción y estas actividades son realizadas por empresas expertas en el área.
2. Los intermediarios o contratistas se benefician económicamente de la diferencia entre los salarios que pagan a los trabajadores y la remuneración que reciben de la empresa usuaria.
3. Reduce el ciclo de producción, ya que se confiere su desarrollo a un tercero que se encarga exclusivamente de esto.
4. La tercerización facilita la innovación en los procesos de producción de bienes o prestación de servicios a través de la aplicación de tecnologías de vanguardia y aplicación de conocimientos especializados por parte de los terceros a los que se les encomiendan estas tareas. (Ermira & Orsatti, 2010)
5. Facilita la gestión empresarial, en el entendido que la empresa usuaria se ocupará de su actividad principal, delegando ciertas actividades secundarias a los subcontratistas.
6. Genera empleo y atenúa el desempleo al dar oportunidad a terceros de realizar la producción de bienes o la prestación de servicios.
7. Aumenta la rentabilidad de la empresa al producir bienes o servicios en un menor tiempo y de una mejor calidad por la experticia del tercero.



(Martín, 2016)

Ilustración 5. Ventajas de la tercerización laboral. Elaboración propia.

Anexo E. Ilustración 5. Ventajas de la tercerización laboral.

En contraposición a estas ventajas se erigen como desventajas las siguientes:

1- La empresa usuaria pierde cierto control sobre la actividad delegada, por lo cual debe mantener una vigilancia constante del subcontratista, lo que podría aumentar los costos.

2- El aumento de costos que puede generar el contratar a un tercero especializado en cierta actividad o que cuenta con tecnología avanzada para la producción.

3- Se presentan unos costos de transacción en el proceso de selección del subcontratista, ya que es un trabajo que debe realizarse con cuidado, especialmente frente a la responsabilidad solidaria que se pueda presentar. (Calle & Vieco, 2017)

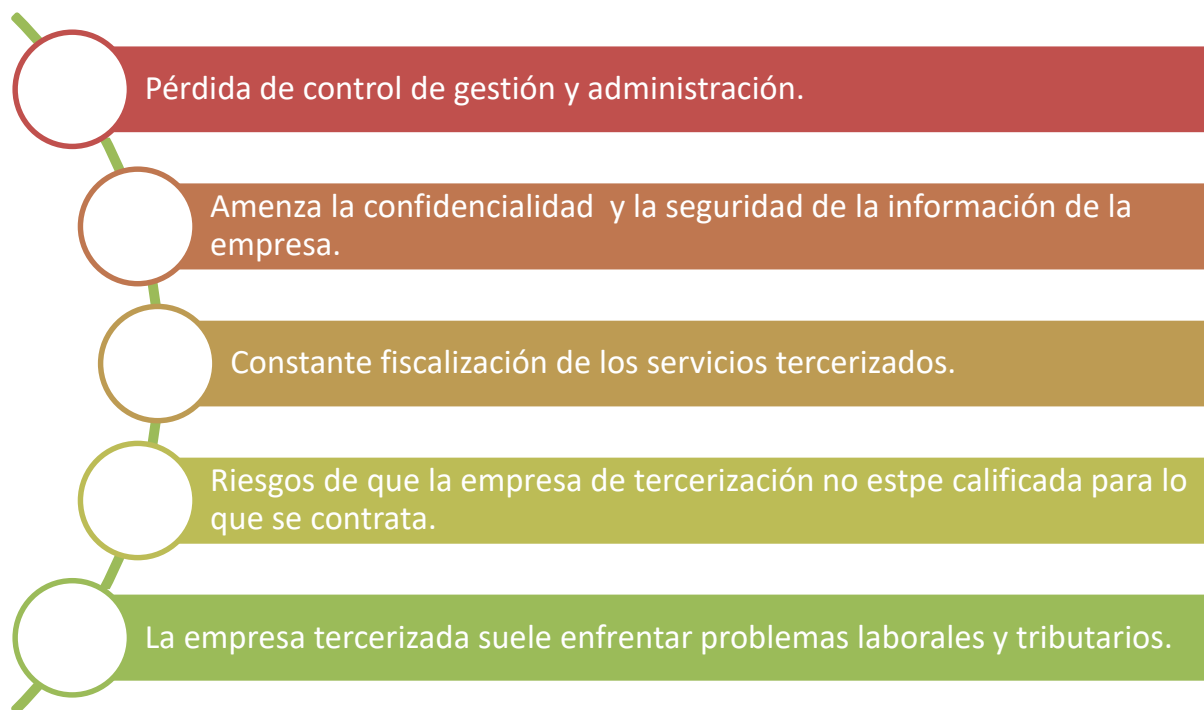
4- Se pueden presentar problemas de confidencialidad ya que la tercerización requiere el paso de información de la empresa beneficiaria a la subcontratista.

5- El subcontratista puede adquirir experiencia bajo la tercerización y posteriormente constituirse como una competencia para la empresa usuaria.

6- Los trabajadores pueden perder derechos laborales, lo que contraría las normas laborales y puede ocasionar multas para las empresas.

7- Se pueden constituir empresas falsas que ofrecen esta modalidad de contratación y al final no pagan los salarios y prestaciones a los trabajadores. (Finanzas Personales, 2012)

Entonces, se reconocen como principales desventajas de esta figura las siguientes:



(Martín, 2016)

Ilustración 6. Desventajas de la tercerización. Elaboración propia.

Anexo F. Ilustración 6. Desventajas de la tercerización.

Como se puede observar son varias las ventajas y desventajas que la tercerización laboral representa tanto para las empresas como para los trabajadores, pero lo que es cierto es que esta modalidad de contratación puede ser muy útil para ambos si se desarrolla de forma adecuada,

respetando los derechos laborales de los trabajadores y no afectando la productividad y competitividad de la empresa, por lo cual se vuelve a insistir en la necesidad de aumentar la vigilancia y control sobre las empresas que aplican la tercerización laboral y brindar conceptos claros y específicos que permitan a los empresarios recurrir a la figura sin exponerse a multas por errores interpretativos.

3. Medios jurídicos que refuerzan la protección constitucional de los trabajadores

Para que la tercerización laboral se constitucionalice como tal se debe trabajar por el respeto de los derechos y garantías laborales de los trabajadores para evitar la deslaborización o desprotección de esta población, es por ello por lo que el Decreto 583 de 2018 estableció unos medios que permiten luchar contra la tercerización ilegal que es lo que principalmente afecta los derechos de los trabajadores.

Por un lado, cabe reconocer que los esfuerzos por lograr una formalización del empleo constituyen uno de los métodos utilizados por el gobierno para proteger a los trabajadores, los verdaderos mecanismos que como tal protegen los derechos laborales de los trabajadores frente a la tercerización laboral son:

A. Responsabilidad solidaria: Se presenta entre el subcontratista y la empresa usuaria, o entre el intermediario cuando no aclara su posición, por lo cual dota al trabajador de la capacidad de demandar tanto al contratista como a la empresa beneficiaria para el pago de sus salarios o prestaciones que le adeuden, lo cual es la mejor forma de satisfacer sus pretensiones.

B. La prohibición de contratar intermediación laboral por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado, lo que reduce la mala práctica que se presentaba en estas organizaciones, que si bien se constituyen legalmente, se utilizaban para suministrar trabajadores a las empresas desconociendo los derechos laborales que le correspondían por la relación laboral que en realidad existía.

C. Respecto a las Empresas de Servicios Temporales se ejerce una inspección, vigilancia y control minucioso para verificar que la intermediación laboral se haga de forma legal y sin afectación de los derechos de los trabajadores, esfuerzos que se ven reflejados en la creación de una Guía Práctica para inspectores de trabajo por parte de la Organización Internacional del Trabajo y las autoridades nacionales.

D. La expedición del Decreto 36 de 2016 brinda una mejor regulación del contrato sindical para evitar que esta figura sea utilizada indebidamente en la intermediación laboral, lo cual es una protección a los derechos de los trabajadores.

E. Las sanciones establecidas en el Decreto 583 de 2016 que son por excelencia el mecanismo para luchar contra la tercerización ilegal y el menoscabo a los derechos de los trabajadores, este cuerpo normativo establece que para los beneficiarios y proveedores que incurran en las prohibiciones señaladas por el mismo decreto, la imposición de multas de hasta 5 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Es tal la seriedad de esta disposición que en el año 2017 se sancionó “por \$1.562 millones a Serdan y Grupo Radial latinoamericano por suministrar personal de manera ilegal a Caracol Radio”, mientras Metro de Medellín y Emtelco se hicieron deudores de una multa de “\$1.171 millones por tercerización ilegal de conductores y transportadores” e Indupalma en 2016 fue sancionada con multa de “\$2.757 millones, ya que esta empresa tenía vinculadas ilegalmente a más de 1.200 personas utilizando cooperativas de trabajo asociado como herramienta de tercerización laboral.” (Dinero, 2018)

Por otro lado, los trabajadores cuentan con las acciones judiciales tradicionales para recurrir a los jueces laborales para el pago de sus salarios, indemnizaciones o prestaciones sociales que se le adeuden, incluso, y como ha reconocido la Corte Constitucional, puede recurrir a la jurisdicción para que se declare la existencia del contrato realidad oculto en la tercerización laboral y con ello se haga acreedor de todos los beneficios que la verdadera relación laboral le confiere.

3.1 Jurisprudencia de la las altas cortes colombianas sobre tercerización laboral

Desde el inicio de la flexibilidad laboral las altas cortes de Colombia han venido analizando la figura de la tercerización como uno de estos modelos, encontrándose entre sus pronunciamientos los siguientes:

A. Sentencia C-211 de 2000: En esta oportunidad la Corte se encargó de reiterar la obligación del Estado de vigilar los mecanismos de tercerización para evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores, en esta providencia se hace alusión a las Cooperativas de trabajo asociado y advierte que estas solo de forma ocasional y transitoria puede contratar trabajadores

que no se encuentren asociados a ella y que estos se encontrarán amparados por las leyes laborales y no por los estatutos de la cooperativa. (Sentencia de Constitucionalidad, 2000) Es así como la Corte estableció que la libertad de regulación que poseen estas organizaciones debe supeditarse a los principios y valores constitucionales, por lo cual deben respetar los derechos fundamentales de los trabajadores.

Ante las irregularidades que las cooperativas y pre-cooperativas iban cometiendo en el ámbito de intermediación laboral, la Corte en 2009 emitió una nueva opinión.

B. Sentencia C-614 de 2009: Hizo aplicación la Corte del principio de la realidad sobre las formas para señalar que de probarse la concurrencia de los elementos de un verdadero contrato de trabajo a la persona se le deberán reconocer y pagar los salarios y prestaciones que su condición como trabajador dependiente exigen. (Sentencia de Constitucionalidad, 2009)

Esta decisión reitera la amplia gama de protección constitucional que posee el derecho al trabajo, por lo cual es necesario que la Corte verifique que no se utilizan figuras como las cooperativas de trabajo asociado o la tercerización laboral para encubrir verdaderos contratos de trabajo.

C. Sentencia: En lo concerniente a la contratación con el Estado ha sido categórica la Corte al rechazar todas las formas donde el contrato de prestación de servicio sea utilizado como una forma de intermediación laboral, tercerización o deslaborización que afecte los derechos laborales de los trabajadores que sirven a las entidades públicas, siendo taxativa al expresar que

Corresponde tanto a los jueces, pero también a los empleadores, como a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, velar por la efectividad de las normas que protegen los derechos laborales de los trabajadores, de manera que se garantice la protección de la relación laboral y se evite la burla de los derechos derivados de la misma. (Sentencia de Constitucionalidad, 2012)

D. En 2014 la Corte Constitucional resaltó la importancia de que la tercerización no fuera utilizada como una forma de encubrimiento de una verdadera relación laboral, ya que de ser así no

se ajustaría a la Constitución y para lo cual considera que el Código Sustantivo de Trabajo contiene una garantía de protección al trabajador, al establecer que quien subcontrate para una obra una función de su propio objeto, se hará responsable solidariamente del pago de los salarios y prestaciones, medida que consideró que frente a estos abusos “es efectivamente conducente para promover estos objetivos y es idónea para alcanzar el fin propuesto por la norma con un importante grado de probabilidad.” (Sentencia de Constitucionalidad, 2014)

E. Por su parte, el Consejo de Estado declaró nulos en el 2017 de los numerales 4° y 6° del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo (DUR. 1072/15) por extender la intermediación laboral a otras formas de contratación, cabe recordar que el suministro de personal solo lo pueden hacer las empresas de servicios temporales, pero esta norma extendía esta facultad a los sindicatos, las agencias públicas y privadas de empleos y las bolsas de empleo, lo cual era un desbordamiento de las funciones del Gobierno y excediendo los límites materiales de la ley de formalización y generación de empleo, Ley 1429 del 2010, de la cual este decreto desarrollaba su artículo 63; así las cosas, no puede una norma de menor jerarquía modificar la prohibición de tercerizar la mano de obra por otras modalidades de contrato que no sean por las empresas de servicios temporales. (Sentencia de nulidad, 2017)

F. Sobre la tercerización laboral ilegal, la Corte Suprema de Justicia en el año 2019 estableció que esta modalidad de contratación que permite a las empresas adaptarse a los nuevos mercados, se realiza para encubrir el verdadero contrato laboral, con ayuda de aparentes contratistas que en realidad no cuentan con estructura empresarial propia y suficiente, y que únicamente suministra personal a una empresa, se está frente a la tercerización ilegal, así las cosas, para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la tercerización es un instrumento jurídico en el ordenamiento jurídico, el suministro de mano de obra solo pueden realizarlo las empresas de servicios temporales que estén autorizadas por el Ministerio de Trabajo, por lo tanto, toda empresa que acuda a la contratación irregular de servicios temporales para suplir necesidades permanente, se hará acreedora de una sanción moratoria y será responsable por el reconocimiento de las prestaciones y derechos del trabajador. (Sentencia de Casación, 2019)

G. En lo que respecta a la protección del trabajo ante la tercerización laboral, la Corte Constitucional ha mencionado que desde el Preámbulo mismo de la Constitución se ha asegurado el trabajo a las personas, lo que lo convierte en un principio fundante del Estado Social de Derecho, por lo tanto, en toda relación laboral debe estar presente el derecho constitucional, así las estipulaciones del derecho al trabajo en el artículo 25 Superior, de la libertad de profesión u oficio del artículo 26, el derecho sindical del artículo 39, los principios mínimos fundamentales de la relación laboral en el artículo 53, entre otros, ofrecen un refuerzo constitucional a este principio axiológico. (Sentencia de Constitucionalidad, 2014)

H. Como un límite a la tercerización laboral y su utilización como herramienta para encubrir relaciones laborales y sustraer así la obligación de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones, la Corte Constitucional reconoció la aplicación del principio de realidad sobre las formas para que “en caso de demostrarse que existía una verdadera relación laboral, el beneficiario del trabajo debía responder por todos los salarios y prestaciones sociales.” (Sentencia de Constitucionalidad, 2019)

Aunado a lo anterior, La Corte Suprema de Justicia se ha referido a la tercerización e intermediación laboral como mecanismos de vinculación indirecta de personal bajo la siguiente distinción:

1. La intermediación laboral se da cuando el único objetivo de la relación contractual es el suministro de mano de obra, siendo la empresa usuaria la beneficiaria y la subcontratista quien realiza el suministro; este personal que fue contratado para brindar la mano de obra puede realizar esta función junto a los trabajadores asalariados de la empresa usuaria o hacerlo en otra parte; pero nunca habrá una relación laboral entre la empresa usuaria y quienes brindan la mano de obra, así las cosas, no pueden existir las características de la relación laboral entre estos, como la subordinación. Esta forma de vinculación de personal solo puede ser brindada por empresas temporales, por lo que son estas que pueden hacer los envíos de personal en misiones para prestar servicios a empresas o instituciones. (Sentencia de Única Instancia, 2017)

2. Por el contrario, la tercerización laboral es la subcontratación que contratante hace al contratista para la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, que el único fin de la relación contractual no es el suministro de la mano de obra, sino la elaboración de esos bienes o prestación de esos servicios que requiere el contratante; es por ello por lo que el contratista debe por su cuenta, riesgo, recursos económicos, recursos materiales y personal desarrollar el objeto del contrato de tercerización para suministrárselos a el contratante, es decir, que es este subcontratista el que tiene la relación laboral con los trabajadores que realizan estas actividades. (Sentencia de Única Instancia, 2017)

Por otro lado es basta la jurisprudencia de estas corporaciones que hacen referencia a la protección constitucional y legal del derecho al trabajo, por lo cual cualquier forma de flexibilidad laboral, como la tercerización, no debe desconocer las prerrogativas que la Constitución y las leyes han establecidos como protección a los trabajadores, para eso es necesario que las autoridades públicas ejerzan un control, inspección y vigilancia más minucioso sobre las entidades que utilizan esta forma de contratación, para así mejorar su aplicabilidad y garantizar que se realice con apego a los principios y derechos constitucionales que protegen al trabajador, es decir, la tercerización laboral no es una figura que se deba satanizar, pero sí debe mejorar su aplicación para evitar afectar a los trabajadores y sus derechos, ya que no se puede concebir desarrollo económico, competitividad y productividad a costa de los derechos laborales de este grupo.

Conclusiones

La tercerización laboral conceptualizada por el Decreto 583 de 2016 como un proceso en el cual el beneficiario obtiene bienes o servicios de un proveedor, siempre que se cumplan con las normas laborales vigentes, es una definición que deja más preguntas que respuestas y que a quien no conoce dichas normas laborales vigentes le dificultará el entendimiento, aplicación o solicitud de protección frente a esta figura, de allí que fuera anulada por el Consejo de Estado y en su lugar se deba entender como un modelo de producción de bienes y prestación de servicios debe realizarse bajo la dirección y control del contratista, quien debe ejecutarla a favor del contratante utilizando sus propios medios, personal y patrimonio; concepto este que se ajusta más a la realidad, por cuando establece que es el contratista quien con independencia debe crear los bienes y servicios que posteriormente le suministrará al contratante, ya que de no haber una verdadera estructura empresarial del contratista, sino un encubrimiento de la relación laboral, se estaría frente a la tercerización ilegal; por lo que la definición dada por Miguel Pérez García se ajusta a estos parámetros, al referir contratación de servicio o producto final debe hacerse sin que la empresa contratante tenga responsabilidad en la administración o bel manejo de la prestación del servicio.

Finalmente, se encuentra que la figura de la tercerización laboral es una estrategia contemporánea que permite a las empresas participar en los nuevos mercados mejorando su productividad y competitividad y que a la vez permite a las personas ingresar a la formalidad laboral, por lo cual, no se puede afirmar que la tercerización o la intermediación laboral se encuentren en yuxtaposición a la Constitución Política, por el contrario, cuando es realizada de forma legal y con respeto a los derechos laborales de los trabajadores se encuentra en total armonía con los principios y derechos constitucionales, evidenciando así un proceso de constitucionalización, lo que cabe aclarar es que en los casos de intermediación laboral solo las Empresas de Servicios Temporales están facultadas por la ley para suministrar personal y mano de obra a las empresas contratantes, mientras que las Cooperativas de trabajo asociados, los contratos sindicales y los contratistas independientes solo se encuentran facultados para ejercer la tercerización laboral de producción de bienes, construcción de obras y prestación de servicios, pero no para suministrar capital humano a las empresas usuarias.

Por otra parte, se encuentran que alrededor de esta figura, la tercerización laboral, se encuentran varias ventajas y desventajas que se relacionan principalmente con la productividad, los costos de producción y la rentabilidad, que me llevan a concluir que dicha figura no debe ser satanizada, sino que requiere un mejoramiento en el control, vigilancia e inspección para que la implementación se haga conforme a la ley y así genere desarrollo económico y permita a las empresas acceder al mercado mundialista actual.

Aunado a lo anterior, frente a la posibilidad de afectación a los derechos de los trabajadores, se encuentran en el ordenamiento jurídico colombiano existen varias medidas enfocadas en evitar esta situación, entre las que se encuentran la imposición de multas a las empresas que tercericen ilegalmente, el establecimiento de un régimen de responsabilidad solidaria, la posibilidad de solicitar la declaración del contrato realidad, entre otras, lo cual permite afirmar que los trabajadores no se encuentran jurídicamente desprotegidos ante esta nueva forma de flexibilidad laboral. No obstante, de acuerdo con los preceptos jurisprudenciales vistos, en muchas ocasiones las empresas e incluso el Gobierno han intentado crear reglas sobre tercerización e intermediación laboral que desbordan las disposiciones constitucionales y legales que regulan esta figura, si bien los aportes que este sector hace a la economía nacional es bastante importante, no se pueden sacrificar los derechos de los trabajadores por este, máxime cuando es la misma Constitución y distintos tratados del bloque de constitucionalidad los que han salvaguardado el derecho al trabajo y el ejercer este en condiciones dignas desde tiempos inmemorables y que son de amplio conocimiento; así las cosas, solo el legislador puede modificar la regulación de la tercerización, pero siempre dentro de los límites que la Carta Magna le impone para proteger a las personas que hacen parte de este modelo de contratación.

Referencias Bibliográficas

- Álvarez-Gayou, J. et al. (s.f). La investigación cualitativa. *Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*. <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/tlahuelilpan/n3/e2.html>
- Calle, M. y Vieco, J. (2017). Tercerización laboral en Colombia. *Universidad EAFIT*. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12174/CalleHernandez_MariaAlejandra_ViecoGiraldo_Juanita_2017.pdf?sequence=2
- Castillo de Galarraga, B. (2000). Rol del Estado, libre mercado y soberanía nacional. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. VI, 71-80.
- Congreso de la República. (2001). *Congreso de Perú*. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/66FFAF02DDBC68D0052577C200765FC0/\\$FILE/Ley_N%C2%B0_27626.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/66FFAF02DDBC68D0052577C200765FC0/$FILE/Ley_N%C2%B0_27626.pdf)
- Consejo de Administración. (1997). *Organización Internacional del Trabajo*. <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc85/gb-rep.htm>
- Así va el negocio de la tercerización de servicios en Colombia. (22 de Junio de 2017). *Dinero*. Recuperado de <https://www.dinero.com/edicion-impres/negocios/articulo/tercerizacion-de-servicios-en-colombia-2017/246830>
- ¿Cómo saber cuando una tercerización laboral es ilegal?. (16 de Agosto de 2018). *Dinero*, págs. <https://www.dinero.com/edicion-impres/pais/articulo/tercerizacion-laboral-ilegal-en-colombia/261032>.
- El Presidente de la República. (08 de Abril de 2016). *Sistema Único de Información Normativa*. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30020300>
- ‘Outsourcing’ hecho en Colombia hace presencia mundial. (08 de Junio de 2020). *Grupo de Diarios América: GDA*. <http://gda.com/detalle-de-la-noticia/?article=3979655>
- Ermida, O. y Colotuzzo, N. (2009). *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.
- Ermira, O. y Orsatti, A. (2010). *Red Europeo Latinoamericana de Análisis sobre Trabajo y Sindicalismo*. <http://www.relat.org/documentos/EATP.EA.ErmidaOrsatti.pdf>

- Finanzas Personales. (10 de Noviembre de 2012). Los riesgos de trabajar contratado por outsourcing. *Finanzas Personales*, págs. <https://www.finanzaspersonales.co/trabajo-y-educacion/articulo/los-riesgos-trabajar-contratado-outsourcing/47435>.
- Herrera, J. y Camacho, A. (2019). *Vlex*. Recuperado de <https://app-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#search/jurisdiction:CO/tercerizacion+laboral/WW/vid/829680149>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (13 de Mayo de 1976). *Ley 20744 Argentina*. <http://www.ley20744argentina.com.ar/>
- Martín, G. (2016). *Revista empresarial y laboral*. <https://revistaempresarial.com/gestion-humana/nomina/ventajas-y-desventajas-de-tercerizar-la-gestion-del-rrhh/>
- Ostau de Lafont, F. (2017). *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Pérez, M. (1999). *Flexibilización laboral y outsourcing*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Poder Legislativo. (14 de Enero de 2007). *Dirección del Trabajo*. https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-94057_recurso_1.pdf
- Ponce, D. (2013). La tercerización laboral. *Universidad Empresarial Siglo XXI*. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12077/Ponce%20Daniel%20Alejandro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Presidente de Colombia. (05 de Agosto de 1950). *Vlex*. <https://app-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#search/jurisdiction:CO/codigo+sustantivo+del+trabajo/WW/vid/42845853>
- Rodríguez, F. (s.f). La investigación jurídica básica y la investigación jurídica aplicada. *Justicia*, 9. de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n25/n25a01.pdf>
- Sarlo, O. (2003). Investigación Jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo institucional. *Isonomía*, 183-196.
- Sentencia de Casación, SL467-2019 (Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral 06 de Febrero de 2019).
- Sentencia de Constitucionalidad, Sentencia C-211/00 (Corte Constitucional 01 de Marzo de 2000).

Sentencia de Constitucionalidad, Sentencia C-614 de 2009 (Corte Constitucional 02 de Septiembre de 2009).

Sentencia de Constitucionalidad, Sentencia C-171/12 (Corte Constitucional 07 de Marzo de 2012).

Sentencia de Constitucionalidad, Sentencia C-593/14 (Corte Constitucional 20 de Agosto de 2014).

Sentencia de Constitucionalidad, Sentencia C-593/14 (Corte Constitucional 20 de Agosto de 2014).

Sentencia de Constitucionalidad, Sentencia C-200/19 (Corte Constitucional 15 de Mayo de 2019).

Sentencia de nulidad, 2016-00485/2218-2016 (Consejo de Estado 06 de Julio de 2017).

Sentencia de Nulidad, 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16) (Consejo de Estado 27 de Julio de 2017).

Sentencia de Única Instancia, Sentencia n° 11001032500020160048500 (Consejo de Estado 06 de Julio de 2017).

Anexos

Ilustración 1, Diferencia entre tercerización e intermediación laboral. Elaboración propia. 18

Ilustración 2, Factores que propiciaron la tercerización laboral. Elaboración propia. 19

Ilustración 3, Relaciones en la tercerización laboral. Elaboración propia. 22

Ilustración 4, Elementos indicativos de la tercerización ilegal. Elaboración propia. 24

Ilustración 5, Ventajas de la tercerización laboral. Elaboración propia. 29

Ilustración 6, Desventajas de la tercerización. Elaboración propia. 30