

La empresa y las diversas formas de trabajo tercerizado en Colombia¹



Cómo citar el artículo

López-Oliva José; Cruz-Mahecha Diego Enrique; Urriago-Fontal Juan Carlos; Torres-Linares Hugo Armando (2023). La empresa y las diversas formas de trabajo tercerizado en Colombia. Revista Encuentros, vol. 21-02 de julio-dic. Universidad Autónoma del Caribe.

Doi: [10.15665/encuen.v22i02-Julio-Dic..3152](https://doi.org/10.15665/encuen.v22i02-Julio-Dic..3152)

José López-Oliva, PhD²
Profesor-investigador de la Universidad Libre - Bogotá
joseo.lopezo@unilibre.edu.co, <https://orcid.org/0000-0001-9308-2153>

Diego Enrique Cruz-Mahecha, PhD³
Universidad Libre
diegoecruz@acjuridicas.com, <https://orcid.org/0000-0002-8147-152X>

Juan Carlos Urriago-Fontal PhD (C)⁴
Rector y Docente Unidad Central del Valle, UCEVA
rectoria@uceva.edu.co, <https://orcid.org/0000-0003-4578-1712>

Hugo Armando Torres-Linares⁵
Docente y Litigante McS (c) Derecho Laboral y Seguridad Social Universidad Libre
torres.hugo1@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1584-9424>

Recibido: 23 de diciembre de 2022 / Aceptado: 25 de mayo de 2023

RESUMEN

El presente trabajo resultado de investigación pretende demostrar que la denominada contratación tercerizada lesiona los derechos de los trabajadores en Colombia. Las empresas, en el contexto contemporáneo, han creado o impulsado diversas formas de trabajo. La contratación tercerizada con las compañías de servicios temporales en Colombia es una de las citadas formas. Estas empresas fueron creadas con la finalidad de contratar con terceros beneficiarios, para colaborar temporalmente en el desarrollo de su actividad. Sin embargo, al momento de la ejecución de su objeto social, se desconoce, realmente, el propósito de la creación de las nombradas compañías. Se percibe, entonces, que la denominada tercerización laboral, trae consigo la vulneración de los principios y derechos de los trabajadores. Esto, debido a que las garantías establecidas por mandato legal y constitucional están siendo desconocidas. Es pertinente señalar, que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, ha hecho referencia al tema objeto de la presente investigación, con el propósito de contrarrestar cualquier forma de tercerización laboral. Lo anterior, para garantizar un trato igualitario y digno a los trabajadores de la empresa, que pueden ser víctimas de este tipo de conductas o fenómenos. Así las cosas, el Estado colombiano, en su modelo de Estado social de derecho y garante de los derechos

1 El presente artículo es un producto de investigación del proyecto “Desafíos contemporáneos de protección de la persona en el derecho privado y del proceso: derechos humanos, mercado y tecnología”. Feb. 2023 – dic. 2024. Centro de Investigaciones. Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Bogotá.

2 Postdoctorado en Altos Estudios del Derecho de la Universidad de Bolonia (Italia). Doctor (PhD) en Bioética. Bioética médica y salud pública —responsabilidad médica y daño indemnizable— UMNG. Magister en Derecho de la U. de los Andes. Especialista en Derecho Comercial y Penal. Doctor (PhDc) en Derecho. Universidad de Salamanca (España).

3 Doctor (PhD) en Derecho Universidad Sergio Arboleda, PhD Filosofía, Magister en Derecho Constitucional, Abogado, Antropólogo.

4 Rector y Docente Unidad Central del Valle, UCEVA

5 Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Abogado y Administrador de Empresas

humanos, advierte que está prohibido cualquier mecanismo que lesione las condiciones laborales de las personas. Todo, porque las relaciones laborales ligadas con el derecho del trabajo están dentro de la estructura del derecho social y humano. Para demostrar lo inicialmente señalado, esta investigación se apoya en el enfoque cualitativo de investigación, con un alcance exploratorio. El método utilizado fue el hermenéutico crítico y analógico.

Palabras Clave: *tercerización, empresa, relaciones de trabajo, servicios temporales y deslaborización.*

The company and the different forms of outsourced work in Colombia

ABSTRACT

The present work result of research, aims to demonstrate that the so-called outsourced contracting, harms the rights of workers in Colombia. Companies, in the contemporary context, have created or promoted various forms of work. Outsourced contracting with temporary service companies in Colombia is one of the aforementioned forms. These companies were created with the purpose of contracting with third-party beneficiaries, to temporarily collaborate in the development of their activity. However, at the time of the execution of its corporate purpose, the purpose of the creation of the aforementioned companies is not really known. It is perceived, then, that the so-called labor outsourcing brings with it the violation of the principles and rights of workers. This, because the guarantees established by legal and constitutional mandate, are being ignored. It is pertinent to point out that the International Labor Organization (OIT), through the International Agreements ratified by Colombia, has made reference to the subject matter of this investigation, with the purpose of counteracting any form of labor outsourcing. The foregoing, to guarantee equal and dignified treatment to the company's workers, who may be victims of this type of conduct or phenomenon. Thus, the Colombian State, in its model of social State of law and guarantor of human rights, warns that any mechanism that harms people's working conditions is prohibited. All because labor relations linked to labor law are within the structure of social and human rights. To demonstrate what was initially stated, this research is based on the qualitative research approach, with an exploratory scope. The method used was the critical and analogical hermeneutic.

Key Words: *outsourcing, business, labor relations, temporary services and de-employment.*

A empresa e as diferentes formas de trabalho terceirizado na Colômbia

RESUMO

O presente trabalho resultado de pesquisa, visa demonstrar que a chamada contratação terceirizada, fere os direitos dos trabalhadores na Colômbia. As empresas, no contexto contemporâneo, têm criado ou promovido diversas formas de trabalho. A contratação terceirizada com empresas de serviços temporários na Colômbia é uma das formas mencionadas. Estas empresas foram criadas com o objetivo de contratar com terceiros beneficiários, para colaborar temporariamente no desenvolvimento da sua atividade. No entanto, à data da concretização do seu objecto social, não é realmente conhecido o objecto da constituição das referidas sociedades. Percebe-se, então, que a chamada terceirização trabalhista traz consigo a violação dos princípios e direitos dos trabalhadores. Isso porque as garantias estabelecidas por mandato legal e constitucional estão sendo ignoradas. É pertinente assinalar que a Organização Internacional do Trabalho

(OIT), por medio de los Acordos Internacionales ratificados por Colombia, hizo referencia al objeto de esta investigación, con el objetivo de combatir cualquier forma de tercerización del trabajo. Lo anterior, para garantizar un tratamiento igualitario y digno a los trabajadores de la empresa, que puedan ser víctimas de este tipo de conducta o fenómeno. Así, el Estado colombiano, en su modelo de Estado social de derecho y garantidor de los derechos humanos, advierte que es prohibido cualquier mecanismo que perjudique las condiciones de trabajo de las personas. Todo porque las relaciones laborales vinculadas al derecho del trabajo están dentro de la estructura de los derechos sociales y humanos. Para demostrar lo que fue afirmado inicialmente, esta investigación se basa en el abordaje cualitativo de la investigación, con un enfoque exploratorio. El método utilizado fue el hermenéutico crítico y analítico.

Palabras-clave: tercerización, empresa, relaciones de trabajo, servicios temporales e desempleo.

1. Introducción

El presente trabajo resultado de investigación pretende demostrar que la denominada contratación tercerizada, lesiona los derechos de los trabajadores en Colombia. Además, este documento científico es producto de un proceso riguroso de investigación, y está dirigido a identificar los aspectos relativos a la redimensión de la protección social en Colombia. En concreto, frente a las tensiones generadas en el desarrollo del objeto social, de las empresas de servicios temporales.

El citado objeto social, está consagrado en la ley 50 de 1990, en específico, en el artículo 71. En la norma se establece que la empresa de servicios temporales tiene por objeto, reemplazar las actividades y servicios, a través de otras empresas u organizaciones idóneas para el desarrollo de la actividad contratada.

Las citadas organizaciones cuentan con personas naturales capaces de ejecutar la actividad requerida. Es decir, “la empresa de servicios temporales desarrolla la actividad de forma directa, instituyéndose, concretamente, en el empleador del citado sujeto. Esta situación, constituye la denominada tercerización en la administración de relaciones jurídicas de trabajo” (Rifkin, 2014, p. 88).

Así mismo, la tercerización laboral en Colombia es un fenómeno que está generando un impacto social de gran relevancia. Por esta razón, ha sido necesario que la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y, además, el Ministerio del Trabajo, regulen este tipo de actividades.

Todo, dentro de sus competencias, con el propósito de impedir cualquier figura o mecanismo, que desmejore las condiciones laborales de las personas. Es decir, el objetivo de los nombrados entes públicos es garantizar la protección de los derechos de los individuos, en las relaciones laborales pertinentes.

Así las cosas, este artículo científico se desarrolla y apoya en el enfoque de investigación cualitativo, que es propio de las ciencias sociales y humanas. El alcance es de naturaleza exploratorio, debido a que el propósito es conocer los antecedentes y consecuencias de la tercerización laboral.

Además, el método de investigación utilizado fue el hermenéutico crítico, que permitió identificar las causas, consecuencias y soluciones esgrimidas, para contrarrestar la tensión ocasionada por este fenómeno. Además, el citado método permitió establecer la estructura del problema de investigación y, en consecuencia, el impacto que la tercerización genera en el contexto social colombiano.

2. Metodología

Cabe anotar, que el presente artículo científico es resultado de investigación del proyecto titulado: “Desafíos contemporáneos de protección de la persona en el derecho privado y del proceso: derechos humanos, mercado y tecnología”. Proyecto en ejecución desde febrero de 2023 hasta diciembre de 2024, para la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Bogotá: Centro de Investigaciones.

Esta investigación se desarrolla bajo los parámetros de la investigación cualitativa. Lo anterior, por sus características particulares de objeto, así como de objetivo y sujetos involucrados en la narrativa. Es decir, el trabajo aborda situaciones sociales y jurídicas, en el mundo de las relaciones del trabajo empresarial.

El método de investigación es de tipo hermenéutico crítico y, además, de naturaleza documental. Asimismo, el presente trabajo estuvo soportado por las técnicas de investigación ligadas a la observación, la revisión bibliográfica y en el análisis documental.

El análisis estuvo relacionado con diversos tipos de tercerización efectuados, por ejemplo, en las cooperativas, precooperativas, empresas asociativas de trabajo, compañías de servicios temporales, mutuales, fondos, sindicatos de gremios y, en general, en los diversos contratos sindicales.

Finalmente, la investigación se apoya en instrumentos fundamentados en bases de datos como *Scopus*, *Publindex*, *Scielo*, resúmenes, referencias, mapas conceptuales y, finalmente, en cuadros sinópticos. Con estos instrumentos, se logran identificar los diferentes contratos de prestación de servicios y de mandato, así como convenios administrativos y de sociedades comerciales. Esto, para llegar al objeto de estudio, que está íntimamente relacionado con la Empresa, y el entorno que acompaña a las diversas formas y relaciones de trabajo tercerizadas.

Marco Conceptual De Las Formas De Trabajo Y Su Tercerización

En toda investigación de naturaleza jurídica, es relevante establecer el denominado marco teórico. El citado marco está compuesto por los antecedentes, las teorías y los conceptos. En este último caso, con el propósito de profundizar en la problemática o tensión propia de la figura de la tercerización, es necesario definir los conceptos. Es decir, los conceptos relevantes que permitan identificar las causas, que han permitido la desnaturalización de la nombrada figura. (Rifkin,2014).

La OIT y las Agencias de Empleo Privado (AEP)

La OIT en su Resolución 181 de 1997, presenta una forma de caracterización de la problemática que surge, por la implementación de la tercerización laboral. Esta Organización internacional, se refiere de manera directa a las Agencias de Empleo Privado (AEP).

A su vez, es proporcionado un marco de referencia, con el propósito de mejorar y facilitar el funcionamiento de dichas agencias, para amparar los derechos de los trabajadores contratados a través de las mismas. Lo anterior, porque se indica que las agencias de empleo privado pueden manejar una especie de triangulación laboral. En la práctica, “este tipo de agencias es equiparado a la modalidad de *outsourcing* laboral, que está en relación directa, con el denominado fenómeno de tercerización laboral”. (Romero, 2002, p. 23)

La tercerización laboral —en el ámbito del ejercicio de la operatividad empresarial— es una práctica común de ciertas organizaciones. Se percibe como el espacio u oportunidad de desarrollo, en favor de todo lo atinente con su objeto social. Además, esta posibilidad está en plena relación con lo prospectivo, misional y programático de una compañía. Sin embargo, en ciertas oportunidades, las empresas

transgreden las normas del derecho del trabajo, al considerar, únicamente, que la citada tercerización es una alternativa para ahorrar recursos.

Este tipo de comportamiento lesiona los principios de la responsabilidad social de la empresa en materia laboral, así como disposiciones de índole civil y penal. Todo, en el desarrollo de la actividad o *vida* empresarial.

El outsourcing y la tercerización laboral

La tercerización laboral está directamente relacionada con el denominado *outsourcing*. El citado contrato atípico y nominado, está ligado con el proceso a través del cual, una compañía, en primer lugar, identifica la necesidad de ejecutar una actividad específica en una de sus áreas de desarrollo.

En segundo lugar, la compañía determina que, en un área de negocio específica, podría desempeñarse de forma eficiente —o efectivamente— con el apoyo de otra corporación. Esta última, es inspeccionada y controlada por el extremo contractual, que descarga a la compañía contratada, el desarrollo de una *porción* del negocio jurídico, generalmente complejo. Este negocio jurídico, trae consigo obligaciones y derechos de naturaleza positiva y negativa, para una multiplicidad de sujetos intervinientes en el acto bilateral.

La tercerización laboral y la normatividad colombiana

En Colombia, existe una normatividad específica, que permite inferir el concepto de tercerización laboral. Así las cosas, se entiende por tercerización laboral, un conjunto de procesos que un beneficiario desarrolla, con el propósito de obtener bienes o servicios destinados a un proveedor. Todo, siempre que sean “cumplidas las normas laborales vigentes” (Ministerio del trabajo, 2016, p. 23).

Cabe anotar, que la tercerización laboral es el proceso que libera a una organización, para que esta se enfoque en la parte o función central de su negocio (López, 2001). Se argumenta que este negocio jurídico facilita la potenciación de la calidad y de los procesos habituales de una compañía. Sin embargo, la realidad revela que su implementación se fundamenta en dos pilares específicos:

- a) La reducción de costos de la sociedad.
- b) El incremento en la producción de bienes o servicios.

No obstante, estos dos *ítems* no suelen estar acompañados, de “mejores condiciones para el talento humano, involucrado en la ejecución de la actividad a desarrollarse” (Gai, 2006, p. 32).

El Concepto de Trabajo Decente como fuente de protección del trabajador vulnerable que ejecuta la tercerización laboral

La Organización Internacional del Trabajo a (OIT) hace especial énfasis en la figura del trabajo decente. Esto, con el objeto de amparar, garantizar y proteger las condiciones mínimas de los trabajadores. Es decir, que las prestaciones se faciliten en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y, efectivamente, centradas en la salvaguarda de la dignidad humana.

Así, el trabajo decente está ligado al trabajo productivo y, por consiguiente, con remuneración justa. Además, con la “seguridad que debe imperar en el lugar de trabajo, todo, con el cumplimiento de los protocolos de protección social. Este derecho, le corresponde tanto al trabajador como a su familia”. (Gadamer, 2004, p. 28)⁶

⁶ El concepto de trabajo decente puede aplicarse, igualmente, a la relación existente entre los operadores del servicio médico y los profesionales vinculados laboralmente en estas entidades. Para profundizar el tema del daño causado a los médicos, concretamente en época de pandemia, y los seguros de responsabilidad Léase a (López, 2019; 2011) .

La tercerización laboral y el trato igualitario

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) impulsa a través del denominado *trabajo decente*, mejores perspectivas tanto para el progreso personal como social. Este concepto permite la promoción de la libertad, para que el trabajador, en principio, manifieste sus preocupaciones habituales y, en seguida, se organice y participe en todo lo atinente a la toma de decisiones respectivas.

Las decisiones adoptadas por la compañía, por ejemplo, pueden afectar su vida y el entorno, así como “también la igualdad de oportunidades y de buen trato. Esto, como es obvio, opera tanto para mujeres como para hombres”. (OIT, 2004, p. 21)

El trabajo decente y la prevalencia de la realidad sobre las formalidades

El principio de prevalencia de la realidad sobre lo formal —en lo atinente a la relación laboral—, se interpreta a partir del reconocimiento a la desigualdad existente entre el trabajador y el empleador. Por consiguiente, en el derecho del trabajo, es relevante destacar la primacía que debe existir de la realidad sobre la formalidad. Esto, en estricta coherencia con las disposiciones establecidas en la Constitución y la ley (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 53).

Asimismo, el profesor Herrera (1998, p. 56) define a la citada prevalencia, “como la necesidad efectiva y eficaz de garantizar los derechos del trabajador vulnerable”. Lo anterior, sin que sean afectados o desmejoradas sus condiciones, por las simples formalidades incorporadas en el contrato.

Los trabajadores en misión y su relación con el beneficiario y proveedor en el contexto empresarial

El artículo 74 de la Ley 50 de 1990 hace referencia al trabajador en misión. En la citada disposición, se define a este tipo de persona, como aquel individuo que una empresa de servicios temporales facilita a la dependencia del beneficiario. Lo anterior, con “el propósito de cumplir la tarea o el servicio requerido por cada compañía”. (Garzón, 2016, p. 40)

El beneficiario en su condición de persona jurídica o trabajador en misión

Se considera beneficiario de una compañía contratante, la persona natural o jurídica que obtiene un beneficio, directa o indirectamente, de la producción de un bien. Igualmente, se hace referencia a la prestación de un servicio. El beneficiario es suministrado por un ente jurídico denominado proveedor.

La intervención del proveedor en la relación negocial

En la relación contractual señalada en este acápite, intervienen el proveedor, el beneficiario y el trabajador. Se entiende “por proveedor la persona natural o jurídica que facilita directa o indirectamente, personas naturales para la producción de bienes o servicios al beneficiario. Todo, bajo su responsabilidad y riesgo”. (Ibarra, 2016, p. 81)

La actividad misional permanente en los modelos de tercerización laboral

se entiende como actividad misional permanente, aquella directamente relacionada con la producción del bien o servicio, que es característico de la empresa. Es decir, la que es inherente, consustancial o íntimamente conexas con el objeto social de la compañía. Por consiguiente, sin el apoyo de este tipo de actividad, se afectaría la producción del bien o servicio propio, que es ofertado por el beneficiario al consumidor. (Ministerio del trabajo. 2016, p. 65)

El art. 3 del Decreto 2351 de 1965 regula todo lo atinente a los contratistas independientes. Así, las personas naturales o jurídicas pueden contratar la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios a través de beneficiarios o terceros. Todo, por un precio determinado o determinable, con la

respectiva asunción del riesgo. El “contratista, realiza la actividad acordada, con sus propios medios y, además, con la libertad y autonomía técnica y directiva pertinente”. (Díaz, 2012, p. 39).

La intervención del contrato sindical en la relación convencional

La figura de contrato sindical permite que uno o varios sindicatos de trabajadores, celebren actos jurídicos, con uno o varios empleadores. Lo anterior, tanto para la prestación de servicios y, además, para la ejecución de una obra.

Esta labor es realizada por los afiliados de la citada organización pluripersonal. Este “acto jurídico es de naturaleza colectivo-laboral, además, se caracteriza por ser solemne, nominado y principal” (Las Tendencias, 2016, p. 15).

La Cooperativa de Trabajo Asociado y la tercerización laboral

La tercerización laboral está ligada a la Cooperativa de trabajo Asociado (CTA). Este ente corporativo es una organización sin ánimo de lucro, perteneciente al sector solidario de la economía. En la citada convención, se asocian personas naturales quienes tienen la condición de gestoras.

Los gestores contribuyen económicamente a la cooperativa y, además, tienen la calidad de aportantes directos del trabajo desarrollado. Por ende, estos entes jurídicos adoptan las características propias de la tercerización. Se “asemeja, en consecuencia, al sindicato de gremios. Todo, a partir de la participación del contrato sindical” (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2015, p. 9)

La Empresa de servicios temporales y la tercerización laboral

Dentro de estos modelos y formas de tercerización, se encuentra la Empresa de servicios temporales. Es considerada una Empresa de servicios temporales, aquella que contrata la prestación de servicios especializados, con terceros beneficiarios. Lo anterior, para colaborar de forma temporal en el desarrollo de sus actividades.

Todo, a través de una labor desarrollada por personas naturales. Estos individuos, son contratados de forma directa por la Empresa de servicios temporales, quien, como consecuencia de lo anterior, adquiere el carácter de empleador. (Ley 50 de 1990)

Las características y/o requisitos de este tipo de entes corporativos son los siguientes. En primer lugar, estas entidades desarrollan labores de tipo ocasional, accidental o transitorio. En segundo lugar, reemplazan al personal en vacaciones, en uso de licencia y, además, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

En tercer lugar, se busca, con la utilización de esta figura, el incremento en la producción, el transporte o las ventas de productos o mercancías, ofrecidos a los consumidores. Finalmente, los períodos estacionales de cosechas y, además, en la prestación de servicios, son la causa del impulso de la Empresa de servicios temporales. Se indica, que el término de vigencia del contrato es de seis (6) meses. Sin embargo, este término puede ser prorrogable hasta por seis meses más. (Ley 50 de 1990, artículo 74.)

Mecanismos de protección de los derechos del trabajador en la tercerización ilegal

La protección social y constitucional del trabajo, no se limita al derecho de acceder a un empleo, sino que, tiene propósitos más relevantes. Es decir, busca que la relación laboral cuente con condiciones dignas. Lo anterior, para ejercer una labor o actividad de acuerdo con los principios mínimos que rigen las relaciones laborales. Además, su “intención es obtener una contraprestación, que esté acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada” (López, 2011, p. 11).

Un buen número de organizaciones internacionales se han involucrado de manera muy activa, con la finalidad de desarrollar mecanismos que protejan la actividad laboral y, por consiguiente, las garantías de los trabajadores. Por ejemplo, la OIT, ha emitido una serie de recomendaciones. Una de ellas es la capacitación, de las autoridades administrativas que se relacionan con el derecho del trabajo. Todo, para que se logre enfrentar la vulneración de los mínimos derechos laborales. En suma, se “pretende erradicar el denominado *contrato indecente*” (López, 2011, p. 70).

Se puede inferir, que la protección del derecho al trabajo digno es la consecuencia del fortalecimiento del Estado Social de Derecho. Por ende, cualquier figura que atente contra la integridad, la dignidad y los principios en que se funda el trabajo decente es materia de investigación y sanción. Las entidades administrativas en el área laboral tienen esta función y deber.

Estas entidades ligadas al Derecho del trabajo y la seguridad social, deben ejercer el control y vigilancia de las relaciones laborales. Esto se desprende del artículo 25 constitucional colombiano. Por lo tanto, es obligatorio impulsar el garantismo, a partir de los principios del Estado social de derecho.

Esto, porque el trabajo es un derecho, una garantía y, además, una obligación social. La salvaguarda está ligada, en general, a la protección especial, independientemente, de la modalidad de vinculación laboral. Así, el Estado debe proteger de forma especial, al extremo contractual más vulnerable: el trabajador. Se percibe, entonces, que toda persona tiene el derecho humano y fundamental a un trabajo en condiciones dignas y justas (Constitución Política de Colombia, 1991).

Disposiciones jurídicas para la identificación y amparo del trabajador en escenarios de tercerización ilegal

El Ministerio del Trabajo, mediante el Decreto Reglamentario 583 de 2016, aclara que no están prohibidas la tercerización laboral y la contratación de terceros, para realizar actividades misionales permanentes. Lo anterior, porque el objetivo es proteger el respeto de las relaciones de trabajo y, además, fortalecer la estabilidad empresarial.

Sin embargo, es relevante identificar que las modalidades de contratación no vulneren los derechos constitucionales y legales del trabajador. Es imprescindible el cumplimiento de los requisitos estipulados en la norma legal y constitucional, porque, la contratación de terceros no únicamente está regulada por la ley. El cumplimiento de lo anterior, “impulsa la competitividad y la generación de un empleo digno”. (López, 2011, p. 41)

Los eventos de tercerización ilegal no siempre son claros. Las personas naturales y hasta las propias entidades de control, pueden presentar dificultades para identificarlos. El Ministerio del Trabajo, mediante el decreto 583 de 2016, “aporta los parámetros que indican o evidencian la tercerización ilegal”. (López, 2020, p. 45)

Los elementos de juicio presentados en el citado decreto, facilitan la identificación de esta problemática. Sin embargo, se trata de reflexiones meramente indicativas. Por tal razón, las conductas relacionadas a continuación no son, *a priori*, sujetas de una sanción. Sin embargo, permiten orientar las investigaciones administrativas pertinentes.

Las actividades o conductas que lesionan los derechos del trabajador

Entre las conductas que lesionan los derechos de los trabajadores vinculados a través de la tercerización laboral, se encuentran las siguientes: en primer lugar, la contratación con terceros de actividades particulares relacionadas, en concreto, con el giro ordinario del negocio o actividad habitual de la

empresa. Es decir, los trabajadores, previamente, estaban desarrollando la actividad contratada, en una empresa beneficiaria del contrato.

Sin embargo, se cuenta con la posibilidad de ser contratado por la empresa proveedora, siempre que el empleador le haya notificado al trabajador, acerca de la modificación o cambio. Es exigido que este acto se realice de forma previa, consensuada y por escrito.

En segundo lugar, la vinculación convencional y económica existente entre el tercero, el proveedor y la empresa, puede estar caracterizada por la ausencia de los requisitos de validez, entre ellos, la capacidad. Asimismo, por la vulneración del principio de autonomía contractual y administrativa del tercero proveedor. Todo, para que se “configure una adecuada prestación del servicio, que es objeto del contrato”. (Garzón, L. 2016, p. 17)

La tarea de desnaturalizar la tercerización en las relaciones de trabajo

Este tema ha sido objeto de estudio, tanto en contextos nacionales como internacionales. Las investigaciones permiten promover la implementación de herramientas, que permitan la erradicación de la indebida celebración irregular de la tercerización.

Esta figura, como fue concebida, no es violatoria de los derechos fundamentales del trabajador. Lo precedente, porque su fundamento legal fue el hecho de obtener una mayor competitividad.

De esta manera, se generan nuevas formas de vinculación en el ámbito laboral. Sin embargo, la desnaturalización de esta figura se manifiesta a través de la eliminación de los derechos laborales. Y, por consiguiente, se deteriora la relación contractual entre el empleador y el trabajador. Así, esta “práctica convencional puede desconocer la estabilidad laboral e impedir, entre otros, la garantía del derecho fundamental y colectivo de asociación” (Garzón, 2016, p. 38).

El Decreto reglamentario 583 del 8 de abril de 2016, fija las reglas que permiten una eficaz y oportuna investigación administrativa y, además, sancionatoria. La norma admite las denominadas inspecciones laborales, con el objetivo de que los intervinientes en el contrato: empleadores, personas naturales y jurídicas, cumplan de forma plena las normas convencionales.

En los procesos de tercerización, el “espíritu de la norma fue la consecución de una mayor competitividad y, además, la generación y crecimiento del empleo en un contexto determinado”. (Garzón, 2016, p. 33) Todo, siempre que sean cumplidos a cabalidad los principios legales, constitucionales e internacionales que impulsan el trabajo decente, la dignidad humana y demás derechos y principios establecidos, entre otros, por la Organización Internacional del Trabajo.

De esta manera, las sanciones administrativas contempladas para las empresas que incumplan dichos deberes, son significativamente cuantiosas: “pueden llegar a establecerse hasta en 5000 salarios mínimos mensuales legales vigentes”. (Ibarra, 2016, p. 22)

El fenómeno jurídico económico de la tercerización laboral ha sido tratado desde diversos puntos de vista. Por tal razón, se han dividido los conceptos. Por un lado, un sector académico y político considera que esta figura jurídica vulnera los derechos de los trabajadores. Lo anterior, debido a que esta puede generar tensiones con el principio de estabilidad laboral y, por consiguiente, con un sinnúmero de normas fundamentales, consagradas por la Constitución Política colombiana. (1991)⁷

⁷ Es relevante estudiar todo lo atinente a la relación existente entre el Derecho Constitucional y la economía. Léase: Peña & López (2022; Alarcón, 2016).

Por otro lado, están quienes defienden la figura de la tercerización, porque consideran que no es violatoria de derechos fundamentales. Esto, debido a que su cimiento legal es obtener una mayor competitividad. Así, es posible generar mayor empleo, siempre que sean cumplidos los “parámetros legales establecidos por las normas convencionales, constitucionales y legales”. (Romero, 2002, p. 48)

La percepción de las autoridades internacionales y locales acerca de la tercerización laboral

El derecho internacional público relacionado, en concreto, con la OIT, hace referencia a la subcontratación, atada a la producción de bienes y servicios. Señala que una empresa confía a otro ente corporativo, el suministro de bienes o servicios. La sociedad contratista se compromete, de acuerdo a lo establecido en el contrato, a desarrollar el trabajo por su cuenta y riesgo. Además, con sus “propios recursos financieros, materiales y, obviamente, humanos o personales”. (Forero, 2013, p. 20)

La OIT ha definido el concepto de subcontratación de mano de obra. Se percibe, entonces, que la subcontratación no únicamente está relacionada con una actividad que involucra bienes o servicios.

La empresa beneficiaria de la mano de obra tiene la posibilidad de requerir a los proveedores que ejecuten la actividad contratada, en sus propios locales. Es decir, la actividad a desarrollar puede llevarse a cabo, en principio, junto con sus propios asalariados o, en su defecto, en otro lugar establecido por el beneficiario. Todo, si “la organización y el departamento pertinente así lo requiere”. (Espinoza, 2004, p. 25)

La desnaturalización de la tercerización en las relaciones de trabajo

Por un lado, el *International Centre For Trade Union Rights* (ICTUR) define a la tercerización en las relaciones de trabajo, como un mecanismo de explotación laboral. Es decir, este mecanismo, instrumento o tipo contractual, es catalogado como una forma moderna de esclavitud. La citada organización que busca la protección de los trabajadores y derechos sindicales, señala que la tercerización elimina los derechos laborales.

Asimismo, se degrada la relación entre el empleador y el trabajador, con la consecuente negación de la estabilidad laboral de los trabajadores. En suma, este ente de “salvaguarda de los derechos percibe que se hace nugatorio el derecho fundamental de la libre asociación”. (Centro Internacional para los Derechos Sindicales, 2011, p. 14)

Por otro lado, el Centro de estudios legales y sociales (CELS), define la tercerización, como toda forma de instrumento de contratación de una fuerza de trabajo individual o colectiva. Este tipo de vinculación está mediada por las denominadas terceras empresas. Las empresas, excluyen o degradan el vínculo contractual existente entre el empleador y el trabajador.

Se percibe, en este tipo de vinculación, la presencia del ejercicio del poder de una organización, así como la dirección y fijación de las condiciones de un extremo contractual fuerte. La empresa, en suma, “facilita un tipo de fuerza de trabajo a otro ente corporativo, quien se apropia de su *plus valor*”. (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2015, p. 17).

Entonces, la tercerización es entendida como una técnica novedosa de administración. La tercerización está relacionada con la transferencia a terceros de procesos complejos o no, de naturaleza complementaria. Estos, generalmente, no forman parte del giro principal del negocio y, por consiguiente, permiten la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales. Todo, con el objetivo de “enfrentar la competencia y, a su vez, obtener resultados tangibles”. (Romero, 2002, p. 10)

La citada técnica se fundamenta en un proceso de gestión que implica cambios estructurales de la empresa, Por ejemplo, en temas relacionados con la cultura, los procedimientos y gestiones. Además,

de “los sistemas, controles y, en general, de la tecnología que permite obtener mejores resultados en la operación”. (Romero, 2002, p. 61)

El Ministerio del Trabajo ha establecido que el principio general, legal y constitucional que regula el trabajo en Colombia, debe prestarse de forma regulada. Es decir, la regulación del proceso de tercerización debe establecerse de forma similar, al de la celebración de un contrato regular o directo de trabajo. En suma, “cualquier forma de tercerización laboral, debe estar centrada, además, en el trato igualitario”. (Garzón, 2016, p. 62)

El Ministerio de Trabajo prohíbe cualquier forma de tercerización laboral, que contravenga las normas legales y constitucionales. Máxime, cuando se desmejore la condición del trabajador, es decir, cuando el empleador utilice, de forma irregular, esta figura transgrediendo los derechos laborales. En principio, los derechos laborales de carácter colectivo e individual.

Finalmente, se resalta que toda acción irregular conlleva a una sanción ejemplarizante. La sanción, tiene el propósito de evitar la vulneración de los derechos. Por esta razón, se imponen multas de hasta cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así las cosas, el principio general, legal y constitucional en el derecho laboral, debería ser que cada persona que labore en Colombia debe “prestar su servicio a través de un contrato directo de trabajo, debidamente regulado”. (El nuevo siglo, 2014, p. 5)

3. Análisis y Resultados

Luego de presentar las tensiones existentes en la denominada tercerización laboral, se reitera que las empresas en Colombia están sometidas a un marco normativo general. Las políticas públicas pertinentes, las reglamentaciones impulsadas por el ejecutivo, legislativo y judicial, los actos jurídicos y la jerarquía normativa nacional e internacional, entre otros, hacen parte del citado marco.

Esto, bajo la estructura de un sistema o modelo económico ratificado e interpretado, por la Corte Constitucional colombiana. Esta norma impulsa las políticas de libertad de empresa y de economía social de mercado. La citada economía requiere mantenerse vigente y, para ello, demanda una relación armónica de trabajo dependiente o independiente.

La armonía de la empresa como actividad de explotación económica, está regulada por una pluralidad normativa. Los derechos comercial, civil, laboral, tributario y constitucional, entre otros, integran la citada pluralidad. En estas normas, se establecen las obligaciones, prohibiciones, prerrogativas y dinámicas en las relaciones laborales. Así como también, las garantías para la producción de bienes y servicios ofrecidos por el empresario al consumidor de los mismos.

En este sentido, las organizaciones empresariales cuentan con unas dinámicas, que consolidan el proceso de gestión e impulso del talento humano. Esto, para realizar o ejecutar su objeto social, además de los procesos misionales, de forma directa o a través de la figura de la tercerización. La última, muy común en el proceso de contratación.

Con lo antes anunciado, se acentúa lo siguiente: las transformaciones en el mundo del trabajo tienen como consecuencia la reestructuración de un sistema, incluido el capitalista. Lo anterior, porque la figura de la tercerización no únicamente incide en los fenómenos económicos. De lo contrario, se extiende, de igual manera, a la consolidación de un nuevo modelo de Estado. Un Estado con “funciones políticas y sociales que se aparta de su condición de benefactor, propio del marco económico tradicional”. (CIJUS, 2008, p. 44)

Existe una tensión permanente, cuando el Estado se mantiene dentro de un modelo y sistema económico complejo y diverso, en su sistema de administración. Especialmente, cuando se presenta una alternativa

jurídica denominada *deslaborización*, integrada por la denominada tercerización de la mano de obra. La nombrada alternativa puede constituirse en la base del abuso del derecho. Inclusive, en un fraude a la ley. Principalmente, cuando la empresa pretende modificar las intenciones del legislador, frente a las “garantías de la relación de trabajo dependiente”. (Egger, 2001, p. 16)

Son analizadas en esta investigación las empresas de servicios temporales, quienes contratan la prestación de un servicio, con terceros beneficiarios. La actividad se realiza con el propósito de colaborar de forma temporal, en el desarrollo de su objeto social, es decir, para la ejecución de las actividades principales de la empresa de forma inmediata. La labor es desarrollada por personas naturales. Estas personas son contratadas de forma directa por la empresa de servicios temporales, quien tiene la condición de empleador.

Así, la empresa de servicios temporales vincula laboralmente al trabajador en misión para cumplir con las tareas o servicios contratados. El contrato se efectúa con un trabajador que está amparado por la legislación laboral. Los trabajadores en misión tienen derecho al salario y a las prestaciones sociales, entre otros, equivalente a las garantías de los trabajadores vinculados de forma directa a la empresa beneficiaria. Por ejemplo, la “empresa contratante aplica para el trabajador la escala de antigüedad vigente”. (Jaramillo, 2015, p. 76)

Por último, se destaca que en la actualidad las empresas u organizaciones empresariales, realizan un uso excesivo de la tercerización laboral. Esto, a través de las cooperativas, precooperativas y las Empresas asociativas de trabajo. Asimismo, por medio de las empresas de servicios temporales, mutuales y los fondos. Es muy común, además, la celebración de contratos de prestación de servicios.

Asimismo, la tercerización laboral está presente en las actividades desarrolladas por los sindicatos de gremios, de contratos sindicales de mandato, administrativos y de sociedades comerciales. Se percibe, entonces, que este uso generalizado de la tercerización, cuando se ejecuta de forma irregular, puede constituirse en un fraude a la ley, simulación y abuso del derecho. Se trata de la denominada conducta punible empresarial, que lesiona el modelo de solidaridad y paz social.

4. Conclusiones

La presente investigación estuvo soportada en el enfoque cualitativo de investigación. Se percibió una tensión existente entre los métodos hermenéutico crítico y el positivismo científico. Así, se logró identificar que existen, en general, cambios y movimientos socio laborales y políticos. Las relaciones de trabajo no están exentas de estos cambios. Se consiguió dilucidar, a partir del fenómeno jurídico laboral, que este modelo de Estado acoge las tendencias actuales de la producción, en el contexto de un mundo globalizado.

La lógica utilizada en el desarrollo del proceso científico permitió afirmar que los Estados en el mundo globalizado, participan en el sistema económico financiero. Esto, por medio de los mercados de capital y de consumo. El proceso de industrialización y de estructuras productivas y el diseño y la regulación de la empresa, permiten generar fuentes de empleo considerables. Todo, en la búsqueda de mercados de bienes y servicios escasos.

Se identificó que el proceso de producción de bienes y servicios y la ampliación de nuevos mercados, permitió la denominada *deslaborización*. Este fenómeno, es contrario al avance y promoción del derecho social y del trabajo. El contexto laboral y la protección de sus derechos se transforma significativamente. Las formas de contratación permiten la sustitución del empleo permanente, por el de tipo temporal.

Se determinó que esta estrategia se dirige a flexibilizar la forma de vinculación de las personas en el mercado del trabajo, permitiendo la reorganización e impulso de la tercerización laboral. Todo, a través,

por ejemplo, de las empresas de servicios temporales. Así fue concebida la citada figura, advirtiendo que esta no debe ser violatoria de los derechos fundamentales. Es más, su fundamento legal fue aumentar la competitividad y, en consecuencia, incrementar el empleo de acuerdo a los parámetros legales.

En el desarrollo de la investigación, se percibió que el fenómeno de la desnaturalización ocasiona un menoscabo a los derechos de los trabajadores. Esto, porque se ha tergiversado el objeto de su aplicación. Es decir, la citada modalidad va en contravía con la esencia y finalidad que, inicialmente, motivó la creación de esta figura.

Se pudo identificar que el tema objeto de investigación ha sido estudiado en contextos nacionales e internacionales. La problemática es global, razón por la cual se han implementado herramientas para erradicar las consecuencias de la aplicación indebida de la tercerización laboral. Las empresas de servicios temporales son un ejemplo de vulneración de los derechos del trabajador, cuando son quebrantadas sus garantías legales y constitucionales, incluida la dignidad humana.

Se concluyó, que este tipo de conductas se establece con el propósito de incrementar los ingresos de las sociedades comerciales o industriales. Estos entes jurídicos pueden justificar su comportamiento, cuando señalan que los mercados de consumo, capital y trabajo están siendo afectados e impactados, por la dinámica de la economía. Las sociedades de capital, consumo y de conocimiento, buscan alternativas que pueden incurrir en diferentes tipos de simulación laboral

Fue posible identificar que la tercerización laboral es percibida en las cooperativas, precooperativas y en empresas asociativas de trabajo, entre otros. Todo, por medio de acciones transversales donde intervienen el mercado, la economía, y la producción de bienes y servicios, que están permeados por movimientos políticos y sociales. La oferta y la demanda permite, en consecuencia, regular y formalizar el trabajo efectuado por el hombre.

Se concluyó, que las organizaciones empresariales participan en el sistema económico financiero, en un mundo globalizado. Esto, a través de los mercados de capital, consumo e industrialización quienes requieren, de forma expedita, un número considerable de trabajadores. Esta situación, puede ocasionar conductas ligadas con el abuso del derecho, el fraude a la ley y, además, una posible simulación contractual. Lo anterior, a través de la figura de la vinculación de personal en procesos misionales.

Finalmente, se planteó la necesidad de fortalecer el contexto jurídico, social y laboral de la empresa. Para esto, es necesario vincular trabajadores con un contrato a término indefinido, que permita la permanencia y, por consiguiente, un sentido de pertenencia con la empresa. Esto permitiría fortalecer, además, una empresa sólida y comprometida con la responsabilidad social empresarial, en el ámbito interno. Es importante, en suma, sopesar las garantías sociales y jurídicas comprometidas con la implementación y práctica de los procesos de tercerización laboral.

Referencias

- Alarcón Peña, A. (2016). la libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. *prolegómenos*, 19(37), 109-124.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. (22 de Febrero de 2015). *Represión con crimen y castigo*. Recuperado el 29 de Marzo de 2020, de Rio negro: https://www.rionegro.com.ar/represion-con-crimen-y-castigo-FTRN_6061220/
- Centro Internacional para los Derechos Sindicales. (2011). *La tercerización Laboral*. ICTUR, Volumen 1 Número 6 .
- Constitucion de Colombia, 1991, Artículo 25.
- CIIJUS (2008). *Propuestas para la generación de trabajo digno y decente en el país*. Bogotá: centro de investigaciones socio-jurídicas de la Universidad de los Andes.

- Díaz Vargas, J. A. (2012). El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública. Universidad Sergio Arboleda Bogotá DC
- El nuevo siglo. (7 de Diciembre de 2014). *Tercerizar no es desmejorar condiciones del trabajador*. Recuperado el 12 de Abril de 2020, de <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/12-2014-tercerizar-no-es-desmejorar-condiciones-del-trabajador>
- Egger, Philippe; Sengenberger, Werner (2001). Problemas y políticas del trabajo decente. Montevideo: OIT.
- Espinoza, Malva (2004). Trabajo decente y protección social. Santiago de Chile: OIT.
- Forero Contreras, R. (2013) “Rafael forero rodríguez –homenaje a su trayectoria profesional”; Editorial Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia Colección de Investigaciones, Colombia.
- Gadamer, Hans-Gerg (2004). *Hermenéutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Madrid: Trotta.
- Gai, Dharam (2006). *Decent Work: Objectives and strategies*. Ginebra: OIT.
- Garzón, L. (2016). *Decreto 583 de 2016*. Recuperado el 18 de Marzo de 2020, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68914>
- Greenspan, Alan (2008). *La era de las turbulencias: aventuras en el nuevo mundo económico*. Madrid: debate.
- Herrera, H. (1998). *Sentencia C-665/98*. Recuperado el 18 de Marzo de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-665-98.htm> Informe De Ilo: “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo –Tendencias 2016”; del 19 de Enero de 2016. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/-publ/documents/publication/wcms_443505.pdf
- Ibarra, S. (2016). *Tercerización e intermediación laboral*. Recuperado el 1 de Abril de 2020, de SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16) [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-25-000-2016-00485-00\(2218-16\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16).pdf)
- Jaramillo Jassir, Iván, 2015: “Derecho Del Trabajo En El Posfordismo –El Proyecto De Regulación Universal En La Globalización Económica”, Editorial Universidad del Rosario.
- Las Tendencias Que Nos Dejarán Las Tic En 2016, Christian Onetto; Disponible en: <http://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/opinion-sobre-las-nuevas-tendencias-de-las-tic-en-empresas-en-2016-en-colombia/218015>.
- Ley 50 de 1990, artículo 74.
- López, C. (11 de Enero de 2001). *El outsourcing o la tercerización*. Recuperado el 17 de Marzo de 2020, de <https://www.gestiopolis.com/outsourcing-tercerizacion/>
- López-Oliva, J. (2019). La responsabilidad civil médico-sanitaria en época de pandemia. Aproximaciones al estudio del caso colombiano. *Nueva Época*, (53), 11-37.
- López Oliva, J. O., (2010). LA ÚLTIMA REFORMA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA: Lejano de la eficiencia y camino a la privatización total. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XIII(25), 219-233.
- Mintrabajo, M. d. (2016). *Decreto 583 de 2016*.
- López Oliva, J. (2011). *Una propuesta que protege el derecho a la reparación integral de las víctimas del hecho médico-sanitario dañoso y ampara el patrimonio del prestador en salud*. Uniandes.
- OIT . (2004). *¿Qué es el trabajo decente?* Recuperado el 15 de Marzo de 2020, de https://www.ilo.org/https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm
- Alarcón Peña, A., & López Oliva, J. . (2022). Estado social de derecho y criterio de sostenibilidad fiscal. *Dictamen Libre*, (31). <https://doi.org/10.18041/2619-4244/dl.31.9770>Romero, Antonio. (19 de Abril de 2002). *Outsourcing. Qué es y cómo se aplica*. Recuperado el 13 de abril de 2020, de <https://www.gestiopolis.com/outsourcing-que-es-y-como-se-aplica/>
- Rifkin, Jeremy, 2014: “La Sociedad Del Coste Marginal Cero –El Internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo”; Editorial Paidós, Primera Edición de Septiembre 2014.