



CRITERIOS PARA DETERMINAR LA SOLIDARIDAD EN EL PAGO DE
ACREENCIAS LABORALES EN EL TRABAJO TERCERIZADO

CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
SAMUEL AUGUSTO OROZCO GIRALDO
JUAN ANDRÉS TRIANA ROJAS

Trabajo de grado presentado para optar al título de:
ABOGADO

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO (NOCTURNO)
MANIZALES, MAYO DE 2014



CRITERIOS PARA DETERMINAR LA SOLIDARIDAD EN EL PAGO DE
ACREENCIAS LABORALES EN EL TRABAJO TERCERIZADO

CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
SAMUEL AUGUSTO OROZCO GIRALDO
JUAN ANDRÉS TRIANA ROJAS

Trabajo de grado presentado para optar al título de:
ABOGADO

Tutor:
Doctor WILSON NIETO

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO (NOCTURNO)
MANIZALES, MAYO DE 2014

RESUMEN

El presente proyecto tuvo por énfasis la búsqueda de “Criterios para determinar la solidaridad en el pago de acreencias laborales en el Trabajo Tercerizado”, tema de vanguardia por ser la tercerización una de las formas contractuales de mayor prevalencia en el marco de la flexibilización laboral propia del mundo globalizado.

La investigación se enmarcó en un paradigma cualitativo, cuyo fundamento fueron las narrativas que en el campo de lo jurídico, alusivos al tema en mención. Así mismo, se privilegió la descripción, toda vez que se explicitaron los vacíos conceptuales en esta aspecto de lo laboral y se plantearon algunos fundamentos prácticos, que son de importancia en el ejercicio del derecho en pro de la defensa de los derechos de los trabajadores; para ello, se recurrió a la revisión de los contenidos de sentencias, fuentes bibliográficas en general.

Entre las principales conclusiones se tiene:

Se resalta el énfasis de la jurisprudencia colombiana en lo que respecta al “Trabajo Digno y decente”, que se predica en todos los sectores productivos, tanto en el ámbito de lo público como de lo privado; por ser una de las condiciones mínimas del desarrollo humano y social. Es por ello que es deber de todas las autoridades en materia laboral en Colombia, propender por el cumplimiento de lo expuesto en las normas nacionales e internacionales, en procura de asegurar esas condiciones dignas y decentes a los trabajadores y trabajadoras, donde la promoción y acceso a la seguridad social integral y demás obligaciones se hagan realidad, en el marco de los postulados de protección que exige el Derecho fundamental al trabajo.

Producto de la revisión documental para el desarrollo del proyecto se encontró que desde los contenidos semánticos la tendencia de las normas es la de apostarle a la flexibilización laboral, a la tercerización contractual en todas sus formas, mientras que la postura de la Corte Constitucional a través de las Sentencias muestra una marcada tendencia a asumir un enfoque proteccionista de los derechos laborales.

PALABRAS CLAVE: Tercerización, solidaridad, derechos laborales, acreencias laborales, herramienta jurídica, Derecho Laboral.

ABSTRAC

This project was to focus the search for "solidarity Criteria for payment of labor claims in the Outsourced Job" themed edge outsourcing being one of the most prevalent forms of contract under their own labor flexibility the globalized world.

The research was part of a qualitative paradigm whose foundation were the narratives in the legal field, alluding to the subject in question. Likewise, the description is favored, since the conceptual gaps were spelled out in this aspect of the work and some practical foundations, which are important in the practice of law in favor of the defense of workers' rights were raised; for this, he resorted to review the contents of judgments in general bibliographic sources.

The main conclusions we have:

Emphasis Colombian jurisprudence regarding the "Worthy and Decent Work" preached in all productive sectors , both in the realm of the public and private sectors is highlighted ; as one of the minimum conditions of human and social development. Therefore it is the duty of all labor authorities in Colombia, promote compliance with the above in national and international standards, seeking to ensure such dignity and decency to workers where promotion and access to comprehensive social security and other obligations are realized in the framework of the principles of protection required by the fundamental right to work.

Proceeds from the literature review for the project found that the semantic content from the trend of the rules is to bet on labor flexibility, the contractual outsourcing in all its forms, while the position of the Constitutional Court through of Sentences shows a marked tendency to take a protectionist approach to labor rights.

Keywords: Outsourcing, solidarity, labor rights, labor claims, legal tool, Labor Law.

PRESENTACIÓN

La subcontratación o tercerización (del inglés outsourcing) es el proceso económico en el cual una empresa mueve o destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas hacia una empresa externa por medio de un contrato. Se define como la gestión o ejecución permanente de una función empresarial por un proveedor externo de servicios. La empresa subcontratante deberá transferir parte del control administrativo y operacional a la empresa subcontratada, de modo que ésta pueda realizar su trabajo apartada de la relación normal de la empresa subcontratante y sus clientes. La subcontratación también implica un considerable grado de intercambio bidireccional de información, coordinación y confianza.

Las opiniones en contra de la subcontratación están basadas en tres percepciones económicas fundamentales: a) los trabajadores subcontratados no son empleados pagados de la empresa que de hecho presta el servicio, por lo cual no tienen un incentivo de lealtad hacia ésta; b) normalmente se contrata a los trabajadores con "contrato de obra", a pesar de que la tarea realizada suele ser continua. Dada la precariedad total producida y el abuso que se suele dar de esta figura contractual, a veces incluso para realizar despidos arbitrarios, es normal la "huida" de los trabajadores si encuentran un empleo de mayor calidad, con lo cual la calidad del servicio se suele resentir; c) la subcontratación (especialmente seguida de la externalización o la deslocalización) elimina puestos de trabajo.

Esta tendencia moderna a subcontratar aquellas actividades que no constituyen el objeto central de la empresa, afecta de manera considerable los niveles de empleo tradicionales (aquellos empleados directos vinculados mediante un contrato de trabajo tradicional y con todas aquellas garantías establecidas por ley).

Las transformaciones productivas de las últimas dos décadas han agregado nuevos motivos de preocupación. El tratamiento prioritario en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo (París, 2006)¹ del tema de la descentralización productiva y la pérdida o deformación de la protección laboral, revelan la universalidad de la cuestión. La fragmentación, externalización, diversificación y deslocalización productivas o la generación de redes societarias, diluyen la identificación misma del sujeto empleador que parece haber quedado nublada por la diversidad de apariencias que adquiere el fenómeno.

En Colombia, en el año 1950, en el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se promulgaron los Decretos Legislativos 2663 y 3743, que dieron origen al Código Sustantivo de Trabajo; allí, se recopiló la cantidad de normas que en forma dispersa, existían sobre las relaciones de trabajo y sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Los anteriores decretos fueron adoptados como ley mediante la Ley 141 de 1961 como legislación permanente del trabajo.

La finalidad de dicho Código es regular las relaciones entre empleador y trabajador. En consonancia con los artículos 17, 18 y 35 de la Constitución Política de Colombia de 1991, la misión de dicho Código es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

La solidaridad en Colombia en términos laborales, es un tema de gran importancia, ya que aún en el caso de que la contratación externa se haga de manera clara y sin vicios en el consentimiento, y que la naturaleza de la prestación se haga de tal forma que no se configure una relación laboral, el empleador puede llegar a tener que pagar salarios y prestaciones de los empleados de sus contratistas.

¹ Congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad social. 2006. En: Revista Gaceta Laboral. Vol. 12 No. 03. Septiembre de 2006. Paris.

Aunque la regla general es que los contratistas independientes respecto de sus empleados son verdaderos patronos y asumen en su totalidad los salarios y prestaciones sociales, la ley prevé ciertos eventos en los cuales el contratante puede llegar a ser solidariamente responsable con los costos laborales de los empleados del contratista que no han sido satisfechas².

La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto afirmando que labores no extrañas a las actividades normales de la empresa son aquellas que tengan el carácter de conexas e inherentes a las mismas:

“...La responsabilidad solidaria se predica legalmente cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada sea inherente o también conexas, con la actividad ordinaria del beneficiario. El CST en Colombia, al referirse a “labores extrañas a las actividades normales, de la empresa o negocio”, para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario”³.

Como parte de la revisión de antecedentes para el desarrollo del estudio aquí propuesto, se encontró que:

El modelo de libre mercado impuesto ha generado que Colombia sea el tercer país más desigual de América Latina por concentración de la riqueza y que los trabajadores sean despojados de sus derechos. Esta política de deslaboralización y desconocimiento del contrato laboral ha dado paso a la vinculación a término fijo regulada por las normas del Código Civil, como son el contrato por honorarios o por Orden de Prestación de Servicios (OPS). Esta es la forma como los sectores privado y público al contratar burlan la estabilidad laboral, las prestaciones sociales, las vacaciones y los aportes a la seguridad social.

² Prevista en el Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo

³ República de Colombia. 1968. Corte Suprema de Justicia. Cas. Laboral, Sent. Mayo 25 de 1968.

Colombia es uno de países que más desconoce los convenios internacionales en materia laboral y los derechos humanos de los trabajadores. Es el Estado quien da el peor ejemplo al tercerizar y multiplicar las plantas paralelas, los contratos temporales y las más diversas formas de tercerización. El mismo Ministerio del Trabajo dice desconocer cuántos trabajadores tercerizados o en nóminas paralelas hacen parte del Estado. Algunas cifras señalan que más de 120 mil se encuentran en provisionalidad. El número de los que están por prestación de servicios aún no se termina de contar. Según cifras recientes del Ministerio del Trabajo, por cada 100 trabajadores oficiales en las entidades territoriales, había 170 por Orden de Prestación de Servicios. En el nivel central la situación es similar: por cada 100 trabajadores de planta había 132 por Orden de Prestación de Servicios.

En recientes foros de los trabajadores estatales se denunciaba que en el Ministerio del Trabajo existe una planta paralela de 400 empleados. En el caso de Bogotá, y en las administraciones departamentales trabajan 270 mil personas, pero de estas solo cien mil son de planta y tienen contrato formal de trabajo. Hay casos extremos como Arauca, Casanare, Nariño y los dos Santanderes, donde entre el 80% y el 90% de los funcionarios es de nómina paralela; y en la alcaldía de Cali se estima que por cada funcionario de planta hay tres contratistas.

Muchos de estos trabajadores cumplen más de 10 y 15 años laborando con este tipo de vinculación. Todos los gobiernos neoliberales han impuesto medidas de ajuste fiscal, privatizaciones y reestructuración de las entidades del Estado; solo en el gobierno Uribe se reestructuró y recortó la planta en 500 entidades públicas.

Cabe preguntarse, ¿a quién beneficia esta puerta giratoria de vinculación con el Estado? Es tan grave el problema que en el año 2012 se denunciaron más de mil despidos de trabajadores tercerizados en Bogotá; 300 despidos en la alcaldía de Barranquilla; en Soledad (Atlántico), 150; en el departamento del

Atlántico, 200; En Cali, 300; en UNE Medellín, 200; y en la alcaldía de Cúcuta, 200.

Es por lo anteriormente expuesto que surge el problema de investigación que direccionó el desarrollo del estudio.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA: ¿Cuáles deben ser los criterios para determinar si hay solidaridad en el pago de acreencias laborales entre el contratista y el contratante, respecto al trabajador tercerizado?

Los objetivos que permitieron establecer el alcance de la presente investigación fueron:

El objetivo general, definir los criterios para determinar los casos en que se aplica solidaridad en el pago de acreencias laborales por parte del contratante y contratista a favor del trabajador tercerizado, como contribución a la no exclusión de derechos laborales.

Entre los objetivos específicos se plantearon:

Explorar las sentencias, casos y demás fuentes en las que se presenten situaciones de tercerización laboral en Colombia.

Identificar la coyuntura estructural de los elementos jurídicos, a partir de los cuales se da el vacío conceptual en el ámbito laboral.

Estructurar los fundamentos prácticos en materia de solidaridad e igualdad en el pago de acreencias laborales entre contratante y contratista.

La tercerización laboral se presenta cuando un contratista independiente contrata una labor con un tercero, y a la vez contratan trabajadores para desplegar el objeto contratado, constituyéndose estos contratistas en verdaderos

empleadores y responsables directos de las acreencias laborales, tal como lo preceptúa el Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

El contratante es responsable solidario de las obligaciones laborales adquiridas con los trabajadores contratados por el contratista, sólo cuando la labor contratada sea propia de las actividades que se desarrollan en la empresa, presentándose en este aspecto un vacío, al tiempo que una necesidad de fijar unos criterios claros que determinen los casos en que existe solidaridad, aun cuando la labor contratada sea extraña o ajena al objeto social de la empresa, pues ya ha habido diferentes pronunciamientos en la jurisprudencia nacional, donde el juez, en uso de su discrecionalidad, aplica solidaridad en algunos casos y en otros no.

La importancia de adelantar estudios como el que aquí se expone, radica en la construcción de un fundamento jurisprudencial que abogue por los derechos en términos laborales, por lo que se hizo oportuno realizar una revisión conceptual y estructural desde los diferentes modelos solidarios que se vienen presentando en el marco de la tercerización laboral. En primer plano, se encuentra la precaria situación laboral en la que todos los trabajadores del país han venido confluyendo, después de la modificación de códigos y la aparición de nuevas formas de contrato, luego se comprende la marginalización y el desequilibrio en el que las empresas se han establecido (de manera amañada), desde un abismo que deja respirar ilegalidad.

La falta de garantías contractuales, ha dado a los contratistas herramientas para la búsqueda de estrategias de nivelación y equilibrio entre los actores comprometidos en el contrato, sin embargo impera la desigualdad, al tiempo que la falta de solidaridad entre dichos actores. De ahí que la tercerización laboral aparezca como una descendencia más marginada que la vivida por los propios contratistas directos.

El trabajador tercerizado, al no tener que corresponder a los términos de protección como seguridad social, riesgos profesionales, pensión y demás, entra en el campo laboral con desventajas respecto de quienes gozan de los privilegios de la contratación directa.

De ahí que sea oportuno el plantear líneas desde lo jurisprudencial, con el fin de propender por la igualdad en el pago de acreencias laborales entre contratante y contratado en la tercerización.

I. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

1.1 LA TERCERIZACIÓN COMO MODALIDAD CONTRACTUAL: Debido a las transformaciones sociales, económicas, comunicativas y tecnológicas que se han presentado en el mundo en los últimos tiempos, se han generado cambios en la manera de establecer contratos laborales, lo que ha implicado numerosas flexibilizaciones y desregularización a las leyes de trabajo establecidas. Estas transformaciones en la contratación laboral emergen en apariencia con el “fin de estado de bienestar”, pero en realidad están suscitando la pérdida paulatina de beneficios laborales que ante la ley ya se habían conquistado, lo que propicia gran parte de la pobreza y las injusticias sociales que en el mundo acontecen.

En estas nuevas modalidades de relación económica contractual, es el mercado el que impone sus reglas de juego, y éstas están en muchas ocasiones más allá de lo que las leyes han promulgado. De lo anterior, se desprende la cuestión de si son los cambios económicos y sociales los que imponen este tipo de contratación o éstos son los instrumentos que el capitalismo y sus representantes están implementando para oprimir a los que están en desventaja en cuanto a la relación económica o laboral. Además cabe preguntarse qué tipo de medidas se están tomando en materia legal para nivelar estos desequilibrios en la Ley. De ahí el énfasis que tuvo en el presente estudio, en lo que respecta a la solidaridad que los contratantes deben tener con los contratistas en el marco de la Tercerización Laboral.

Como ya se ha mencionado en apartes anteriores, la Tercerización es el tipo de contrato laboral que consiste en delegar a terceros la realización de actividades o procesos que no hacen parte de la razón de una empresa, o no se tienen como centrales o claves en un determinado negocio. Esa tendencia se ha ido posicionando en los últimos tiempos debido a la globalización y las políticas

neoliberales, con el fin de que las empresas se dediquen al *core bussines* o centro de su negocio, como estrategia para posicionarse mejor ante sus competidores y reducir gastos administrativos y logísticos. En este sentido, el *oustourcing* está enfocado a los procesos de eficiencia de modo que sean terceros los que desarrollen las actividades secundarias que no son propias de la razón de la empresa.

De acuerdo con Miguel Pérez (2005, p. 15), el *outsourcing* o tercerización se caracteriza en últimas en buscar agilizar y economizar el logro de los objetivos sociales de las empresas por medio de la contratación con terceros de procesos, o variados servicios, de modo que las empresas se centren en lo que les es característico y las distingue. Si se quisiera dar una definición podría decirse que el *oustourcing* consiste en acudir a un tercero para que desarrolle una función o varias que no forman parte *care business* de la empresa, con total autonomía e independencia sin que el contratante tenga vínculo alguno en la administración o manejo de lo contratado, ya que la actividad se concreta en un resultado final del producto o servicio de que se trate.

El objetivo de esta tercerización del trabajo es que las empresas cumplan con las actividades en las que no tienen experiencia, pericia o no cuentan con el tiempo para su ejecución. En su artículo sobre tercerización, Rodríguez (2012, p. 12), afirma que esta, se ha entendido como una forma de obtener la prestación de servicios de personas naturales mediante figuras jurídicas que no corresponden al contrato de trabajo, de forma que quien requiere estos servicios no incurre en los gastos propios de la relación laboral, tales como las prestaciones sociales, los aportes a la seguridad y otros derechos laborales, pero a cambio cede el poder subordinante sobre la persona natural que le presta el servicio.

De acuerdo con esta caracterización, la tercerización tiene como uno de sus principales objetivos deslindarse de las obligaciones contractuales que adquiriría

con un empleado en condiciones corrientes, en compensación a ello le otorga libertad de accionar y no interfiere en los procesos y fines para los que fue contratado. De aquí que el objetivo de la relación entre el contratante y el contratista sea que éste último le entregue un producto o resultado final, ya que esa ha sido la intención de la contratación. Ello implica que el contratante no se inmiscuye en el desarrollo del fin, ya que este proceso se realiza con recursos del contratista, y si lo hace es con el objetivo de constatar que el servicio se dio de acuerdo a las condiciones estipuladas entre contratante y contratista.

Algunas de las modalidades bajo las que se presenta la Tercerización o Outsourcing son: Las Organizaciones de Trabajo Asociadas (OTAS); las Bolsas de Trabajo y la Contratación Independiente. Todas ellas presentan la particularidad de que se les contrata para realizar una actividad específica para un contratante, y se ejecutan con los recursos del contratista, por ello este último tiene autonomía en el proceso y fin para el que fue contratado. Además el contratista puede subcontratar a su vez con personas dedicadas a colaborarle, para obtener el fin para que fue contratado, con lo que se crea otro tipo de contrato y relación, siendo así que se establezcan dos tipos de relación contractual, una que se da entre el contratante y el contratista, y otra que se da entre éste último y las personas que contrate o tenga a cargo para cumplir con las funciones con las que fue contratado.

La contratación bajo el modelo de Tercerización Laboral presenta elementos que lo distinguen tales como la plena autonomía frente a quien contrata y la posibilidad de atender varios usuarios, ya que no se trata de un apéndice de una organización empresarial sino de una compañía con su propia estructura y organización particular, con la consecuente responsabilidad en el manejo pleno de los aspectos administrativos, financieros y demás que le competen, y de resultado final del producto o servicio de que se trate (Pérez García, 2005, p. 25).

A continuación se realiza una caracterización de tres de las modalidades bajo las que se presenta la Tercerización Laboral: Las Organizaciones de Trabajo Asociadas (OTAS); las Bolsas de Trabajo y la Contratación Independiente.

1.2 ORGANIZACIONES DE TRABAJO ASOCIADO (OTAS): De acuerdo con el Decreto 4588 de 2006, las cooperativas de trabajo asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyentes económicos de la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

De acuerdo con el Artículo 5º del Decreto antes mencionado, el objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, es por ello que estas asociaciones tienen sus propios regímenes internos y estatutos, los cuales establecen los derechos y deberes de quienes las conforman.

El sector solidario es uno de los que en los últimos tiempos ha tenido más fuerza en nuestro país. Dicho sector se divide en varias áreas de acuerdo al servicio que preste. En Colombia lo relacionado con las cooperativas se reguló con la Ley 19 de 1988, en donde se le asignó un lugar dentro del sector económico y las cuales deben cumplir con los siguientes objetivos:

- Facilitar la aplicación y práctica de la doctrina y los principios del cooperativismo.

- Promover el desarrollo del derecho cooperativo como rama especial del ordenamiento jurídico.
- Contribuir al fortalecimiento de la solidaridad y de la economía social.
- Contribuir al ejercicio y perfeccionamiento de la democracia mediante una activa participación.
- Fortalecer el apoyo del Gobierno nacional, departamental y municipal al sector cooperativo.
- Proporcionar la participación del sector cooperativo en el diseño y ejecución de los planes y programas del desarrollo económico y social
- Propender al fortalecimiento y consolidación de la integración cooperativa en sus diferentes manifestaciones.

Estas cooperativas se organizan de acuerdo con las actividades que realizan o a los servicios que ofertan. De acuerdo con ello se dan cooperativas multiactivas que son las que se organizan para atender varias necesidades. Cooperativas Integrales, son aquellas que en desarrollo de su razón social realizan más de dos actividades integrales entre sí. En cuanto a la función que desempeña las cooperativas de trabajo asociado, estas son de diversas actividades del sector productivo y social. Dichas empresas cooperativas pueden ser de producción, distribución y prestación de servicios.

Las de producción son las que adelantan actividades de extracción o explotación de los recursos renovables o de transformación de los mismos a un producto final y pueden ser de producción agrícola y pecuaria, minera, de silvicultura, pesca o actividades de flora y fauna, producción industrial y semi-industrial y de actividades artesanales o manufactureras.

Las cooperativas de distribución se organizan con el propósito de vender productos que proveen los asociados, principalmente para el reglón del consumo.

Las de prestación de servicios cumplen funciones en el denominado tercer sector de la economía, esencialmente en actividades que contribuyen con el bienestar de la sociedad, servicios que se prestan en áreas muy variadas como salud, educación, transporte, electrificación rural, telefonía, abastecimiento de bienes básicos, vigilancia, recreación, cultura, actividades financieras y de seguros.

De acuerdo con las relaciones contractuales que surgen en este tipo de contrato, muchas de las especificaciones y reglamentos que promulgan las cooperativas, éstas se han desnaturalizado, ya que muchas veces dentro de ellas se confunde el rol de trabajador asociado con el de trabajador asalariado.

La OIT ha reconocido la importancia de estas empresas para generar empleo, no obstante advierte que este tipo de empresas también han generado problemas en cuanto a la justa contratación de los empleados y la responsabilidad y solidaridad , que como contratantes directos no tienen con él, por todo ello se precisan de acuerdo con García Pérez (2005, p. 10): formas más enérgicas de solidaridad humana en el plano nacional e internacional para facilitar una distribución equitativa de los beneficios de la globalización, precisando el rol y la naturaleza que corresponde a las Cooperativas de Trabajo Asociado en un mundo como el actual.

La responsabilidad y solidaridad que los contratantes deben tener con los asociados o contratistas es que se cumpla con todas las estipulaciones a las que se llegó en el contrato en cuanto a compensaciones económicas, y las cooperativas y asociaciones de trabajadores deben guiarse por las normas y estatutos bajo las cuales se rigen este tipo de organizaciones.

Este tipo de contratación también tiene unas compensaciones que han sido estipuladas por la ley, y que se tienen en cuenta en la función del trabajo, la

especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado, y deberá contener cuanto menos los siguientes aspectos:

- Monto, modalidades de compensación y niveles o escalas para los diferentes trabajos, o labores desarrolladas; periodicidad y forma de pago.
- Deducciones y retenciones de las compensaciones que se le puedan realizar al trabajador asociado; requisitos, condiciones y límites.
- Los aportes sociales sobre compensaciones, de acuerdo con lo establecido por los estatutos.
- La forma de entrega de las compensaciones (Artículo 58 y 59. Ley 79 de 1988) y artículo 25, decreto 4588 de 2006.

1.3 CONTRATISTA INDEPENDIENTE: Se conoce como contratista independiente aquella persona que realiza una o varias acciones para un tercero, por un precio determinado, teniendo en cuenta que esas labores se deben hacer con recursos propios y con la capacidad de autorregularse en lo procedimental y administrativo, además de asumir todos los riesgos. Este tipo de contratistas son sus verdaderos patronos y no hay intermedios entre él y el contratante, pero a pesar de ello no se eximen de las responsabilidades que acarrea este tipo de relación contractual, por ello se ha establecido una solidaridad que la ley acepta y defiende, y que se da entre el contratista y el beneficiario de la obra. Esta solidaridad se da cuando el contratante se hace cargo y responde a cabalidad con el monto de los salarios que se acordó por el servicio que se presta, prestaciones e indemnizaciones a las cuales se tenga derecho, esto de acuerdo en el Artículo 6, del Decreto 2127 de 1945.

En este tipo de contratos se establecen dos tipos de relaciones laborales y contractuales, una la que se da entre el beneficiario de la obra y el contratista, y dos, la que se da entre el contratista y los empleados o colaboradores que éste tenga para el desarrollo de la actividad para la que fue contratado. De acuerdo con

Rodríguez (2012, p. 17), es claro que el ejercicio independiente de una actividad puede observarse desde dos aristas: la primera, desde el punto de vista del individuo lo cual implica un ser humano que desarrolla autónomamente un trabajo. La segunda, desde el punto de vista de sus dependientes, lo cual envuelve que estos a su vez pueden tener verdaderas relaciones laborales mediante las cuales se dé cumplimiento al servicio contratado con los trabajadores.

De acuerdo con lo anterior se establece una relación de responsabilidad frente a los derechos de los trabajadores, cuando en ella se presenta una relación de subordinación.

La solidaridad dentro de este contrato se da entre el contratante y el contratista y el primero tiene que comprometerse solidariamente con el segundo a facilitarle el monto total que fue acordado como remuneración por el trabajo que le fue asignado, además debe hacerse responsable de las indemnizaciones a las que se tenga derecho.

1.4 EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES: De acuerdo con el Artículo 2, del Decreto 4369 de 2006, una Empresa de Servicios Temporales "EST" es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador. Las empresas de servicios temporales tienen trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las Empresa de Servicios Temporales y los que están en misión son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. Se entiende por dependencias propias, aquellas en las cuales se ejerce la actividad económica por parte de la Empresa de Servicios Temporales. De

acuerdo con el Artículo 5º, de este mismo decreto los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.

Se entiende por lugar de trabajo, el sitio donde el trabajador en misión desarrolla sus labores, junto con trabajadores propios de la empresa usuaria.

De acuerdo con lo estipulado por el Artículo 6, los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías.

Las empresas de servicios temporales se comprometen en un contrato de prestación de servicios pero no se comprometen con un resultado específico, como es el caso del contrato que suscribe el contratista con el beneficiario, sino que en este caso, la empresa se compromete con el beneficiario o usuario a facilitarle unos trabajadores que le desarrollen la obra requerida, en este caso, la empresa hace de mediadora contractual entre la empresa contratante, y el empleado. De acuerdo con lo anterior se pueden establecer unas semejanzas y diferencias entre los contratistas independientes y las empresas que prestan servicios temporales, ya que en variadas oportunidades se presentan confusiones

entre estas dos figuras de contratación, las semejanzas que se presentan entre estas dos figuras es que se convierten en verdaderos empleadores, es decir ellos tienen a cargo delegar actividades a otros que a su vez subcontratan con el fin de realizar una actividad. Estas empresas presentan unos precios establecidos, además no son representantes ni intermediarios, y su objetivo es prestar un servicio o beneficios a terceros.

Sin embargo en estas semejanzas, no se pueden desconocer los puntos en los que presentan diferencias.

A las empresas de servicios temporales se les exige la constitución de una póliza a nombre de sus trabajadores en misión con la que se les garantice el pago de sus salarios en caso de iliquidez de la empresa, cosa que no sucede con los contratistas independientes, además estas empresas como se constituyen con normas especiales deben presentar informes periódicos, constitución de pólizas a favor de los trabajadores y además están sujetas a causales de suspensión y disoluciones especiales calificadas por el Ministerio de la Protección Social, cosa que no ocurre con los contratistas independientes; siguiendo a Pérez García (2005, p. 30), las personas que estén vinculadas a estas empresas tienen el derecho al pago ordinario, de acuerdo a la remuneración por el trabajo que se esté realizando; además, tienen iguales beneficios en materia de recreación alimentación y transporte que de los trabajadores del usuario en el lugar de trabajo.

Así mismo, entre estos existen diferencias en cuanto a los requisitos legales en su constitución, en el entendido que las empresas de servicios temporales deben además de ser una sociedad comercial, les obliga obtener una autorización especial del Ministerio de la Protección Social; los contratistas independientes, sólo deben cumplir con las normas del Código de Comercio para la constitución de sociedades. Existe otra diferencia marcada, toda vez que el fondo porque la

prestación de servicios se encarga o tiene como final entregar un resultado acordado, mientras que la empresa prestadora de servicios tiene como objetivo ofrecer un medio para realizar ese fin perseguido, en este caso el medio es el trabajador.

Como ya se mencionó cada una de estas formas de contratación tienen sus particularidades y semejanzas. Dentro de ellas cada uno de los beneficiarios de las obras a ejecutar debe asumir ciertas responsabilidades y ser solidarios con los contratistas y las personas subcontratadas por ellas, de acuerdo a esto se han especificado algunos casos en los que la empresa o contratante debe asumir ciertas responsabilidades.

1.5 LA SOLIDARIDAD EN LOS CONTRATOS DE TERCERIZACIÓN DE TRABAJO: La solidaridad por parte del contratante se debe dar en las tres clases de contratación de tercerización del trabajo. En el caso del contratista y el beneficiario la responsabilidad opera en cuanto a salarios, entendido por tal todo lo que el trabajador recibe como retribución directa de su trabajo: prestaciones sociales (legales y extralegales), entendido por éstas todos aquellos derechos establecidos por la legislación colombiana o por las partes como tal; y finalmente, indemnizaciones que puedan ser derivadas por ejemplo de un despido sin justa causa, de un accidente de trabajo, de la mora en el pago de salarios y prestación de servicios sociales (Rodríguez, 2012, p. 26).

Para Pérez García (2004, p. 17), la solidaridad debe mediar una relación de causalidad entre el contrato de obra y el de trabajo, que consiste en que la obra o labor, corresponda a las actividades normales de quien contrata, porque si es ajena a ellas, los trabajadores del contratista independiente no tienen acción solidaria alguna, contra el beneficiario de la obra.

Al respecto de esta norma, en Sentencia del 20 de Marzo del 2013, la Corte Suprema declara frente al tema de solidaridad del beneficiario o dueño de la obra, en donde no casa la demanda ya que las actividades realizadas por el contratista no corresponden con los contratados con el beneficiario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación 40541, 20 de Marzo del 2013).

De acuerdo con lo anterior, la solidaridad se dará siempre y cuando la actividad del contratista o empleado se encuentre relacionada con la actividad propia para la que fue contratado; de no darse esta relación, el contratante no tiene ninguna responsabilidad y solidaridad. El beneficiario de la obra será responsable solidariamente con el contratista del valor de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, excepto si las actividades realizadas son extrañas a las de la empresa o negocio (Rodríguez, 2012, p 11).

El Artículo 1569 del Código Civil prescribe que la institución de la solidaridad surge “cuando varias personas deben una cosa a un mismo acreedor, bien sea singular o plural” la solidaridad en este tipo de contrataciones se presenta en distintas formas.

De acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo (CTS), respecto a la solidaridad que el contratante debe tener con el contratista independiente, el Artículo 34, establece que el contratante debe cancelar el valor integral del contrato, de no ser así el contratista podrá obtener una condena a favor de su acreedor, o podrá, a elección de este último, encaminar su demanda en contra de todos o uno de los deudores solidarios.

Los contratistas independientes, que contraten una obra o labor con una empresa, y a la vez contraten empleados para desarrollar el objeto contratado, son verdaderos empleadores y por tanto debe asumir todas las responsabilidades laborales propias de un empleador, siempre y cuando se cumplan los requisitos

establecidos por el Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que como lo contempla dicho artículo, los contratistas independientes son verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no basta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso.

Asimismo el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el contrato, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas. Además el que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas.

Aquí se puede ver que la empresa contratante, es responsable solidario de las obligaciones laborales adquiridas con los trabajadores contratados por el trabajador independiente en los términos del Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, siempre y cuando, la labor contratada sea propia de las actividades normalmente desarrolladas por la empresa. Si la obra o labor contratada es extraña o ajena al objeto social de la empresa, no existirá tal solidaridad.

El contratista por su parte es también responsable solidario de las personas que contrate a su cargo para realizar la actividad por la que fue contratado.

Al respecto, en Sentencia del 12 de septiembre de 2012, la Corte Suprema declara a favor del demandante frente a un caso en el que el contratista independiente se asume como verdadero empleador y no como un mero empleador o intermediario del contratante o beneficiario de la obra, ya que su actividad no es la intermediación laboral. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación 46177, 12 de septiembre del 2012).

En cuanto a los alcances de la solidaridad proveniente de la subcontratación el Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, busca ampliar la frontera de protección, del trabajador frente a la posible subcontratación autorizado o no del principal contratista, pues de lo contrario existiría una salida perversa para quien pretende buscar una sentencia favorable a sus pretensiones, sin asistirle la legitimación de la causa para con el principal contratista, o para el beneficiario de la obra, debiendo acudir solamente contra el “subcontratado”, quien seguramente no tendrá la misma solvencia económica que el beneficiario de la obra (Orjuela, 2012).

Con relación a lo anterior, la Corte Suprema ha indicado lo siguiente:

“La del contratista independiente que realiza una obra o servicio determinados en beneficio de una persona cuya actividad empresarial o mercantil es afín con la obra o servicio contratado. Esa finalidad implica según la Ley laboral, la garantía de la solidaridad, que compromete a los dos sujetos, contratante y contratista de manera solidaria, en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores.

La de los subcontratistas independientes, sin importar el número. O en otros términos, sin que importe cuán extensa sea la cadena de contratos civiles de obra o de prestación de servicios. La solidaridad legal del beneficiario de la obra o del servicio con los subcontratistas

dependerá de si existe o no afinidad entre la obra o servicio contratado y la actividad empresarial o mercantil del contratante inicial. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 17573, 12 de junio de 2002)”.

II. METODOLOGÍA

2.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN: La investigación se enmarcó en un paradigma cualitativo, con un enfoque hermenéutico, cuyo fundamento fueron las narrativas que en el campo de lo jurídico se han tejido respecto de la solidaridad en el pago de acreencias laborales por parte del contratante y el contratista en favor del trabajador tercerizado.

Así mismo, se privilegió la descripción, toda vez que se explicitaron los vacíos conceptuales en esta aspecto de lo laboral y se plantearon algunos fundamentos prácticos, que son de importancia en el ejercicio del derecho en pro de la defensa de los derechos de los trabajadores; para ello, se recurrió a la revisión de los contenidos de sentencias, fuentes bibliográficas en general, relacionados con el tema objeto de estudio.

2.2 FUENTES DE INFORMACIÓN

2.2.1 Fuentes Primarias: Información suministrada por la Escuela Nacional Sindical; además, impresiones tomadas a través de encuentros y entrevistas con trabajadores, líderes sindicales, directivos empresariales y expertos en el tema.

2.2.2 Fuentes secundarias: Información documental y bibliográfica recopilada de autores conocedores y expertos en el tema, material de consulta encontrado en la Escuela Nacional Sindical, en las diferentes bibliotecas de las universidades de la ciudad de Manizales y materiales en formato electrónico.

2.3 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN: Revisión documental, para ello se recurrió a:

- Fichas de contenidos.
- Fichas jurisprudenciales.

- Resúmenes analíticos.

2.4 FASES DEL PROCESO

- a. Exploración bibliográfica.
- b. Exploración normativa y jurisprudencial.
- c. Sistematización de la información.
- d. Análisis de la información.

2.5 HIPÓTESIS: La respuesta anticipada que se planteó desde la propuesta del estudio fue: Los pagos de acreencias laborales, cuando se presenta tercerización laboral, presentan dificultades en lo que concierne al trabajador que presta sus servicios. Tal situación se representa en términos de igualdad entre los trabajadores, toda vez que la tercerización implica la pérdida de figuras contractuales como las prestaciones sociales, entre otros. Es necesario, en este sentido, plantear criterios para los casos en los que no se dé el pago de acreencias favorables para el contratista, o en el caso que no sea igualitaria.

III. RESULTADOS

En el siguiente capítulo se dará cuenta de los resultados obtenidos a partir de la revisión documental realizada al marco jurisprudencial encontrado en torno al tema de la solidaridad en el pago de las acreencias laborales por parte del contratante y el contratista a favor del trabajador tercerizado.

La exposición de resultados se hará en respuesta a los objetivos específicos planteados.

3.1 La tercerización y jurisprudencia

JURISPRUDENCIA	CONTENIDO	ANÁLISIS
Sentencia C-614 de 2009	<p>"Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267. 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto.</p> <p>".....A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de</p>	A través de esta sentencia se declara exequible el Artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, alusivo a la prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para atender funciones de carácter permanente en las distintas entidades y empresas.

	<p>contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente al juez constitucional por vía de la acción de tutela:....."</p> <p>"En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera, graves consecuencias administrativas y penales".</p>	
<p>Sentencia C 171 de 2012</p>	<p>"La jurisprudencia de esta Corte ha afirmado categóricamente que la protección del derecho al trabajo y la relación laboral, la especial protección de la vinculación laboral con el Estado y los derechos de los servidores públicos, así como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, obliga tanto a los particulares o empleadores del sector privado, como a</p>	<p>El contenido de la sentencia en esencia se centra en hacer un llamado a los organismos de control del Estado, para que continúen o den inicio a las actuaciones que a bien consideren para asegurar a los trabajadores colombianos las condiciones legales mínimas, acorde a los requerimientos de</p>

	<p>todas las autoridades públicas o empleadores del sector público, a respetar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizadas como formas de intermediación laboral, de deslaboralización, o de tercerización como regla general, de manera que deben ser obligados a responder jurídica y socialmente por la burla de la relación laboral. A este respecto, ha mencionado 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”.</p> <p>“...la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo”.</p> <p>“En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado en (a) la protección del derecho fundamental al trabajo; (b) la protección especial de la vinculación con el Estado; (c) la garantía de los derechos laborales de los servidores públicos; (d) la regla general de vinculación laboral para el desarrollo de las funciones permanentes o propias de las entidades públicas; (e) la prohibición de contratación de prestación de servicios, cuando se trate de funciones permanentes o propias de administración; y (e) por tanto, la prohibición de utilizar figuras jurídicas constitucionales y legales para la desviación de poder en la contratación pública, el ocultamiento de</p>	<p>la normatividad vigente en el país.</p> <p>De igual manera reitera la jurisprudencia regente en Colombia, respecto de la protección al derecho fundamental al trabajo y en especial al vínculo laboral con el Estado, determinando el alcance y la correcta interpretación normativa que se debe hacer de la misma.</p>
--	---	--

	verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaborización”	
Sentencia T – 173 de 2011	<p>“...al presentarse una controversia jurídica en torno al contrato realidad y el reclamo de derechos laborales, es necesario que el juez adelante un estudio detallado de las condiciones pactadas. Así como el escenario fáctico en el que se desarrolla el acuerdo, dando aplicación a las reglas constitucionales instituidas alrededor del derecho del trabajo. Para lograr esclarecer si se está frente a esta figura anómala de la “tercerización” y, en consecuencia, se establece el principio de contrato realidad. Lo anterior, logra evidenciarse si se cumple con los requisitos esenciales del vínculo laboral, los cuales son: (i) la prestación personal del servicio por parte del trabajador, (ii) el salario y, (iii) la continua subordinación o dependencia del empleado respecto del empleador”.</p>	<p>En este apartado de la Sentencia se resalta un punto clave de análisis jurídico, y es lo concerniente a la primacía de la realidad sobre la formalidad, para determinar si se está en presencia de una forma irregular de tercerización.</p>

3.2 Estructura jurídica y vacíos conceptuales en el ámbito laboral

Para poder tener una visión clara de la estructura jurídica que posee Colombia en materia de tercerización, se hace oportuno hacer un breve recorrido por el marco legislativo, así las cosas se tiene que:

En primer lugar se parte de la base como lo es el Código Sustantivo del Trabajo, en cuyos artículos 22, 23 y 24, hace alusión a la regulación de la vinculación de los trabajadores por medio del contrato de trabajo; lo que en esencia significa que una persona natural (trabajador) se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica (patrono o empleador), bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.

Señalan las normas citadas que una vez reunidos los elementos de prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, se entiende que existe un contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen (principio de la primacía de la realidad) (Blanco Rivera, 2005, p. 07).

En otro apartado del Código Sustantivo del Trabajo, en específico el artículo 34, subrogado por el artículo 3o. del Decreto Ley 2351 de 1965, define al contratista independiente de la siguiente manera: “

Son contratistas independientes, y por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores del contratista; solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que se repita contra él lo pagado a esos trabajadores. (Artículo 34 Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el art. 3º D.L. 2351/65).

Así las cosas, el contratista independiente es: a) verdadero patrono o empleador de sus trabajadores; b) no es representante ni intermediario del beneficiario de la obra o servicio; c) responde por la ejecución de una o varias obras o servicios, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva; d) responde por los salarios y prestaciones de sus trabajadores, y e) queda obligado a suscribir las garantías que en materia laboral le exija el beneficiario de la obra o servicio.

Como puede evidenciarse, en lo párrafos anteriores, se deja claramente señalada la existencia de límites jurídicos entre la relación de trabajo dependiente y la independiente del contratista autónomo, que puede encargarse de ejecutar obras o prestar servicios por su propia cuenta; o una parte de las labores propias

del beneficiario, como labores de promoción y mercadeo de productos, o la contabilización de las operaciones de la empresa contratante, la asesoría independiente, etc., con excepción del suministro de mano de obra que está reservado exclusivamente para las empresas de servicios temporales (Blanco Rivera, 2005, p. 09).

En lo que respecta a la responsabilidad solidaria del contratante o beneficiario de la obra o servicio, que no es empleador de los trabajadores del contratista, prevista en el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 (artículo 34 Código Sustantivo del Trabajo) no le infiere a éste último la calidad de empleador, sino que debe entenderse como una garantía especial derivada de la naturaleza protectora del derecho del trabajo, en caso de insolvencia o incumplimiento de obligaciones patronales por parte del contratista (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 19 mayo, 1998, Rad. 10.584). En todo caso, y para no confundir ésta actividad, de aquella denominada trabajo en régimen de subcontratación, no puede contratarse por disposición legal bajo ésta modalidad contractual independiente, el suministro de mano de obra de trabajadores en misión, objeto de éste análisis, por sujetarse ésta última actividad al cumplimiento de rigurosa reglamentación (Blanco Rivera, 2005, p. 10).

Llama la atención que en contraste, el artículo 35 Código Sustantivo del Trabajo define al simple intermediario como la persona que contrata servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono, quien es el verdadero empleador de dichos trabajadores. Se considera también simple intermediario, aun cuando aparezca como empresario independiente la persona que agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilizan locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

Es de subrayar que, en éste caso el simple intermediario no es el patrono de los trabajadores que contrata; y menos, cuando no desempeña su labor con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, respondiendo solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas, a menos que declare esa calidad y manifieste el nombre del empleador (Artículo 35 Código Sustantivo del Trabajo), lo que constituye una forma manifiesta de relación laboral encubierta o disfrazada.

En consonancia con lo anterior, el simple intermediario puede cumplir tareas encubiertas que se asimilan a una de las modalidades a perseguir, por cuanto se convierte en la práctica en un suministrador de mano de obra, pero sin serlo legalmente, ya que no cumple con los requisitos normativos para ser reconocido como empresario de servicios temporales.

En el marco del ejercicio de la libertad de empresa, hacia mediados de la década de los sesenta surgió en Colombia una modalidad de trabajo por medio de la cual un empresario suministra en forma independiente trabajadores temporales a una empresa denominada usuaria, para que, sin perder la condición de verdadero empleador de dichos trabajadores, le presten servicios subordinados al usuario.

La primera reglamentación establecida en el Decreto 1433 de 1983 señaló la condición de verdadero empleador o patrono de los trabajadores enviados a un usuario por la empresa contratista suministradora de mano de obra, a la cual se obligaba a estar constituida como persona jurídica, garantizar los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores enviados al usuario para la prestación de un servicio; a no prestar dicho servicio a empresas en huelga de trabajadores, ni llevar a cabo actividades de intermediación de oferta y demanda de mano de obra.

Así las cosas, el tripartismo laboral, en donde un trabajador presta sus servicios personales a una empresa que formalmente no es su empleador o patrono, pero a quien debe acatar y cumplir las órdenes e instrucciones de trabajo, se incrementó de manera notable en el país; quizá, como resultado de la rigidez de las normas laborales y la inflexibilidad del contrato de trabajo en sus diversas modalidades, en cuanto a forma y duración.

Con el surgimiento en el país de ésta forma contractual en materia laboral, se hace necesario el planteamiento de la Ley 50 de 1990, con el fin de dar respuesta a los vacíos jurídicos que habían sido detectados a lo largo de dos décadas de creciente utilización de ésta singular modalidad de trabajo. En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado al Congreso de la República por el Ministro de Trabajo de entonces Dr. Francisco Posada de la Peña, precisó que:

“...el proyecto tiende a regular las llamadas empresas de servicios temporales con el objeto de que esta actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores. Se define lo que es el servicio temporal y se precisan los casos en que los usuarios de dichas empresas pueden contratar con éstas, insistiendo en que la temporalidad es de la esencia de tales contratos. Es importante destacar, que los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios deberán constar por escrito y en ellos quedará expresamente señalado que la empresa se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago del salario, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos. Los contratos también deberán especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas referidas de los trabajadores en misión....De la misma forma, los contratos tendrán que determinar la manera como se atenderán las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión. Finalmente, las empresas de servicios temporales tendrán que obtener autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para poder operar y para ello será necesario cumplir con una serie de requisitos” (Posada de Peña, 1990).

Con lo expuesto por el entonces Ministro de Trabajo, quedo claro que el control de las agencias temporales de empleo era un tema clave para que la reforma laboral cumpliera el objetivo de mejorar la estabilidad de los trabajadores colombianos. Pese a ello, la temporalidad laboral creció a pasos agigantados y ha operado como un instrumento de administración de la inestabilidad. En la realidad fáctica desborda la noción de empleo de naturaleza rigurosamente temporal hasta el punto que se ha desarrollado la costumbre de sustituir trabajadores permanentes por temporales y adicional a ha desatado un congelamiento en las prácticas sindicales.

“El auge de la temporalidad con el paso del tiempo se ha convertido en un mecanismo de administración de las rigideces normativas, desbordando la noción de temporalidad y significando esguinces a las disposiciones legales” (Blanco Rivera, 2005, p. 12).

La necesidad de expedir una reglamentación sobre el empleo temporal partió de reconocer varias circunstancias, a saber:

- a. Auge de la temporalidad frente al empleo permanente.
- b. Rigidez normativa laboral
- c. Doble retroactividad de cesantías (por aquel entonces)
- d. Desborde de la temporalidad
- e. Falta de igualdad salarial para el trabajador temporal
- f. Falta de control institucional para éste tipo de empresas, entre otras consideraciones (Blanco Rivera, 2005, p. 11).

Al momento, podría afirmarse que la tercerización en Colombia aparentemente ha cumplido su cometido en cuanto a exigencias legales para su funcionamiento, más no en cuanto a impedir que se presenten abusos, entre los que se puede mencionar, el que se vulnere el límite máximo de duración del

vínculo del trabajador en misión de no exceder el término contractual de seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses más, al cabo del cual debe darse por terminado el contrato temporal de dicho trabajador o se contraten para labores distintas a las determinadas por la ley.

Existen otras formas de trabajo en régimen de subcontratación o de triangulación, como el prestado por las denominadas cooperativas de trabajo asociado reguladas por la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990 y por las empresas asociativas de trabajo reglamentadas por la Ley 10 de 1991 y Decreto 1110 de 1992.

Las primeras, cooperativas de trabajo asociado, nacen del acuerdo cooperativo que se celebra por un determinado número de personas con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro denominada cooperativa, que tiene por objeto vincular el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. Excepcionalmente y por razones debidamente justificadas podrá realizarse el trabajo por trabajadores no asociados, a quienes se les aplicará el Código Sustantivo del Trabajo. Los aportantes de capital, denominados asociados, son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, quienes se someterán al régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación establecidos en los reglamentos y estatutos que se originan en el acuerdo cooperativo. Las cooperativas de trabajo asociado, en términos generales, ejecutan trabajos en favor de una empresa beneficiaria bajo la modalidad de que los asociados prestadores del servicio, pero sin vínculo de dependencia laboral de la organización cooperativa ni del usuario, asumen mancomunadamente compromisos de afiliación y protección de seguridad social, entre otros (Blanco Rivera, 2005, p. 12).

En el Código de Comercio colombiano también existen otras figuras que pueden ser empleadas en forma encubierta o disfrazadas, tales como el contrato

de mandato, del corretaje, la representación, la agencia comercial, siendo ésta última la más juzgada en años anteriores por los excesos cometidos por muchos empresarios al estimarla como una figura útil para contratar representantes de ventas bajo una figura aparentemente legal (Blanco Rivera, 2005, p. 13).

En síntesis, las modalidades contractuales anteriores, que escapan a la típica relación de trabajo, “nacen a partir de los límites o zonas grises por donde se puede contratar trabajo personal sin protección o sin tutela de la ley laboral” (Blanco Rivera, 2005, p. 14).

3.3 Solidaridad e igualdad en el pago de acreencias laborales entre contratante y contratista

La responsabilidad solidaria denota que, “son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión” (Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 36).

En lo que respecta a una eventual aplicación de la responsabilidad solidaria, es menester mencionar que la ley califica a las Empresas de Servicios Temporales como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art. 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Sólo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (CCST arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso

expresamente que los usuarios respondiesen *in solidum*, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión (Blanco Rivera, 2005, p. 15).

Es por lo anterior que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión, ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la Empresa de Servicios Temporales, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad.

Pero ésta responsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la Empresa de Servicios Temporales funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, art. 82), pues de lo contrario la Empresa de Servicios Temporales irregular sólo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta Empresa de Servicios Temporales pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del Código Sustantivo del Trabajo... (Blanco Rivera, 2005, p.15).

En sí lo que persigue la Ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores “frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratista con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral” (Godoy Córdoba, 2013, p. 30). Así lo ratifica el Decreto 2798 de noviembre 29 de 2013, cuando afirma en su artículo 2:

“En todos los casos en que las empresas utilicen formas de vinculación permitidas por la ley, diferentes a la contratación laboral directa, se tendrán en cuenta las siguientes previsiones legales:

1. La aplicación preferente de las normas sobre Unidad de Empresa.

2. La aplicación de las normas sobre responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales.

3. La constitución de garantías para amparar los derechos relativos a la remuneración, salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores.

Parágrafo. La Empresa contratante y el Sindicato que suscriben un Contrato Sindical constituirán las garantías para amparar los derechos relativos a la remuneración e indemnizaciones de los trabajadores”

Quizás la manera más expedita para evitar el abuso de las nuevas formas de trabajo en detrimento del trabajador lo constituye su asimilación como trabajador dependiente. Esto implicaría darle una aplicación en el sentido estricto de la palabra al Código Sustantivo del Trabajo. Pero dadas las circunstancias de prevalencia de la tercerización contractual, debe propenderse por una igualdad y un equilibrio entre flexibilidad y protección, para evitar efectos en contra de la economía y el trabajador, reforzando aún más el campo de acción de la seguridad social.

Se hace necesario ahondar aún más en lo que encierra en sí la responsabilidad solidaria, toda vez que ésta puede ser entendida como el vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento expreso, un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero. Ahora bien, la solidaridad laboral es la facultad con la que cuenta el trabajador para poder solicitar o demandar indistintamente por sus acreencias laborales a su empleador y/o a quien se aprovechó, directa o indirectamente, de sus servicios subordinados. En una sola palabra la responsabilidad solidaria, en su contenido jurisprudencial se convierte en una herramienta jurídica valiosa en procura de salvaguardar los derechos laborales, pero para ello se debe tener claridad el contexto de su aplicabilidad; en la medida que se implemente dicha herramienta se estaría apostando a la igualdad de obligaciones de las empresas vinculadas en la

tercerización, así como a las equidad en el pago de la acreencias laborales de los trabajadores.

De igual manera, urge la necesidad de una mayor intervención de la Inspección del Trabajo para evitar el abuso de las nuevas formas de tercerización contractual, lo que exige un incremento presupuestal y destinación de un mayor número de inspectores dedicados a las investigaciones y visitas a las empresas.

CONCLUSIONES

Como resultado del estudio se resalta el énfasis de la jurisprudencia colombiana en lo que respecta al “Trabajo Digno y decente”, que se predica en todos los sectores productivos, tanto en el ámbito de lo público como de lo privado; por ser una de las condiciones mínimas del desarrollo humano y social. Es por ello que es deber de todas las autoridades en materia laboral en Colombia, propender por el cumplimiento de lo expuesto en las normas nacionales e internacionales, en procura de asegurar esas condiciones dignas y decentes a los trabajadores y trabajadoras, donde la promoción y acceso a la seguridad social integral y demás obligaciones se hagan realidad, en el marco de los postulados de protección que exige el Derecho fundamental al trabajo.

Para el Derecho laboral, el tema de la tercerización se convierte en un campo de intervención álgido, en el entendido que en la puesta en escena de la realidad de los trabajadores y trabajadoras colombianas, es evidente la vulneración de los derechos y el incumplimiento de la ley, por lo que se hace necesario, que los juristas conozcan, interpreten y apropien del marco legislativo regente para de esta manera en el ejercicio profesional salvaguardar realmente los derechos laborales.

Producto de la revisión documental para el desarrollo del proyecto se encontró que desde los contenidos semánticos la tendencia de las normas es la de apostarle a la flexibilización laboral, a la tercerización contractual en todas sus formas, mientras que la postura de la Corte Constitucional a través de las Sentencias muestra una marcada tendencia a asumir un enfoque proteccionista de los derechos laborales.

La responsabilidad solidaria, es una herramienta jurídica que requiere de ser conocida, interpretada y aplicada por parte de los juristas, como una posible ruta para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

RECOMENDACIONES

Se deben adelantar de manera permanente investigaciones socio jurídicas en el marco de la tercerización, toda vez que requiere de conocer las diferentes dinámicas de relaciones laborales que se entretienen, que sin lugar a dudas todas ellas vulneran el Derecho fundamental y constitucional del Trabajo.

Se hace oportuno realizar un estudio donde se indague por las implicaciones de la tercerización en los ámbitos sociales, políticos, jurídicos y económicos, no sólo del contexto colombiano en general sino de los trabajadores en particular.

Urge la necesidad de una mayor intervención de la Inspección del Trabajo para evitar el abuso de las nuevas formas contractuales de tercerización, lo que exige un incremento presupuestal y destinación de un mayor número de inspectores dedicados a las investigaciones y visitas a las empresas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ávalos Jara, Oxal Víctor. 2009. La tercerización del trabajo en el Perú. Análisis de su reciente regulación con especial énfasis en la responsabilidad solidaria derivada de las acciones de subcontratación laboral. Ponencia III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la seguridad social. Perú.
- Blanco Rivera, Oscar Andrés. 2005. Criterios para evitar el abuso de la tercerización. Ponencia XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Cartagena de Indias. Abril 28 de 2005. En: Gaceta Laboral. Vol. 11. No. 2. ISSN 1315 – 8597.
- Blanco Rivera, Oscar Andrés. 2007. Las empresas de servicios temporales en Colombia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México UNAM
- Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. 2010. Bogotá: Legis.
- Congreso de la República de Colombia. 1990. Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia. 2002. Ley 789 de diciembre 27 de 2002. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá. D.C.
- Congreso de la República. 2011. Ley No. 1450 de Junio 16 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 - 2014. Bogotá. D.C
- Godoy Córdoba, abogados. 2013. Nuevo paso del gobierno santos para combatir la tercerización indebida. Impacto del Decreto 2798 de 2013 en la tercerización laboral. Member of Littler Global.
- Ministerio de trabajo. 2012. Cartilla de Negociación Colectiva. Decreto 1092 de 2012.
- Ministerio del Trabajo. 2013. Decreto 2798 de noviembre 29 de 2013. Por el cual se reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Bogotá. D.C
- Orjuela Albarracín, Laura; Segura, C., Diana E.; Tovar Reyes, Sandra Lucía. 2013. Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo

asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C.

Palacio Palacio, Jorge Iván. 2011. Sentencia T – 173 de marzo 14 de 2011. Primacía de la Realidad sobre las Formalidades cuando la relación cooperativa se torna laboral. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá. D.C.

Pérez García, Miguel. 2009. El servicio temporal y otras formas de contratación. Bogotá D. C. Editorial Carrera.

Presidencia de la República de Colombia. 2006. Decreto 4369 de Diciembre 04 de 2006. Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas Prestadoras de Servicios y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46472. Bogotá. D.C.

Presidencia de la República. 2006. Decreto 4588 de Diciembre 27 de 2006. Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado. Bogotá. D.C

Procuraduría General de la Nación. 2013. Cumplimiento de normas constitucionales, leyes 1233108, 1429/10, 1438/11 y sentencias de Constitucionalidad c-61412009 c-17112012 sobre Deslaborización y tercerización laboral. Circular No. 008 de mayo 07 de 2013. Bogotá D.C

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 173 de 2011

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 171 de 2012.

Rodríguez Rodríguez, Luisa Fernanda. 2012. Tercerización: el contratista independiente y el contrato de prestación de servicios. En: Derecho del trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C.

Vargas Silva, Luís Ernesto (M.P). 2012. Sentencia C 171 de 2012. Potestad de Contratación otorgada a las empresas sociales del Estado para operar mediante terceros. Sentencia de constitucionalidad condicionada. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Expediente D- 8666. Bogotá D.C.

Vásquez Botero, Fernando (Magistrado Ponente). 2001. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Bogotá 6 de junio de 2001.