

Tercerización laboral en Colombia y su incidencia en los derechos laborales de los trabajadores colombianos.



Monografía Jurídica para Optar al título de Abogado

Yéssica Andrea Lopera Gómez

Asesora:

Berta Fanny Osorio Salazar

Abogada y docente Facultad de Derecho y Ciencias Políticas U de A

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Norte-Yarumal

2020.

Tercerización laboral en Colombia y su incidencia en los derechos laborales de los trabajadores colombianos.

RESUMEN

La tercerización laboral es una figura que se ha venido implementando en muchos países como una nueva estrategia empresarial, para responder de una forma eficaz a las crecientes demandas del mercado. Esta estrategia ofrece grandes beneficios a los empresarios, quienes tienen la posibilidad de subcontratar mano de obra calificada a un menor costo. Contrario a esto, los empleados son quienes se ven afectados con esta figura, toda vez que sus derechos laborales se ven precarizados. Colombia no ha sido ajena a este fenómeno, y la tercerización ha cobrado gran importancia en los últimos años, ésta incluso, se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico, no obstante lo anterior, también se han presentado prácticas ilegales bajo este modelo, vulnerando derechos laborales fundamentales de los trabajadores colombianos y en contravía de los convenios laborales internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Colombia.

PALABRAS CLAVE: Tercerización laboral, trabajo decente, derechos laborales, empleador, empleado, relación laboral, convenios internacionales, subcontratación, intermediación, Cooperativas de Trabajo Asociado, Empresas de Servicio Temporal.

Contenido

Introducción	1
1. El trabajo como Derecho Humano, visto desde los tratados internacionales de la OIT. 2	
2. Antecedentes de la tercerización laboral en Colombia	5
2.1. La tercerización laboral y el trabajo decente	7
2.2. Incidencia de la tercerización laboral en los derechos laborales de los trabajadores colombianos.....	11
2.3. Las empresas y la tercerización laboral	12
3. Las reformas laborales en la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002 y la incidencia en la precarización laboral	16
4. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre tercerización laboral	20
5. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre las modalidades de contratación laboral.....	23
Conclusiones	28
Referencias.....	30

Introducción

En Colombia el derecho al trabajo se encuentra consagrado en la Constitución Nacional (CN) que en su artículo 25, establece que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. Así mismo, con anterioridad a la CN el legislador expidió el Código Sustantivo del Trabajo (1950), para regular las relaciones de trabajo, con el fin de lograr la justicia de derecho y en pro del desarrollo económico y el equilibrio social. Dado que el trabajo se convierte para el hombre en un medio para lograr el bienestar y la satisfacción de sus necesidades básicas, se hace entonces necesaria su formalización y dignificación por parte del Estado.

Desde el ámbito internacional, Colombia, como Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas y, al haber ratificado 61 Convenios laborales internacionales, ha asumido la responsabilidad de incluir dentro de su ordenamiento jurídico interno los lineamientos dados por la Organización Internacional del Trabajo – OIT –, cuya orientación política, técnica y orgánica es la de adoptar como objetivo principal la promoción del trabajo decente. En este sentido la Corte Constitucional ha señalado que estos Convenios son normas jurídicas de obligatorio cumplimiento, porque forman parte de la legislación interna.

Por otro lado, existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano la figura de la tercerización laboral, la cual permite la subcontratación de bienes o servicios por parte de los empleadores, dicha figura ha generado desigualdad, discriminación laboral e incumplimiento en los pagos de la seguridad social de los trabajadores, así mismo ha desconocido lo convenios laborales internacionales de la OIT, ratificados por Colombia, como fuente principal y directa del ordenamiento jurídico.

DESARROLLO TEMÁTICO

1. El trabajo como Derecho Humano, visto desde los tratados internacionales de la OIT.

El trabajo, además de constituirse en un derecho humano fundamental, es un elemento esencial dentro de toda sociedad, pues es a través de éste que los individuos obtienen los recursos necesarios para desarrollar sus proyectos de vida y aportar de manera productiva a sus comunidades. La Organización Internacional del Trabajo – OIT –, es el organismo especializado de las Naciones Unidas que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros, a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente, así como la justicia social y los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente; con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos fundamentales del trabajo y propender por las condiciones apropiadas para su goce y ejercicio, la OIT ha establecido las Normas Internacionales del Trabajo, las cuales según la propia organización se definen como: “instrumentos jurídicos diseñados por los mandantes de la propia organización, es decir, empleadores, trabajadores y gobernantes, por medio de los cuales se instituyen los preceptos y derechos mínimos en el Trabajo” (Castro Guiza, 2013). Estas normas pueden ser de dos tipos: los convenios, que son tratados internacionales con fuerza vinculante que pueden o no ser ratificados por los Estados miembros, pero que sin embargo son de obligatorio cumplimiento; y las recomendaciones, que actúan como lineamientos no vinculantes, pero que proporcionan información específica para la aplicación de los convenios. Colombia como Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas y, al haber ratificado 61 Convenios laborales internacionales, ha asumido la responsabilidad de incluir dentro de su ordenamiento jurídico interno los lineamientos dados por la Organización Internacional del Trabajo.

La noción de trabajo decente, empezó a ser usado en 1999 cuando el director general de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), presentó su primer reporte a la Conferencia Internacional del Trabajo, señalando que el mundo se encontraba en un período de adaptación a una economía naciente, caracterizada por el surgimiento de modelos inequitativos de distribución de las riquezas, y que a raíz de la creciente desigualdad aquel era un período de inestabilidad. Teniendo en cuenta lo anterior, planteó que la orientación política, técnica y orgánica de la OIT tendría que adaptarse a los nuevos retos y adoptar como objetivo principal la promoción del trabajo decente (Procuraduría General de la Nación, 2015). Añadió también que para cumplir con ese propósito era necesario trabajar sobre cuatro pilares estratégicos: La generación de empleo, los derechos fundamentales en el trabajo, la protección social o seguridad social y el diálogo social.

En ese momento, el concepto de trabajo decente se constituyó a partir de la idea de promoción de oportunidades de empleo productivo tanto para hombres como para mujeres, el cual, además de ser productivo, se ajustara a ciertas condiciones de calidad y respeto por el diálogo social y los derechos de los trabajadores.

En Colombia el derecho al trabajo se encuentra consagrado en la Constitución Nacional (CN) que en su artículo 25, establece: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”; así mismo, determina el artículo 53, cuarto inciso de la Carta Política: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. Esto es, los convenios ratificados por Colombia que protejan y desarrollen los derechos humanos, puntualmente el derecho al trabajo, son fuente prevalente en el ordenamiento interno, por formar parte del bloque de constitucionalidad.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional reitera la integración de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia, a la legislación interna:

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo. (Sentencia C - 401, 2005)

Con este fallo la Corte confirma que los convenios de la OIT no pueden ser considerados simplemente como fuente supletoria en el ordenamiento laboral, ya que forman parte de la legislación interna; es decir, son normas jurídicas de obligatorio cumplimiento o fuente principal y directa en el ordenamiento jurídico.

Se evidencia entonces cómo el trabajo, desde la OIT y desde el mismo ordenamiento jurídico colombiano, con la ratificación de los 61 tratados internacionales en materia laboral, se encuentra consignado como derecho humano fundamental, que goza de especial protección por parte del Estado, así mismo al introducir el concepto de trabajo decente, este se ve dignificado, ya que no solo es un medio de subsistencia, sino al mismo tiempo se convierte en una instancia para el desarrollo integral del individuo, en condiciones de dignidad, justicia y equidad.

2. Antecedentes de la tercerización laboral en Colombia

En Colombia, la tercerización se empieza a vislumbrar desde los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo (1950), que establecen la figura de la intermediación laboral, en la cual no hay lugar al surgimiento de ningún tipo de relación laboral entre la agencia que intermedia y quien demanda el servicio, sin embargo presenta la figura de la solidaridad como garantía de los derechos de los trabajadores; pero es con la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 que se introducen nuevas reglamentaciones de subcontratación al Código Sustantivo de Trabajo, podría decirse que fue esta norma la que estableció las condiciones bajo las cuales la tercerización laboral en Colombia podía ejercerse. Con la expedición de esta Ley surgieron las empresas de servicio temporal, las cuales, como su nombre lo indica, suponían la prestación de servicios, a través de terceros para el desarrollo de actividades dentro de las empresas, de manera temporal, sin embargo, estas empresas empezaron a ser utilizadas para eludir la responsabilidad social de las organizaciones contratantes, contratando de manera permanente empleados que cumplían funciones misionales, vulnerando sus derechos laborales, al no ser vinculados de manera directa en condiciones dignas y justas.

Así mismo otras figuras de tercerización, como las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), las cuales se crearon con el fin de que grupos de trabajadores pudieran ofrecer su fuerza laboral a través de asociaciones, han sido reiteradamente cuestionadas, toda vez que, al igual que las empresas temporales, se han utilizado para evadir una verdadera relación laboral y han precarizado las condiciones laborales de sus asociados.

Como consecuencia de lo anterior, se expidieron los Decretos 4366 y 4588 de 2006, mediante los cuales el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Protección Social, buscaba regular dichas figuras de tercerización laboral. En este mismo sentido y debido a la precariedad de las

condiciones laborales, el Gobierno expide la Ley 1429 de 2010, que tenía por objeto la formalización y generación de empleo, así pues, en el artículo 63 de la precitada norma se establece:

El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. (Ley 1429, 2010)

Con posterioridad a la Ley 1429 de 2010, en 2011 se expide el Decreto 2025, que reglamentó parcialmente el artículo 63 de esta norma, prohibiendo a las CTA el envío de trabajadores en misión, argumentando que esta actividad es propia de las empresas temporales, sin embargo este Decreto no contempló otras formas de tercerización ilegal; en 2015, la Ley 1753, Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 estableció en su artículo 74 la adopción de la política nacional de trabajo decente, resaltando el compromiso estatal para garantizar el cumplimiento por parte de las empresas de las normas laborales en los procesos de tercerización. En este mismo sentido, el Gobierno expide el Decreto 583 de 2016, por medio del cual se adopta la política nacional del trabajo decente, sin embargo, el mismo fue derogado en el año 2018, tras demanda de nulidad presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), por considerar que este iba en contravía de la jurisprudencia en materia de tercerización laboral, por lo que el tema continuó siendo regulado por el artículo primero del Decreto 2025 de 2011.

En el año 2018 el Ministerio de Trabajo expide la Resolución 2021, por la cual establece los lineamientos de inspección, vigilancia y control que se adelantan frente al contenido del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, arriba citado. Aclara además la naturaleza jurídica de la tercerización, señalándola como una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, una que

demanda la prestación o suministro de bienes o servicios y un tercero especializado que satisfice esa necesidad, con autonomía e independencia, señala que esta actividad está prevista para el caso de los contratistas independientes, las cooperativas de trabajo asociado, las empresas asociativas de trabajo y el contrato colectivo sindical.

El Ministerio hace una importante diferenciación entre la tercerización y la intermediación, señalando que esta última hace referencia al envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades y que es una actividad que puede ser desarrollada solamente por las empresas de servicios temporales.

Si bien es cierto es importante esta disimilitud que se plantea, también lo es que en la práctica estas instancias son difíciles de clasificar, ya que muchas empresas, bien sean de servicios temporales, CTA o contratos colectivos sindicales, desarrollan la misma actividad, subcontratando con terceros la prestación de servicios misionales y permanentes en el tiempo para las organizaciones que así lo requieran.

2.1. La tercerización laboral y el trabajo decente

Como lo planteó el director general de la Organización Internacional del Trabajo, Juan Somavia, en el año 1999: "...la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana" (OIT, 1999). Y agregó que para cumplir con ese propósito era necesario trabajar sobre cuatro pilares estratégicos: La generación de empleo, los derechos fundamentales en el trabajo, la protección social o seguridad social y el diálogo social. Son estas premisas las que deben constituir el concepto del trabajo decente, y en todas y cada una de ellas deben estar enmarcadas las políticas públicas de un Estado que, como el colombiano, haya adoptado dicho concepto.

Si se hace un análisis de estos pilares, desde una perspectiva de tercerización laboral, y cómo ésta incide en cada uno de ellos, se puede encontrar lo siguiente:

En primer lugar, la generación de empleo, que implica: “reconocer que el empleo es una de las principales vías para salir de la pobreza y que la economía debe generar oportunidades para la inversión, el emprendimiento, la creación de empleo y los medios de vida sostenibles”. (Seguridad Social. Comentarios, estadísticas y mucho más, 2016). Desde esta perspectiva, al ser la tercerización o subcontratación laboral una figura que posibilita al empleador la disminución de sus costos de operación, podría pensarse que es también generadora de un mayor número de empleos, contrario a esto, desde su implementación en el país, a través de la Ley 50 de 1990, y como lo desarrolla el autor Mauricio Lenis Gómez, en su informe “Transformación del trabajo y regulación laboral: 1990-2006”, se puede evidenciar lo siguiente:

... reducción del empleo público y privado (trabajo dependiente), aumento considerable del sector informal y del trabajo independiente. Asimismo, hay un bajo aumento de la tasa de crecimiento del empleo, bajo descenso de la tasa de desempleo y aumento de la de subempleo. El crecimiento del sector informal explica en parte el bajo nivel de afiliación de trabajadores al sistema de seguridad social, porque un componente del tipo de trabajo en dicho sector corresponde con bajos niveles de cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, aunque no puede generalizarse. (Lenis Gómez, 2007)

Dado lo anterior se puede concluir que la tercerización no ha sido una herramienta generadora de empleo, mucho menos en las condiciones de trabajo decente establecidas por la OIT. Lo que sí es cierto es que, desde su implementación, la informalidad ha venido en aumento; en el precitado informe, el autor revela que: “Para el año 2006, del total de ocupados, el 58% pertenece al sector informal y el 42% al sector formal” (Lenis Gómez, 2007), sector en el cual hay mayor vulneración y desconocimiento de los derechos laborales.

En segundo lugar, los derechos fundamentales en el trabajo planteados por la OIT son los siguientes:

- La libertad de asociación, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva
- La abolición del trabajo forzoso
- La erradicación del trabajo infantil
- La eliminación de toda forma de discriminación en materia de empleo y ocupación. (Organización Internacional del Trabajo - OIT -, 2009)

En el caso de la libertad de asociación sindical y el derecho a la negociación colectiva, los trabajadores tercerizados, quienes no gozan de estabilidad laboral, no pueden, sindicalizarse, pues si lo hacen, pueden ser despedidos y corren el riesgo de no volver a ser contratados, o peor aún, en Colombia, caracterizada por la cultura antisindical, las empresas elaboran listas “negras” de los trabajadores que tengan posiciones sindicalistas. En lo concerniente a la eliminación de toda forma de discriminación, según el informe “Tercerización mediante agencias de trabajo temporal en America Latina” de la Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA) y la Confederación Sindical Internacional (CSI), en el caso de Colombia:

En materia de salarios, una encuesta realizada por la ENS sobre las condiciones de remuneración en una empresa productora de papel encontró que los trabajadores temporales, pese a desarrollar las mismas actividades que sus pares contratados de manera directa, o de trabajar dentro de la misma cadena de producción, recibían un salario que en promedio apenas representaba el 61% del salario de los trabajadores directos. Este mismo resultado lo encontró la investigación de FEDESARROLLO. (CSA Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas - CSI Confederación Sindical Internacional, 2011)

En este mismo informe se revela además la desigualdad que existe entre los empleados tercerizados y los contratados directamente por las empresas, evidenciando cómo los primeros tienen menores posibilidades de ser promovidos en sus cargos, a pesar de estar desarrollando las mismas labores que los segundos, pero en condiciones de inferioridad en relación con la remuneración y otras prestaciones extralegales.

En tercer lugar, con relación a la protección social o seguridad social, que de acuerdo a la OIT implica acceso a la asistencia médica y garantía de ingresos, en especial en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes en el trabajo o enfermedades profesionales, maternidad, o pérdida del principal generador de ingresos de una familia. La tercerización laboral, ha generado una constante vulneración de este pilar, puesto que los trabajadores tercerizados no tienen la posibilidad real de acceder a seguridad social, ni a quién reclamar sus derechos, ya que, mediante este modelo de contratación, no existe una verdadera relación laboral, ni con la empresa que subcontrata sus servicios, ni con la que terceriza, es decir no hay una figura del empleador. Según estadísticas del DANE, en el período julio - septiembre 2019, el 91,7% de personas empleadas de manera informal reportaron estar afiliados a seguridad social en salud, mientras que para pensiones, la proporción de ocupados cotizantes fue 51,6% (recuperado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/salud/informalidad-y-seguridad-social>)

Lo anterior no significa necesariamente que quienes se encuentren por fuera del sistema de seguridad social sean empleados tercerizados, sin embargo, la utilización de formas de contratación como empresas temporales, contratos sindicales, entre otros, conlleva a la falta de garantías laborales asociadas al concepto de trabajo decente, entre ellas la falta de protección social de los trabajadores contratados bajo estos modelos. En este mismo sentido el crecimiento del sector informal explica en parte el bajo nivel de afiliación de trabajadores al sistema de seguridad social, dado el escaso cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social en dicho sector.

Finalmente, el último de los pilares estratégicos definido por la OIT, el diálogo social. que comprende:

... todo tipo de negociaciones y consultas - e incluso el mero intercambio de información - entre representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, sobre temas de interés común

relativos a las políticas económicas y sociales. Puede tratarse de un proceso tripartito, en el que el gobierno interviene como parte oficial en el diálogo, o bien consistir en relaciones bipartitas establecidas exclusivamente entre los trabajadores y las empresas (los sindicatos y las organizaciones de empleadores) (Recuperado de <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--es/index.htm>)

Como se señaló anteriormente, para los trabajadores tercerizados no es posible asociarse, razón por la cual el diálogo social como pilar del trabajo decente, no se puede evidenciar dentro de la modalidad de tercerización laboral, pues el principal objetivo del diálogo social es la promoción del consenso.

En conclusión, en la tercerización laboral no es posible evidenciar los pilares del trabajo decente, planteados por la Organización Internacional del Trabajo.

2.2. Incidencia de la tercerización laboral en los derechos laborales de los trabajadores colombianos

Como se ha evidenciado, la tercerización laboral en Colombia ha llevado a la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores colombianos. Cuando una persona trabaja bajo la modalidad de tercerización, no existe para ella ningún vínculo laboral, ni con la empresa que subcontrata la prestación de sus servicios, ni con la empresa temporal, asociación, cooperativa o contrato sindical.

Los trabajadores subcontratados a través de agencias de empleo temporario, son en la realidad trabajadores de “segunda clase”, que no pueden ejercer los derechos de libertad sindical; que tienen una estabilidad precaria; que su protección social dura lo que dura su contrato; y que se mantienen en una incertidumbre total y permanente respecto a sus condiciones de trabajo. (CSA Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas - CSI Confederación Sindical Internacional, 2011).

Los derechos individuales y colectivos de los trabajadores colombianos se han visto debilitados, dada la falta de responsabilidad patronal, y como consecuencia de esto la falta de control por parte

de las autoridades administrativas y judiciales en materia laboral, ya que si bien es cierto existe regulación sobre el tema y las altas Cortes se han pronunciado al respecto, también lo es que las empresas que subcontratan, han encontrado la manera de burlar el ordenamiento jurídico interno, logrando desvirtuar la existencia de una relación laboral a través de contratos y asociaciones de naturaleza civil – comercial, desconociendo derechos laborales y dejando a los empleados con la carga de tener que probar la existencia de una relación laboral, desalentando así el acceso a la justicia por parte de estos.

Con base en lo anterior, se puede plantear que la tercerización laboral en Colombia incide, en gran medida, en los derechos laborales de los trabajadores colombianos. Dicha incidencia se da en el marco de la desigualdad, desconocimiento de derechos fundamentales en el trabajo y de la desnaturalización de las relaciones laborales. Como ya se ha señalado, con la implementación de modelos de tercerización o subcontratación laboral, quienes se han visto más afectados, de forma negativa, han sido los empleados, pues al diluirse la relación patrono – trabajador, terminan también por diluirse aspectos como la estabilidad laboral, las garantías laborales y la posibilidad de asociarse.

2.3. Las empresas y la tercerización laboral

La tercerización laboral ha sido vista por el sector empresarial como una figura que ha permitido dinamizar la economía, al tener a su alcance la posibilidad de ampliar, provisionalmente, su capacidad de trabajo, especialmente en temporadas o épocas del año que así lo requieren. También les ha permitido disminuir sus costos, ya que al tercerizar están evitando un vínculo laboral y la carga prestacional que supone la contratación directa de un empleado, evadiendo su responsabilidad de aportar a la seguridad social y debilitando el derecho a la asociación.

En Colombia se establece el principio de libertad de empresa, desde la Constitución nacional – CN –, artículo 333:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Este principio demanda de las empresas el cumplimiento de obligaciones y encuentra su límite en el bien común y el interés social, por lo que no pueden las organizaciones enmarcarse únicamente en el ámbito comercial, dejando de lado el laboral, el cual requiere de una especial atención y compromiso para la protección de las garantías y derechos laborales de los trabajadores, en especial de aquellos que se encuentran bajo la modalidad de subcontratación o tercerización, ya que ésta ha sido utilizada, en algunas ocasiones, para burlar la legislación laboral y establecer relaciones de trabajo caracterizadas por la ausencia de estándares mínimos de protección laboral, todo ello para beneficio de los empresarios, quienes obtienen grandes ventajas de este modelo de contratación y dejan de lado las obligaciones que les son propias por mandato constitucional. En este sentido, es apropiado citar la columna del abogado Iván Daniel Jaramillo, para el diario La República: “Tercerización, subcontratación y derechos”, quien plantea:

La libertad empresarial debe articularse con el esquema de respeto de derechos individuales y colectivos, cuya realización en ámbitos de tercerización se ve deteriorada dada la fragmentación de la responsabilidad patronal y las consecuentes dificultades de control de las autoridades administrativas y judiciales laborales. (Jaramillo, 2019)

Por otro lado, no ha sido únicamente el sector privado el que se ha visto influenciado por la tercerización, en cierta medida, uno de los sectores que ha sido mayormente afectado por este modelo de intermediación laboral en Colombia es el público en el área de la salud, especialmente las instituciones prestadoras de estos servicios, como las Empresas Sociales del Estado – E.S.E. – donde se utiliza la tercerización laboral para contratar a quienes van a prestar los servicios en dichas instituciones. El Gobierno Nacional prohibió la contratación laboral a través de la intermediación de las CTA en las labores misionales de las empresas mediante la ley 1429 de 2010, además, y de manera más específica, la ley 1438 de 2011 señala que el personal misional permanente de las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud, no puede estar vinculado mediante CTA que hagan intermediación laboral, o bajo alguna modalidad que afecte sus derechos constitucionales. Con esto se pretendía que las instituciones vincularan de manera directa a los trabajadores de las CTA, pero contrario a esto, lo que ocurrió fue que éstas se convirtieron en sindicatos, que finalmente siguieron con la misma modalidad de intermediación laboral, ahora bajo la particularidad del contrato sindical.

No pueden las empresas utilizar el modelo de tercerización o subcontratación para desconocer sus responsabilidades en materia laboral y vulnerar derechos fundamentales en el trabajo, como lo reconoce La Corte Suprema de Justicia – CSJ –, mediante sentencia SL467 de 2019:

Desde luego que para la Corte la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para *deslaborizarlos* o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades. (Sentencia SL 467, 2019)

No cabe duda que la tercerización laboral es una figura legal, regulada dentro del ordenamiento jurídico colombiano, como lo señala la CSJ, no obstante, las empresas la han utilizado con la finalidad de evadir una verdadera relación laboral y así reducir sus costos de operación.

3. Las reformas laborales en la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002 y la incidencia en la precarización laboral

El derecho laboral es el conjunto de principios, acciones y normas que regulan directa e indirectamente las relaciones entre empleadores y trabajadores y la relación de estos con el Estado, con el objeto de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la protección del trabajo. En Colombia este derecho ha sido reglamentado por el Código Sustantivo del Trabajo (1950), el cual a lo largo de los años ha sido objeto de diversas modificaciones. Dos de las grandes reformas laborales han sido la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002.

Con la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, se dieron grandes transformaciones en el campo laboral, teniendo ésta como finalidad estimular la generación de empleo y obtener una mayor cobertura y calidad del sistema de seguridad social. La precitada norma hizo reformas al Código Sustantivo del Trabajo, haciéndolo más beneficioso para el empleador y flexibilizando los regímenes de contratación de despidos y los mecanismos de fijación de los salarios, prestaciones sociales y jornada de trabajo; reglamentó la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, estableciendo una jornada de cuatro (4) horas diarias y veinticuatro (24) a la semana para menores entre doce (12) y catorce (14) años, en contravía de lo establecido en el convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT –, el cual señala que la edad mínima para ingresar el mercado laboral es de quince (15) años, y en países poco desarrollados como Colombia de 14; en materia de salarios y prestaciones sociales, eliminó la retroactividad de las cesantías, así mismo introdujo la figura del salario integral (para trabajadores con remuneraciones iguales o superiores a 10 salarios mínimos); en lo atinente a la estabilidad laboral, esta Ley implementó el contrato a término fijo inferior a un año, el cual, mediante Decreto – Ley 2351 de 1965 se había establecido de la siguiente manera: “El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su

duración no puede ser inferior a un (1) año, ni superior a tres (3), pero es renovable indefinidamente”, evidenciando así, cómo la legislación anterior garantizaba mayor estabilidad laboral a los trabajadores.

Fue a través de la Ley 50 de 1990 que se abrió la puerta a la tercerización laboral en Colombia, ya que introdujo nuevas reglamentaciones de subcontratación al Código Sustantivo de Trabajo, podría decirse que fue esta norma la que estableció las condiciones bajo las cuales la tercerización laboral en Colombia podía ejercerse. Con la expedición de esta Ley surgieron las empresas de servicio temporal, las cuales, como su nombre lo indica, suponían la prestación de servicios, a través de terceros para el desarrollo de actividades dentro de las empresas, de manera temporal, sin embargo, estas empresas empezaron a ser utilizadas para eludir la responsabilidad social de las organizaciones contratantes, contratando de manera permanente empleados que cumplían funciones misionales, vulnerando sus derechos laborales, al no ser vinculados de manera directa en condiciones dignas y justas.

Por su parte la otra gran reforma laboral, Ley 789 de 2002, fue emitida con el fin de reducir los gastos de las empresas, para que se promoviera el empleo y el crecimiento económico del Estado. Esta norma introdujo grandes cambios en la legislación laboral colombiana, reformando el Código Sustantivo del Trabajo, al definir trabajo ordinario (sin beneficio de recargos) como el realizado entre las seis (6) de la mañana y las diez (10) de la noche, reduciendo significativamente el costo de los empleados, al disminuir los recargos nocturnos a que estos tenían derecho. Redujo las indemnizaciones que debía pagar el empleador por despido sin justa causa en los contratos a término indefinido, así mismo introdujo un tratamiento distintivo para los trabajadores con remuneraciones iguales o superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, siendo menor la indemnización para dichos empleados. En este mismo sentido redujo la remuneración del trabajo

dominical y festivo, que estaba establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 179, numeral 1, de la siguiente manera: “El trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa”. El nuevo texto, modificado por la Ley 789 de 2002, es el siguiente: “El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas”.

Por otro lado, esta norma cambió el contrato de aprendizaje e instauró recursos para la promoción del empleo y protección al desempleado, que serían administrados en forma individual y directa por las Cajas de Compensación Familiar. La ley se enmarcó en tres pilares: generar más empleo, aumentar el aseguramiento de los trabajadores informales y proteger a quienes no encuentran empleo.

Contrario a lo que se pensó, esta norma no obtuvo los resultados esperados, pues antes que incrementar el número de personas empleadas de manera formal, redundó en detrimento de las condiciones laborales y de la calidad del empleo. En ese mismo sentido se desconoció el principio de progresividad y no regresividad en materia laboral, contemplado por el artículo 2, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC – y por el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pactos ratificados por Colombia y que entraron a formar parte del bloque de constitucionalidad. Dicho principio pretende que no se reduzca una protección ya acordada en materia de derechos sociales, económicos y culturales, sino que, por el contrario, haya una mayor extensión y protección de los mismos.

Las citadas reformas introducidas al ordenamiento jurídico colombiano, han generado una tendencia hacia la desregulación o la flexibilización de las relaciones laborales.

La desregulación consiste en eliminar una obligación establecida para los sujetos de la relación laboral. Por flexibilización de las normas laborales se entiende una disminución de las obligaciones o de los costos económicos establecidos para los mismos sujetos.

Por lo general la desregulación o la flexibilización favorecen a la empresa en la medida en que se eliminan obligaciones de diversa índole en relación con los contratos, o se minimizan las mismas. (Lenis Gómez, 2007)

En el artículo “Transformación del trabajo y regulación laboral: 1990-2006”, que recoge las principales reflexiones de la ponencia “Desafíos del derecho laboral frente a la reorganización del trabajo en la empresa”, presentada en mayo de 2007 en el XXV Congreso Anual de Derecho del Trabajo, organizado por el Colegio de Abogados especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Colombia, se analizan los efectos de las reformas en el mercado laboral colombiano, en el período comprendido entre 1990 y 2006, arrojando los siguientes resultados:

...la composición del empleo durante el período analizado fue la siguiente: reducción del empleo público y privado (trabajo dependiente), aumento considerable del sector informal y del trabajo independiente. Asimismo, hay un bajo aumento de la tasa de crecimiento del empleo, bajo descenso de la tasa de desempleo y aumento de la de subempleo. El crecimiento del sector informal explica en parte el bajo nivel de afiliación de trabajadores al sistema de seguridad social, porque un componente del tipo de trabajo en dicho sector corresponde con bajos niveles de cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, aunque no puede generalizarse. (Lenis Gómez, 2007)

Lo anterior demuestra cómo se han desvirtuado las relaciones laborales, excluyendo a los trabajadores del ámbito de aplicación del derecho laboral, y trasladándolo a otras figuras o formas de contratación del derecho civil o comercial, lo que implica la desprotección del empleado y la precarización de sus derechos laborales, además de ser un llamado de atención al Estado, para el fortalecimiento de las políticas internacionales de trabajo decente.

4. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre tercerización laboral

La Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Laboral, se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre el tema de la contratación laboral a través modelos de tercerización o intermediación, en especial en lo relacionado a las Cooperativas de Trabajo Asociado – CTA –, las cuales tuvieron un crecimiento desmesurado entre los años 2006 y 2007. La Superintendencia para la Economía Solidaria, reportó que a 30 de septiembre de 2007 “el total de CTA inscritas en las diversas cámaras de comercio existentes en el país alcanzó las 12.058. Sin embargo, en el sector impera la ilegalidad. Se calcula que más del 50% de las CTA son ilegales.” (Confecoop, 2009).

Por lo anterior, al evidenciar que la forma de tercerización más utilizada por las empresas era a través del uso de CTA, se hace un análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, a partir de este momento coyuntural. Así mismo, las providencias emitidas por ésta Corporación en materia de tercerización, subcontratación o intermediación laboral, guardan relación con lo que ocurría en el país en materia laboral, teniendo reiterados pronunciamientos sobre las CTA y la vulneración de derechos a través de dicha figura:

En el año 2006, a través de la Sentencia 25713 de diciembre 6, la Sala de Casación Laboral de la CSJ hace el siguiente pronunciamiento:

Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de

quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. (Sentencia 25713, 2006)
(subrayas fuera del texto original)

En este mismo sentido, el alto tribunal reiteró su postura en sentencias posteriores, como las radicadas bajo los números: 33215, del 7 de octubre de 2008 y 32505, del 17 de febrero de 2009 en las que la Sala de Casación Laboral de la Corte ha sostenido firmemente que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden asumir el papel de las Empresas de Servicios Temporales – EST–, por lo que les está prohibido suministrar personal y servir de instrumento ilegítimo para ocultar verdaderas relaciones de trabajo subordinado.

En este punto cabe recordar que, por ministerio de la ley, las únicas autorizadas para el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades, son las empresas de servicios temporales, función que estaban desarrollando las CTA, sin ningún tipo de control.

En el año 2010, la Corte se pronuncia nuevamente sobre el tema de la tercerización, vislumbrando el problema en que se había convertido la tercerización o subcontratación a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado, en Sentencia 35790 del 25 de mayo de 2010, la Corte señala:

Por manera que de la vinculación de un cooperado con terceros se puede llegar a estructurar una verdadera relación laboral, si hay de por medio subordinación típicamente laboral, que implica la utilización del principio de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos contratantes, ya que al no cumplir las cooperativas de trabajo asociado con los fines para los cuales fueron creadas por la Ley 79 de 1988, se entiende que actúan como fraudulentas intermediarias para disfrazar la realidad de la vinculación laboral con la empresa o entidad donde se presta efectivamente el servicio.

Así mismo en años posteriores, la Corte ratificó su postura, trazando una línea hacia el reconocimiento de la desnaturalización de las funciones de las Cooperativas de Trabajo Asociado,

tal como lo deja ver en las Sentencias radicadas bajo los números: 38671 del 17 de abril de 2012 y 36560 del 25 de septiembre de 2013, señala además, que las cooperativas cumplen un papel fundamental como mecanismos de cohesión de la fuerza laboral, sin embargo, censura que las mismas se desnaturalicen y se conviertan en instrumentos irregulares de tercerización laboral, cuya finalidad es que los empleadores puedan evadir sus responsabilidades y desconociendo los derechos laborales de los trabajadores. En este mismo sentido, y nuevamente evidenciando la desfiguración que se había dado a la finalidad de las CTA, el Gobierno Nacional prohibió la contratación laboral a través de la intermediación de las CTA en las labores misionales de las empresas, mediante la ley 1429 de 2010.

Más recientemente, mediante sentencia de la Sala de Casación Laboral SL 467, con radicado 71281, del 6 de febrero de 2019, la CSJ señala:

Desde luego que para la Corte la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para *deslaborizarlos* o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.

Con base en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia a lo largo de los años, se puede evidenciar su clara posición frente al fenómeno de la tercerización laboral. Para esta corporación no puede encubrirse una verdadera relación laboral, bajo supuestos de cooperativismo, ni ninguna otra figura que permita la deslaborización de los empleados.

No obstante la legalidad de figuras de intermediación y tercerización dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el alto tribunal señala, de manera reiterada, que la finalidad de estas figuras

no puede tergiversarse, menos aun cuando esa tergiversación implica que los empresarios encubran verdaderas relaciones laborales con la ayuda de aparentes contratistas, carentes de estructura empresarial propia, cuya única razón de ser es proporcionar trabajadores, quienes se encuentran enfrascados en relaciones civiles y comerciales que impiden la realización de sus derechos y garantías laborales.

5. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre las modalidades de contratación laboral

La Corte Constitucional, como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, se ha pronunciado a lo largo de los años sobre el derecho fundamental al trabajo, resaltando su carácter fundamental y su triple dimensión, como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

Para la Corte, la protección del derecho al trabajo no se limita al amparo de los derechos de los trabajadores dependientes, sino también a la efectividad de su ejercicio independiente. Reconoce esta corporación la existencia de diferentes modalidades de contratación laboral en Colombia, señalando que la ley no está obligada a regular una única forma de acceso al empleo, ya que, al existir diversas fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa. Mediante Sentencia C – 614 de 2009, la Corte señala:

En efecto, si se entiende el trabajo como un instrumento para obtener los recursos necesarios para lograr una vida digna y como un mecanismo de realización personal y profesional, es lógico concluir que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de trabajo lícito... En conclusión, la protección de las distintas modalidades del trabajo que la Constitución

consagra muestra que el legislador tiene dos campos distintos de regulación. De un lado, es claro que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa Y, de otro lado, desde el punto de vista de protección del derecho subjetivo al trabajo, la ley está limitada por las reglas previstas directamente en la Constitución porque existen garantías mínimas de especial protección a la relación laboral. (Sentencia C-614, 2009)

En esta misma Sentencia, la Corte señala la protección constitucional de que gozan los diversos tipos de relación laboral, en primer lugar, determina que la modalidad del trabajo con mayor protección constitucional es la derivada de la relación laboral y en segundo lugar hace referencia a la vinculación laboral con el Estado, en la cual además de las reglas generales de protección a los derechos laborales, la Constitución estableció reglas particulares que buscan conciliar la protección de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales.

En cuanto a otros modelos de contratación como la tercerización e intermediación laboral, el Alto Tribunal recuerda el enunciado del artículo 53 de la Constitución, que establece que la realidad debe primar sobre las diferentes formas que puedan adquirir las relaciones laborales. Es así como en la Sentencia T – 513 de 2010, la Corte Constitucional, reiterando su jurisprudencia sobre la contratación a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, señala:

En relación con los elementos que pueden conducir a que la relación entre cooperado y cooperativa pase de ser una relación horizontal, ausente de subordinación, a una relación vertical en la cual una de la dos partes tenga mayor poder sobre la otra y por ende se configure un estado de subordinación, se pueden destacar diferentes elementos, como por ejemplo (i) el hecho de que para que se produzca el pago de las compensaciones a que tiene derecho el cooperado éste haya cumplido con la labor en las condiciones indicadas por la cooperativa o el tercero a favor del cual la realizó; (ii) el poder disciplinario que la cooperativa ejerce sobre el cooperado, de acuerdo con las reglas previstas en el régimen cooperativo; (iii) la sujeción por parte del asociado a la designación de la Cooperativa del tercero a favor del cual se va a ejecutar la labor contratada y las condiciones en las cuales trabajará; entre otros... Por estos motivos resulta pertinente resaltar la fuerza y solidez de la sentencia T-504

de 2008, en la que se estableció que “ante la presencia de cualquiera de estos elementos, o de otros que el juez de tutela valore como determinantes de una relación de trabajo subordinada, éste podrá dar aplicación directa a la Constitución Política para amparar los derechos fundamentales del trabajador que resulten vulnerados en curso de la ejecución de un contrato que **formalmente** escapa del ámbito de aplicación de la legislación laboral, pero que **materialmente** describe una relación vertical de subordinación a la que deben aplicarse los principios del derecho del trabajo”. (Sentencia T-513, 2010)

Concluye la Corte que el estar vinculado a una Cooperativa, no excluye el surgimiento de una relación laboral, y que, cuando se den los elementos arriba mencionados, la consecuencia será la existencia de una relación laboral, razón por la cual tanto la CTA como la empresa que se beneficia del servicio prestado por el “cooperado”, son igualmente responsables de la protección de los derechos laborales del mismo. Así mismo, esta corporación recuerda la prohibición legal que tienen las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado de actuar como empresas de intermediación laboral, dicha prohibición fue establecida mediante el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006. Es decir, cuando las CTA prestan este tipo de servicios, se está frente a una intermediación ilegal.

Como ya se mencionó, el máximo órgano constitucional ha destacado que la salvaguarda de los derechos laborales de los empleados está tanto en cabeza de los particulares como de las entidades estatales, es así como mediante Sentencia C – 171 de 2012, la 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 verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaboralización. (Sentencia C - 171, 2012)

Mediante esta sentencia, la Corte determina que las funciones permanentes o misionales de una entidad pública, en este caso las Empresas Sociales del Estado, no pueden ser contratadas a través de terceros, pues se estaría vulnerando el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, y pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público.

En esta misma línea, mediante Sentencia C – 593 de 2014, la Corporación Constitucional dijo:

(i) el legislador tiene un amplio margen de apreciación al regular las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacer efectivo su valor, el principio y el derecho-deber, (ii) no obstante, al ejercer tal facultad, se encuentra obligado a garantizar las garantías laborales de los trabajadores, (iii) la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de ciertos fenómenos de flexibilización laboral, como mecanismo legítimo para incentivar la creación de empleo, pero (iv) dichas herramientas no pueden ser utilizadas para mutar verdaderos contratos laborales y desconocer las prerrogativas mínimas reconocidas por el artículo 53 Superior, (iii) en el caso que las figuras sean utilizadas fuera de los objetivos para los que fueron creadas, las autoridades de control deben tomar los correctivos pertinentes y además, (iv) habrá una responsabilidad de aquél patrono que ha utilizado estos instrumentos de forma irregular. (Sentencia C-593, 2014)

Si bien es cierto el legislador goza de una amplia libertad para la regulación de las diferentes modalidades de contratación laboral, no puede en ningún escenario ocultar la realidad de los vínculos laborales o desconocer las garantías laborales consagradas en la Constitución Política, así mismo, como señala la Corte, las autoridades judiciales y administrativas deben estar vigilantes frente a los fenómenos de flexibilización laboral y nuevas modalidades de contratación y asociación, toda vez que estas pueden, y han sido utilizadas de forma ilegítima, para desconocer los derechos de los trabajadores y para eludir las cargas laborales por parte del empleador.

Mediante Sentencia de Unificación SU – 040 de 2018, la Corte reitera su postura frente a la protección de las garantías constitucionales en materia laboral,

esta Corporación ha protegido relaciones jurídicas que involucran derechos constitucionales laborales, ya sea en relaciones formales o informales. Ha tutelado derechos en contratos laborales formalmente reconocidos, en “contratos realidad” o en contratos que involucren derechos laborales constitucionales así no se trate de aquellos llamados “laborales” por la legislación, como ocurre en ciertas circunstancias en los contratos de prestación de servicios y las órdenes de servicio, entre otros. En efecto, se ha reconocido la textura abierta de la noción de trabajo en la Constitución, la cual no implica exclusivamente la defensa de los derechos de los trabajadores dependientes, sino también la efectividad de las garantías constitucionales en el ejercicio del trabajo autónomo. (Sentencia SU-040, 2018)

La Corte Constitucional ha analizado y admitido el desarrollo de figuras que flexibilizan el clásico contrato laboral y crean nuevas modalidades de contratación y de asociación para fines productivos, sin embargo, ha impuesto límites encaminados a evitar los abusos por parte de los empleadores y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia. Del mismo modo, la Alta Corporación ha velado por la garantía de todas las prestaciones laborales y ha buscado evitar la suplantación de una verdadera relación laboral. Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha adoptado medidas con el fin de evitar que estas nuevas formas de contratación desconozcan los derechos de los trabajadores. Lo anterior se ha desarrollado en los casos de las Cooperativas de Trabajo Asociado, en las empresas de servicios temporales y en aquellos contratos de prestación de servicios que, en realidad esconden un verdadero contrato laboral.

Conclusiones

El derecho al trabajo es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, es un derecho humano fundamental, que goza de especial protección, razón por la cual la formalización laboral debe ser un objetivo primordial para el gobierno, quien debe tener como finalidad garantizar el reconocimiento y respeto de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Si bien es cierto la legislación colombiana, en materia laboral, se ha modificado a lo largo de los años, estos cambios han llevado a la flexibilización laboral, donde se introducen nuevos modelos de contratación que ha permitido a los empresarios encontrar nuevas estrategias de gestión y operación empresarial para responder de forma eficaz a la demanda del mercado.

Es innegable que la tercerización laboral ha sido una figura con la cual se han visto beneficiados los empresarios que buscan reducir sus costos de operación, sin embargo, esta reducción de costos no se ha visto reflejada en la generación de nuevos empleos (que es precisamente lo que se persigue la subcontratación), en cambio, sí ha incrementado la informalidad y con ella ha bajado el nivel de afiliación de trabajadores al sistema de seguridad social.

La tercerización laboral precariza los derechos laborales de los trabajadores colombianos, ya que si bien es cierto en el país se ha legislado sobre esta materia, existen vacíos que permiten a las empresas contratar a sus empleados a través de esta modalidad y que permiten que empresas legalmente constituidas, utilicen figuras como el contrato sindical (actualmente el más utilizado) para burlar la legislación laboral y vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores. En este mismo sentido, ha quedado en evidencia la falta de control por parte de las autoridades administrativas y judiciales en materia laboral, quedando los empleados, en muchos casos, sin un amparo real.

Es importante el fortalecimiento de las normas internacionales del trabajo, ya que, aunque Colombia es miembro de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y este solo hecho lo obliga a orientar su regulación conforme a las disposiciones de dicho organismo, en el país y en especial en quienes se vinculan al mercado laboral a través de modelos de tercerización, existe un desconocimiento sobre los postulados del trabajo decente. Es importante aclarar que la OIT no se ha ocupado sólo del trabajo dependiente, por el contrario, ha desarrollado directrices importantes para el trabajo realizado bajo otras modalidades, como el independiente y el asociativo.

A pesar de que las Altas Cortes, Suprema de Justicia y Constitucional colombiana, son garantistas a través de sus sentencias de los derechos laborales de los trabajadores, la realidad para los trabajadores colombianos tercerizados es la desigualdad y falta de garantías. Esto debido a la ruptura de las relaciones laborales, donde el empleado no tiene una figura patronal a quién acudir, quedando por fuera del ámbito de aplicación del derecho laboral. Si bien es cierto los empleados tienen la opción de acudir a la justicia, con el fin de reclamar sus derechos, también lo es que el desconocimiento y el temor a no ser contratados nuevamente no permite que muchos de ellos lleguen a instancias judiciales a exigir el reconocimiento de sus garantías y derechos, aunado a esto el costo económico de un proceso judicial, hace que muchos se abstengan de intentarlo.

Referencias

- Cárdenas Sierra, C. A. (2006). Tomás de Aquino, la justicia social y el derecho al trabajo en Colombia. *Revista Iusta*, 94-105.
- Castro Guiza, O. E. (2013). Nivel de cumplimiento en materia de trabajo decente en Colombia. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 2-21.
- Código Sustantivo del Trabajo (Ministerio de Protección Social 5 de Agosto de 1950).
- Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente 4 de Julio de 1991).
- CSA Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas - CSI Confederación Sindical Internacional. (2011). *Tercerización mediante agencias de trabajo temporal en América Latina*. Sao Paulo. Obtenido de <http://www.relat.org/documentos/CSA.Agencias2013.pdf>
- Confecoop. (Agosto de 2009). Confederación de Cooperativas de Colombia. Recuperado el 13 de noviembre de 2019, de Confecoop: <http://www.portalcooperativo.coop>
- Decreto 2025 (Congreso de la República 8 de Junio de 2011).
- Decreto 4588 (Congreso de la República 27 de Diciembre de 2006).
- Escuela Nacional Sindical. (26 de 05 de 2016). Escuela Nacional Sindical. Obtenido de http://ens.org.co/apc-aa-files/45bdec76fa6b8848acf029430d10bb5a/27_ENSAYOS_LABORALES.pdf
- Jaramillo, I. D. (5 de Junio de 2019). Tercerización, subcontratación y derechos. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 18 de Noviembre de 2019, de <https://www.larepublica.co/alta-gerencia/tercerizacion-subcontratacion-y-derechos-2869940>

Lenis Gómez, M. (2007). Transformación del trabajo y regulación laboral: 1990-2006. *Precedente, Revista jurídica*, 157-181. Obtenido de <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1437>

Ley 1429 (Congreso de la República 29 de Diciembre de 2010).

Ley 50 (Congreso de la República 28 de Diciembre de 1990).

Ley 789, (Congreso de la República 27 de Diciembre de 2002).

López Jiménez , J. S., & D'Ávalos Castrillón , C. (2015). El contrato sindical ¿un beneficio para el afiliado o una figura de intermediación y afectación de los derechos laborales? *Univ. Estud. Bogotá*, 13-32.

MinTrabajo. (01 de 06 de 2016). www.mintrabajo.gov.co. Obtenido de Boletín de diagnóstico de la intermediación laboral: file:///C:/Users/Estudiante.SYAR127784/Downloads/boletin_diagnostico_01.pdf

Naranjo Corredor, L. E. (22 de Enero de 2019). Centro Jurídico Internacional. Contratación mediante tercerización laboral: un dolor de cabeza para empleadores en Colombia: Obtenido de <https://acolombianlawyers.com/noticias/2019/01/22/contratacion-mediante-tercerizacion-laboral-un-dolor-de-cabeza-para-empleadores-en-colombia/>

Organización Internacional del Trabajo - OIT -. (2009). Conocer los derechos fundamentales en el trabajo. Recuperado el 16 de Noviembre de 2019, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf

Procuraduría General de la Nación. (2015). *Trabajo digno y decente en Colombia Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Bogotá. Obtenido de [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20)

20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20p
ol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas(1).pdf

Resolución 2021 (Ministerio del Trabajo 09 de Mayo de 2018).

Seguridad Social. Comentarios, estadísticas y mucho más. (10 de Junio de 2016). *Seguridad Social. Comentarios, estadísticas y mucho más*. Recuperado el 16 de Noviembre de 2019, de <https://www.seguridadsocialnoticias.com/pnud-pilares-del-trabajo-decente/>

Sentencia 25713, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza (Corte Suprema de Justicia 6 de Diciembre de 2006).

Sentencia 32505, M.P. Isaura Vargas Díaz (Corte Suprema de Justicia 17 de Febrero de 2009).

Sentencia 33215, M.P. Eduardo Adolfo López Villegas (Corte Suprema de Justicia 7 de Octubre de 2008).

Sentencia 35790, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza (Corte Suprema de Justicia 25 de Febrero de 2010).

Sentencia 36560, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno (Corte Suprema de Justicia 25 de Septiembre de 2013).

Sentencia 38671, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz (Corte Suprema de Justicia 17 de Abril de 2012).

Sentencia C-171, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (Corte Constitucional 7 de marzo de 2012).

Sentencia C-593, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Corte Constitucional 20 de Agosto de 2014).

Sentencia C-614, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Corte Constitucional 2 de Septiembre de 2009).

Sentencia SL 467, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo (Corte Suprema de Justicia 6 de Febrero de 2019).

Sentencia SU-040, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, (Corte Constitucional 10 de Mayo de 2018).

Sentencia T-513, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto (Corte Constitucional 18 de Junio de 2010).