

**ESCENARIOS DE INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN LABORAL EN  
COLOMBIA: MUTACIÓN DEL VÍNCULO ENTRE LOS CONTRATANTES A  
PARTIR DE LA TEORÍA DE LA REALIDAD**

**Yamile Caballero Blanco  
Claudia Carvajalino González**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIA HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
BUCARAMANGA**

**ESCENARIOS DE INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN LABORAL EN  
COLOMBIA: MUTACIÓN DEL VÍNCULO ENTRE LOS CONTRATANTES A  
PARTIR DE LA TEORÍA DE LA REALIDAD**

**Yamile Caballero Blanco  
Claudia Carvajalino González**

**Trabajo de Grado como requisito para optar al título de Abogado**

**Director  
CARLOS EDUARDO ACEVEDO BARÓN  
Abogado Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIA HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
BUCARAMANGA  
2016**

## **AGRADECIMIENTOS**

### **YAMILE CABALLERO BLANCO:**

Sin ustedes este proyecto no sería posible:

CARLOS EDUARDO ACEVEDO BARÓN, Director de Tesis

JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO, Director de Escuela

A los Docentes quienes compartieron sus conocimientos y me ayudaron a forjar como persona y profesional.

A mis padres, YAMILE MARÍA BLANCO BEJARANO y GUILLERMO CABALLERO RODRÍGUEZ

A mis hermanos ALEJANDRA, JUAN GUILLERMO y CAROLINA

A mi pareja LUIS FELIPE ORTEGA RINCÓN

A mi amiga y compañera YENNY CAROLINA VARGAS VESGA

A mis tíos RAFAEL CABALLERO, MANUEL RUSSI y ELIZA CABALLERO

A mi madrina GLORIA MARLEN VANEGAS DE YUSSEFF

A Dios

**CLAUDIA MILENA CARVAJALINO GONZALEZ:**

Quiero agradecer a todos mis profesores, pues cada uno de ellos me enseñó el valor del esfuerzo y la recompensa del sacrificio.

De manera especial, agradecer sinceramente al Doctor CARLOS EDUARDO ACEVEDO, director de este trabajo, por su esfuerzo y dedicación. Sus conocimientos, orientaciones.

Al Doctor JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO, por todo su apoyo durante este proceso de formación.

A mí amada hija Isabella, quien es mi fuente de inspiración para poder superarme cada día, en la lucha por un futuro prometedor.

A mi amado esposo Sergio Rodríguez, por su sacrificio y esfuerzo, quien siempre creyó en mis capacidades y apoyó en cada decisión y proyecto de mi vida. Gracias a la vida por ponerlo en mi camino.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>0. INTRODUCCIÓN</b> .....	15
<b>1. OBJETIVOS</b> .....	18
<b>1.1 OBJETIVO GENERAL</b> .....	18
<b>1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS</b> .....	18
<b>2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b> .....	19
<b>3. JUSTIFICACIÓN</b> .....	22
<b>4. MARCO DE REFERENCIAS</b> .....	24
<b>4.1 MARCO TEÓRICO</b> .....	24
<b>4.2 MARCO DE ANTECEDENTES</b> .....	27
<b>4.3 MARCO CONCEPTUAL</b> .....	29
<b>4.4 MARCO LEGAL</b> .....	33
<b>4.5 MARCO JURISPRUDENCIAL</b> .....	35
<b>5. METODOLOGÍA</b> .....	37
<b>6. DE LAS FORMAS DE TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL EN COLOMBIA</b> .....	38
<b>6.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL E INTERMEDIACIÓN EN COLOMBIA</b> .....	38
6.1.1 La Encomienda. ....	38
6.1.2 La Mita.....	41
6.1.3 En la Revolución Industrial. ....	43
6.1.4 En el Derecho Colombiano.....	44
<b>6.2 TERCERIZACIÓN</b> .....	49
6.2.1 Tercerización Laboral, definición y diferencias con la Intermediación. ...	49
6.2.2 Causas de la Tercerización Laboral. ....	54
6.2.3 Contratista independiente.....	55
6.2.4 Cooperativas de Trabajo Asociado.....	56
6.2.5 Relación de las Cooperativas de Trabajo Asociado con la Tercerización y su desarrollo normativo. ....	60
6.2.6 El contrato sindical. ....	63

6.2.7 La Tercerización Ilegal y el decreto 583 de 2016.....	65
<b>6.3 INTERMEDIACIÓN .....</b>	<b>66</b>
6.3.1 Empresas de Servicios Temporales (E.S.T).....	69
<b>7. DEL MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS FORMAS DE TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL EN COLOMBIA .....</b>	<b>75</b>
<b>7.1 MARCO LEGAL .....</b>	<b>75</b>
7.1.1 Constitución Política de Colombia. ....	75
7.1.2 Convenios Internacionales. ....	78
7.1.3 Normatividad Interna. ....	80
<b>7.2 REFERENCIA JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>88</b>
7.2.1 Frente a Cooperativas de Trabajo Asociado. ....	88
7.2.2 Frente a Contratos Sindicales. ....	92
7.2.3 Frente a Empresas de Servicios Temporales.....	96
<b>8. TEORÍA DE LA REALIDAD .....</b>	<b>99</b>
<b>8.1 PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES LEGALES</b>	<b>99</b>
8.1.1 Elemento de la Subordinación.....	105
<b>8.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>110</b>
8.2.1 Recomendación 198 de la OIT, como criterio orientador frente a la existencia de un contrato de trabajo.....	113
<b>8.3 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REALIDAD EN CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. ....</b>	<b>114</b>
<b>8.4 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REALIDAD EN COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO.....</b>	<b>116</b>
<b>8.5 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REALIDAD EN EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.....</b>	<b>118</b>
<b>8.6 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN CONTRATOS SINDICALES. ....</b>	<b>118</b>
<b>9. CONCLUSIONES .....</b>	<b>120</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>124</b>

## LISTA DE FIGURAS

	<b>Página</b>
<b>FIGURA 1.</b> Delimitación del trabajo de investigación.....	26
<b>FIGURA 2.</b> Institución económica de la Encomienda.....	40
<b>FIGURA 3.</b> Inicios del Movimiento Sindical.....	44
<b>FIGURA 4.</b> Causas de la Tercerización Laboral.....	55
<b>FIGURA 5.</b> Partes de la Intermediación Laboral.....	67
<b>FIGURA 6.</b> Relación empleado en misión-empresa usuaria.....	103
<b>FIGURA 7.</b> Elementos del Contrato Laboral.....	106

## RESUMEN

**TÍTULO:** Escenarios de intermediación y tercerización laboral en Colombia: mutación del vínculo entre los contratantes a partir de la teoría de la realidad\*

**AUTORES:** Yamile Caballero Blanco, Claudia Milena Carvajalino González\*\*

**PALABRAS CLAVE:** Tercerización, Intermediación, Teoría de la realidad, Cooperativas de Trabajo Asociado, Empresas de Servicios Temporales, Simples intermediarios, contratistas independientes, Contrato Sindical.

### DESCRIPCIÓN:

La estructura del mercado laboral, que durante más de una década ha acelerado la producción, permitió que surgieran formas de trabajo a través de las cuales se pueden reducir los costos de los medios de producción y la mano de obra; este es el caso de la tercerización laboral. Así también, dio lugar a la búsqueda de alternativas contractuales a través de las cuales pudiese descentralizarse el proceso productivo para contar con mano de obra cuya responsabilidad y manejo se encuentra en manos de un tercero; de allí que hablemos también de intermediación laboral.

Los derechos de los trabajadores, como principal fuerza dentro del proceso de producción, priman sobre cualquier monopolio de poder; por esta razón es importante conocer las diferentes formas en que se presentan y/o administran dentro de las relaciones laborales. El sistema jurídico colombiano ha dispuesto gran cantidad de leyes, normas y procedimientos para la protección de estos derechos,

sin embargo no han sido suficientes para evitar la transgresión de los mismos, frente a la adopción de formas deslaboralizadas.

La doctrina y la jurisprudencia han dispuesto la teoría de la realidad como uno de los mecanismos para la protección al trabajador en los casos de tercerización o uso indiscriminado de procesos de intermediación. La corte constitucional ha expuesto que dentro de las condiciones de trabajo digno también deben considerarse el derecho al desarrollo del proyecto de vida y a la estabilidad laboral. La modalidad de trabajo tercerizado o producto de la intermediación ha permitido la flexibilización del trabajo; sin embargo, el aumento de este fenómeno ha deformado en situaciones de precariedad laboral.

Del mismo modo, el estudio de casos frente a posibilidades de desnaturalización del vínculo laboral en formas laborales distintas de las pactadas por las partes, permite al sector empresarial, al micro-pequeño y gran empleador, abordar su plan de contratación desde un panorama de seguridad jurídica, el cual permita planear el retorno de su inversión con claridad y efectividad.

---

\*Trabajo de Grado

\*\*Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho. Director: Carlos Eduardo Acevedo Barón, Abogado.

## **ABSTRACT**

**TITTLE:** SCENARIOS INTERMEDIATION AND LABOR OUTSOURCING IN COLOMBIA: MUTATION OF THE LINK BETWEEN THE CONTRACTING PARTIES FROM THE THEORY OF REALITY \*

**AUTHOR:** Yamile Caballero Blanco, Claudia Milena Carvajalino González.\*\*

**KEYWORDS:** Outsourcing, Intermediation, Theory of reality Worker Cooperatives, Companies Temporary Services, Simple intermediaries, independent contractors, Union Contract.

### **DESCRIPTION:**

The structure of the labor market, which has accelerated production for more than a decade, allowed forms of work emerge through which you can reduce the costs of the means of production and labor; this is the case of labor outsourcing. Also, search resulted contractual alternatives through which he could decentralize the production process to have labor and management whose responsibility is in the hands of a third party; hence also talk about job placement.

The rights of workers, as the main force in the production process, take precedence over any monopoly of power; for this reason it is important to know the different ways in which they occur and / or administered in labor relations. The Colombian legal system has provided extensive laws, rules and procedures for the protection of these rights, however, they have not been sufficient to prevent the transgression thereof, against the adoption of precarious working conditions.

The doctrine and jurisprudence have provided the theory of reality as one of the mechanisms for worker protection in cases of outsourcing or indiscriminate use of intermediation processes. The Constitutional Court has stated that under the conditions of decent work must also be considered the right to development project of life and job stability. The form of outsourced work or product of intermediation has allowed the flexibility of labor; however, the increase has distorted this phenomenon in situations of job insecurity.

Similarly, the case study against potential denaturation of the employment relationship other than those agreed by the parties work forms, allows the business sector, micro-small and large employer, address their recruitment plan from security landscape legal, which allows planning the return on investment clearly and effectively.

---

\* Degree work

\*\* Faculty of Humanities. Law School. Director: Carlos Eduardo Acevedo Barón, Lawyer.

## 0. INTRODUCCIÓN

El trabajo actualmente constituye un derecho protegido por la normatividad constitucional y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Lo anterior, se debe a la importancia que éste tiene en el desarrollo del proyecto de vida de los individuos, la obtención de ingresos para suplir sus necesidades y las de su familia, así como el desarrollo económico y social de una nación.

Los constantes cambios en las economías y la apertura de mercados conllevan un avance en las formas de contratación de empleados, con la rigurosidad legal de brindarles los mínimos establecidos a fin de garantizar un trabajo en condiciones dignas. A pesar de que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se contempla la protección de estas garantías, se presentan situaciones en las cuales el contrato de trabajo es sustituido por formas tercerizadas o mediante intermediarios, propias del derecho civil o comercial, para luego, judicialmente, atendiendo a su desarrollo real, se vean avocadas a retornar a la forma original o a una forma contractual distinta a la inicialmente pactada.

De allí radica la importancia de la investigación y producción de doctrina especialmente en estas situaciones, con el fin de determinar en qué espacios y bajo qué condiciones se desarrollan las principales formas de tercerización laboral. En ese sentido, establecer el marco de acción del contratista independiente, destacando su autonomía en cuanto al desarrollo de los procesos tercerizados, sin tender a confundirlo con el Contrato Sindical, cuya figura se rige mediante las reglas del derecho laboral colectivo, y en últimas, el marco legal de las Cooperativas de Trabajo Asociado, quienes prestan sus servicios tal y como si fueran una empresa, destacando que no existe para esta última, un verdadero elemento de subordinación del afiliado respecto de la cooperativa, sino que se predica la autonomía e

independencia de ellos. Así mismo, señalar las formas de intermediación laboral, permitidas por la legislación colombiana, las cuales son, las realizadas por las Empresas de Servicios Temporales, quienes remiten personal a una empresa usuaria, para que sean subordinados de ésta; y el Simple intermediario.

Acorde con esto, se podrán sentar bases que permitan la identificación del momento en el cual el contrato tercerizado o producto de la intermediación pierde su naturaleza y trasgrede la ley laboral. De igual modo, se hace necesario el conocimiento de los mecanismos de protección de los derechos del trabajador y las condiciones que deben configurarse para la aplicación del principio de la primacía de la realidad.

En primera instancia, se definirán las formas contractuales que el derecho colombiano ha concretado para éstos fenómenos de la tercerización y la intermediación. Para esto, se partirá de la identificación y análisis de la legislación laboral existente en Colombia: leyes, decretos, resoluciones y conceptos vigentes, sin dejar de lado los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Como segunda instancia, se definirá un marco jurisprudencial, que permitirá examinar las controversias generadas a partir de procesos tercerizados o de intermediación, examinando el papel de los jueces al momento de sentar una posición respecto de la identificación de las partes. A la par con esto, debe explorarse la doctrina existente sobre la materia que facilitará el entendimiento de las teorías expuestas por estudiosos de la materia. Todo ello con el fin de establecer los lineamientos de un adecuado procedimiento de aplicación de las figuras de flexibilización laboral, lo cual pretende de un lado, proteger los derechos laborales y evitar transgresiones al mínimo vital, y por otro lado, servir de guía a las empresas y empleadores en la difícil tarea de vincular talento humano o delegar a un tercero la ejecución de uno de sus procesos industriales.

De manera específica se abordará la teoría de la primacía de la realidad, la cual aplica dentro del ordenamiento interno a título de principio constitucional, como mecanismo por excelencia para la protección de los derechos del trabajador y la existencia de otros mecanismos permitan la protección efectiva del derecho al trabajo. En virtud de ello, se definirán los casos en que procede la aplicación de éste principio y bajo qué requisitos de debe invocar. Teniendo en cuenta que para ello es necesario que se pruebe la existencia de unos elementos, los cuales son: actividad personal del trabajador, un salario como remuneración, y una subordinación continuada.

Con este escrito, se busca facilitar el entendimiento de las circunstancias que deben configurarse para la aplicación de la teoría de la realidad y la plena identificación de a quiénes afecta y quiénes son responsables de esta situación, es así que, buscará generar el conocimiento necesario para que los contratos laborales no muten en otras figuras que puedan acarrear controversias judiciales en las cuales todas la partes se vean afectados.

## **1. OBJETIVOS**

### **1.1 OBJETIVO GENERAL**

Establecer escenarios de tercerización o intermediación laboral dentro del derecho colombiano dónde lo pactado contractualmente por las partes muta en situaciones jurídicas no contempladas desde el inicio por los contratantes.

### **1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

1. Definir las formas contractuales que el derecho colombiano ha concretado para los fenómenos de tercerización e intermediación laboral.
2. Identificar y analizar la legislación laboral existente en Colombia que regula la tercerización y la intermediación laboral.
3. Elaborar un marco jurisprudencial que evidencie situaciones de modificación contractual para cada una de las formas de tercerización e intermediación.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### **¿CUÁLES SON LOS ESCENARIOS DE TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN EN LOS CUALES EL VÍNCULO LABORAL SE TRANSFORMA EN UNA FIGURA CONTRACTUAL DIFERENTE A LA INICIALMENTE PACTADA?**

El trabajo es una de las fuerzas más potentes que mueve el mundo, pero también ha llegado a convertirse en una necesidad vital dentro del escenario de consumo que promueve la economía global. Actualmente, tanto la tercerización como la intermediación son reguladas, de inicio, en el escenario internacional, con un papel preponderante de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). A nivel de derecho interno, se ha dado desarrollo a una normativa que permite el trabajo tercerizado y formas de intermediación tanto públicas como privadas.

El trabajo no solo es un deber de cada ciudadano, también es la necesidad innegable del ser humano que, además de permitirle a la persona obtener los recursos para su sostenimiento, permite reunir los medios económicos requeridos para alcanzar sus propósitos personales y el acceso a otros derechos fundamentales como la salud y la educación, como parte del proyecto de vida de cada individuo; desde la esfera laboral, el proyecto de vida puede entenderse como las estructuras psicológicas que expresan las direcciones esenciales de la persona que determinan su existencia para la búsqueda de una posición dentro de la sociedad a través del dominio de su propio futuro<sup>1</sup>. El proyecto de vida, constantemente será influenciado por el contexto social y por la realidad, un elemento muy importante para su consecución es el manejo del tiempo, siendo esta una característica cualitativa de la actividad que se despliega, para que el individuo pueda medir sus posibilidades y hacerse sus propias exigencias; el cómo una

---

<sup>1</sup> OVIDIO, D`Angelo Hernández, Revista Internacional Crecemos, año 6 No. 1 y 2 , Puerto Rico

persona hace uso de su tiempo, desvela los grados de armonía que este pueda tener para el desarrollo del proyecto de vida.

La descentralización laboral, entendida en sentido amplio y en sentido estricto: tercerización e intermediación, puede llegar a afectar este proceso cuando al flexibilizarse la relación laboral se le da al empleador un mayor control sobre las actividades del trabajador como el aumento prolongado de la jornada de trabajo o la disminución significativa de la misma. Al mismo tiempo, un proceso de tercerización o intermediación correctamente aplicado, puede significar el mejoramiento de las condiciones laborales desde la perspectiva utilización del tiempo – contraprestación del servicio.

Paralelamente, la Corte Constitucional a través de sentencia C- 1185 del año 2000, manifestó que “

Cuando se enuncia el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, se piensa de inmediato en las distintas modalidades contractuales que pueden servir para escamotear la relación laboral, pero es apenas uno de los modos de evadir la realidad. Otro consiste en fragmentar la unidad dada por un fin lucrativo único en tantas actividades como la empresa real lleva a término, con el propósito de evadir cargas laborales mayores, lo que se traduce en salarios más reducidos y prestaciones menores que los que corresponderían a los empleados.

Lo anterior demuestra la preocupación de la corporación por las formas y manejos de la contratación laboral tercerizada o mediante intermediarios, que se traduce en la disminución de las garantías laborales y en la extinción del contrato de trabajo como forma de vinculación típica.

Desde la orilla opuesta, la realidad empresarial producto de la tercerización o intermediación laboral evidencia a casos en los cuales existe un equivocado asesoramiento en manejo del recurso humano, o en la falta de previsión y

seguimiento a las condiciones de ejecución del contrato civil o comercial celebrado, lo cual trae como consecuencia la transgresión de los límites legales de la tercerización o intermediación y el aumento en la conflictividad empleador – trabajador producto de la reclamación de acreencias laborales. El costo económico de la mala selección implica la afectación del patrimonio empresarial y la estabilidad financiera del empresario a mediano y largo plazo. Consecuencia de esta realidad, es que se hace necesario el estudio de las situaciones en las cuales este mal asesoramiento genera daños no solo a la empresa, sino también se genera una afectación directa a los derechos del trabajador, ya que desde el ámbito del derecho laboral pueden desarrollarse herramientas que permitan a las empresas encontrar formas para ejecutar la contratación de empleados y las obligaciones que se derivan de esto de acuerdo a la legislación vigente en nuestro país.

La necesidad económica de ingresar en los nuevos mercados y el acelerado aumento en el flujo de inversión de empresas extranjeras, buscan en nuestro país la disponibilidad de mano de obra joven, que ha generado la creación de formas de flexibilización de las relaciones laborales. Por muchos factores la población en general acepta las condiciones laborales que les planteen, siempre que puedan obtener un salario para su subsistencia. Pero estas situaciones deben estar enmarcadas en lo que permite la ley y no puede haber desconocimiento de la ley laboral por parte del empleador ni del empleado. Allí surge el fundamento de la investigación, traducido en generar ese conocimiento de los límites que el derecho laboral ha planteado para el ejercicio de la tercerización y la intermediación.

### 3. JUSTIFICACIÓN

Este trabajo permitirá conocer las situaciones en las que lo pactado inicialmente entre contratante – contratista, cooperativa – contratante – afiliado, empresa temporal- trabajador en misión – empresa usuaria, entre otros, se transforman en una figura contractual diferente a la convenida, transformando la relación laboral, entendida en sentido amplio, en un vínculo contractual ajeno al visualizado por las partes, y que en dado caso, se presenta como una ventana a la extinción del contrato de trabajo como forma de vinculación típica, abusos a los derechos de los trabajadores y afectaciones patrimoniales para la el empleador.

El propósito buscado es generar un discurso orientado al entendimiento de relaciones laborales atípicas, distintas al contrato de trabajo, que dan lugar a los mecanismos de protección existentes, para salvaguardar las garantías mínimas de los trabajadores con identidad plena del momento en el cual el convenio inicial abandona su naturaleza y muta en otra figura contractual.

Consecuente a lo anteriormente descrito, nuestro trabajo será útil para la creación a futuro de una guía de orientación, para que las empresas que contratan bajo la modalidad de tercerización e intermediación, puedan recurrir a él como herramienta para su asesoramiento y no caigan en equívocos legales que puedan acarrear consecuencias jurídicas y económicas por violaciones a los derechos de los trabajadores.

Los resultados obtenidos de este trabajo de investigación, serán útiles como punto de referencia para aquellos que en un futuro consideren abordar la temática. Esto podrá ser analizado no solo desde el punto de vista descriptivo sino también a partir de la aplicabilidad de lo enunciado a lo largo del desarrollo de la problemática planteada.

Esta monografía se enfoca en describir las situaciones en la cuales se trasgrede el contrato de trabajo y las soluciones legales que se pueden encontrar para estos casos no solo en las normas sino en la jurisprudencia desarrollada por las cortes en los últimos años.

## 4. MARCO DE REFERENCIAS

### 4.1 MARCO TEÓRICO

El presente trabajo se encuentra encaminado a determinar escenarios en las cuales la relación de trabajo tercerizada o producto de intermediación laboral, se transforma en una figura diferente a la pactada por los contratantes, así como las diferentes formas contractuales que se han identificado en nuestra legislación aplicables a los fenómenos de la tercerización y la intermediación vistas desde el análisis normativo y jurisprudencial; por otro lado se pretende la identificación de mecanismos de prevención y protección que permitan la acción del trabajador en casos en los cuales se vean afectados sus derechos por estas situaciones.

El marco teórico se ampliará en el transcurso de la investigación. No obstante, presentaremos una breve relación de algunas de las teorías que permitirán el desarrollo de la investigación.

Para Jorge Eduardo Lamo Gómez<sup>2</sup>, la política laboral actual, no responde a las necesidades del trabajador, sino a conflictos monetarios y económicos. Esto no es otra cosa que el resultado de del modelo económico neoliberal que trajo consigo la llamada flexibilización laboral. Por otro lado, la dificultad de prescindir de trabajadores cuando la producción es baja debido a la poca demanda, generó la necesidad de encontrar formas en las cuales el manejo de la mano de obra favoreciera este tipo de situaciones; sin embargo no puede dejarse de lado el hecho de que las posibilidades de vulneración de los derechos del trabajador aumentan.

---

<sup>2</sup> LAMO, Jorge. El sentido del trabajo en las sociedades contemporáneas. Bucaramanga. Editorial UNAB. 2003. Páginas 39-48

Este modelo de reestructuración empresarial se encuentra en un nuevo espacio de regulación, donde los preceptos laborales, se sustituyen por contenido del derecho civil, y las necesidades económicas provenientes del capitalismo son las primordiales. Para Leon Moncayo, lo planteado anteriormente, no es otra cosa que la búsqueda de la rentabilidad a través de la reducción de costos del trabajo, que rompe con el principio antropocéntrico de la búsqueda del equilibrio entre clases.

Cesar Marcucci<sup>3</sup>, ha determinado que la evolución en los mercados ha permitido que se desarrollen nuevas formas de subcontratación de servicios, con el fin de agilizar los procesos productivos sin que esto conlleve mayores gastos. Acorde con esto, define la tercerización, como la búsqueda de proveedores y aseguradores en la entrega de materia prima, componentes y servicios, lo cual se concreta cuando a un tercero se le dan facultades para la planeación, la administración y la operación de ciertas funciones. A partir de este postulado podremos identificar el tipo de entidades que funcionan como agentes tercerizadores en Colombia y daremos a conocer la normativa de importancia necesaria para ejercerla correctamente.

Laura Orjuela, Diana Segura y Sandra Tovar<sup>4</sup> consideran que es frecuente encontrarse con la simulación de una relación laboral a través de otro tipo de figura contractual. En el derecho laboral se preceptúa que cuando la realidad se encuentra probada, se podrá recurrir a ella para dejar sin efectos al acto simulado, transformado o fraudulento. La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que sin importar la figura que está generando la controversia, el problema ha de resolverse a través de la primacía de la realidad sobre las formas. Es un principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política en el cual se consagra los derechos de

---

<sup>3</sup> Marcucci Diazgranados, Cesar Rafael, Panorama Contextualizado del Derecho Laboral Sustancial Colombiano, Bogotá, Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2005, página 293

<sup>4</sup> ORJUELA Laura, SEGURA Diana, TOVAR Sandra. TESIS DE GRADO: Fraude al contrato de trabajo: análisis de las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial. Bogotá. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 2012. Páginas 29-33

los trabajadores, a través de este principio, se le dará prevalencia a los hechos y no a las declaraciones si éstas son disconformes o no existe claridad sobre situaciones aparentes del ejercicio de la prestación personal, esto permite que al trabajador se le reconozca la irrenunciabilidad o indisponibilidad de sus derechos ciertos e indiscutibles. Su relevancia es tal que requirió ser contenido en la legislación a pesar de ser un principio claro que no requiere mucho estudio.

Figura 1. Delimitación del Trabajo de Investigación



FUENTE. Creación propia

Como se observa en el anterior gráfico, el primer eje se centrará en la definición de la Tercerización y la Intermediación laboral en Colombia, dentro de la cual se determinará su origen, el marco normativo que lo delimita y las clases existentes actualmente. En segunda medida, se dará desarrollo al marco Jurisprudencial, dándole especial relevancia a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Un aspecto necesario e imprescindible del trabajo de investigación, será la descripción de los diferentes mecanismos de protección que existen actualmente y con los que cuentan los trabajadores para enfrentar la posible vulneración de sus

derechos. Para ello emplearemos los recursos bibliográficos como normatividad internacional, Normatividad interna y otros mecanismos como la jurisprudencia y su control mediante la aplicación del contrato realidad, entre otros.

## **4.2 MARCO DE ANTECEDENTES**

La Tercerización Laboral, es un término que paulatinamente se ha venido generalizando para referirse a la contratación de los servicios personales que involucran la contratación indirecta del trabajador. Es así, como esta práctica se ha intensificado en los últimos años, hasta adquirir una forma realmente sólida. Pero en la práctica, esta tercerización significa reducir los gastos y esfuerzos de las empresas al momento de realizar la búsqueda y adecuación de los perfiles laborales de quienes han de desempeñar los diferentes cargos dentro de la compañía.

Autores como JOAQUÍN APARICIO TOVAR, quien ha escrito sobre las consecuencias de la tercerización laboral y de la subcontratación, establece como principal dificultad la de exigir algún tipo de responsabilidad cuando se configura el incumplimiento por parte de los empresarios frente a los trabajadores subcontratados, pasando por alto los derechos laborales de los mismos, toda vez que éstos no pueden ser exigidos mediante negociación colectiva. En ese sentido, señala el autor que la responsabilidad empresarial no se encuentra adecuada en materia de Seguridad y Salud en el trabajo.<sup>5</sup>

El abogado laboralista argentino, TEODORO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre este tema, y ha dicho que estamos en una situación donde en principio las normas jurídicas regulan un derecho en

---

<sup>5</sup> TOVAR, j. a. Un paso adelante contra la externalización en el sector de la construcción en España. En: derechos sindicales internacionales. 2011

apariciencia progresista pero se encuentra divorciado en la realidad, ya que perfora las mayores garantías que establece el derecho común, respecto del derecho especial, con lo cual se produce una situación de inconstitucionalidad en tanto se viola manifiestamente el principio de legalidad constitucional. Este fenómeno contrario a la constitución nacional y a los derechos fundamentales de los trabajadores, que en su forma más descarnada instrumento en su momento la ley de riesgos del trabajo, y que ahora esta forma de fraude por tercerización, constituye el modernizado capítulo de la explotación.<sup>6</sup>

En el trabajo de Investigación que realizan CLAUDIA MARCELA BEDOYA, MARIO ISAACS y RODRIGO NAVARRETE, de la Universidad LIBRE de Pereira, establecen que la existencia de este nuevo modelo laboral, conllevaría a que la mayoría de las empresas eludan la afiliación y pago de aportes a la seguridad social, igualmente a que no respeten la estabilidad en el empleo, ni sueldos o salarios iguales a los trabajadores de planta. Por otro lado, también permite que se contrate por horarios irregulares. Con todo ello, la vieja cultura empresarial de una empresa integrada se habría perdido, pues la empresa ya no es responsable de sus trabajadores. Por lo que se desconfía que, por cuenta de ese modelo, se habría creado una cultura laboral basada en la explotación individual y la falta de solidaridad de los trabajadores entre sí.

En la investigación realizada por LAURA ORJUELA, DIANA SEGURA CASTAÑEDA y SANDRA LUCÍA TOVAR, de la Universidad EXTERNADO, se estudia la forma en que figuras legales de tipo civil, comercial o cooperativo, han sido usadas para encubrir una relación laboral existente y las consecuencias en el plano jurídico generadas por la utilización del fraude y la simulación en materia laboral. Analizan figuras trasgresoras del principio de la primacía de la realidad y las controversias

---

<sup>6</sup> BUSTAMANTE, t. s. tercerizaciones y desprotección: interpretaciones jurisprudenciales contrarias al derecho aplicable. En: DERECHOS SINDICALES INTERNACIONALES: la tercerización laboral, 4 5 6. 2011

ante la jurisdicción, haciendo mención a las cooperativas. Abordan la temática de las empresas de servicios temporales desde los aspectos legal, doctrinal y jurisprudencial, centrándose en la dificultad de los jueces para determinar la obligación, en los casos que se usa la figura para ocultar la calidad de verdadero empleador. Desarrollan las figuras de contratista independiente, outsourcing y sus derivadas y demás figuras usadas para simular contratos laborales, identificados por la Corte Suprema de Justicia.

El inadecuado manejo que en ocasiones se ha dado al modelo de tercerización e intermediación en Colombia, crea un velo de duda sobre estas dos formas de vinculación, que a la larga han sido identificadas por la administración de negocios como una verdadera herramienta para las empresas, la cual facilita la continuidad en el funcionamiento de las mismas, pues de haber abarcado por ellas todos los procesos de su compañía muy probablemente habrían desaparecido. Lo anterior es una gran ventaja, tanto para las empresas que pretendan optimizar alguno de sus procesos, como para el sector laboral, toda vez que si se invierte en el crecimiento de una compañía, ésta generará más empleo. Todo ello, bajo el entendido de una aplicabilidad ajustada a la ley, transparente y clara, que permita sumar esfuerzos, apoyándose en quienes ya tienen experiencia en el desarrollo de determinadas actividades.

### **4.3 MARCO CONCEPTUAL**

Para adentrarnos en la temática de desarrollo de nuestro trabajo, es necesario aclarar ciertos conceptos fundamentales, estrechamente relacionados con la investigación; entre los más importantes encontramos:

**I. TERCERIZACIÓN LABORAL.** “Es un tipo de subcontratación, mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos”.<sup>7</sup> “Es un proceso por el cual se transfieren actividades dentro de la cadena de valor, a socios (proveedores) seleccionados”.<sup>8</sup>

**II. CONTRATO DE TRABAJO.** “Es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.<sup>9</sup>

**III. TEORIA DE LA REALIDAD.** “Según este principio, prima siempre la verdad de los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Lo que interesa es que suceda en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido o establecido en documentos”... “El principio de la primacía de la realidad constituye en el derecho laboral una protección para el trabajador a fin de que este no puede ser marginado de los hechos mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad”.<sup>10</sup>

**IV. INTERMEDIACIÓN LABORAL.** “La ley define a los intermediarios, como aquellas personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en

---

<sup>7</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, INFORME VI (1), TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, 1997.

<sup>8</sup> PEREZ, García Miguel Alberto, PRECISIONES SOBRE LA TERCERIZACIÓN, LA INTERMEDIACIÓN, LAS LABORES MISIONALES PERMANENTES Y LA FORMALIZACIÓN, en: Academia Colombiana de Jurisprudencia, sesión ordinaria, revista virtual Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales (ACOSSET), Bogotá, 15 de Septiembre de 2014.

<sup>9</sup> Artículo 22, IBIDEM

<sup>10</sup> GUERRERO, Figueroa Guillermo, MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO PARTES GENERAL, INDIVIDUAL Y COLECTIVA, Leyer, octava edición, Bogotá D.C., Marzo del 2015, páginas 471, 472.

beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono. Se caracteriza por intervenir en el acto de la contratación del personal”.<sup>11</sup>

**V. SIMPLE INTERMEDIARIO.** “Son simples intermediarios las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.<sup>12</sup>

**VI. EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.** “De conformidad con lo previsto por el Decreto 4369 del cuatro de diciembre de 2006, empresa de servicios temporales, 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 respecto de este el carácter de empleador. Es decir, la empresa de servicios temporales no es un simple intermediario, por lo cual responde de todas sus obligaciones en forma independiente de la misma empresa usuaria”.<sup>13</sup>

**VII. 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, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de

---

<sup>11</sup> PLAZAS, Germán; PLAZAS, Viviana, La nueva práctica Laboral 2015, Décimo Séptima Edición, Bogotá D.C., 2015.página 363.

<sup>12</sup> COLOMBIA, CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, artículo 35, numerales 1 y 2.

<sup>13</sup> PLAZAS, Germán; PLAZAS, Viviana, La nueva práctica Laboral 2015, Décimo Séptima Edición, Bogotá D.C., 2015.página 313.

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 las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.<sup>14</sup>  
“...por su propia naturaleza, las Cooperativas de trabajo asociado no fueron creadas para actuar como simples suministradoras de mano de obra”.<sup>15</sup>

**VIII. BOLSAS DE EMPLEO.** “Es una empresa que se dedica a seleccionar personal por encargo de otra empresa, pero la bolsa de empleo no contrata con el empleado, simplemente se encarga del proceso de selección de personal. La bolsa de empleo no es empleadora; el empleador es la empresa que requiere a la bolsa de empleo para que le seleccione personal. La bolsa de empleo se limita a sugerir uno o varios perfiles a sus clientes para que ellos sean los que contraten, los que se conviertan en empleadores”.<sup>16</sup>

**Nota: Se excluirán del análisis de la investigación, toda vez que su proceso está limitado a ofertar las vacantes y poner en contacto el posible empleador y al posible empleado. No realiza ningún tipo de contratación.**

**IX. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.** “Es un contrato civil que pacta la prestación de un servicio...en este no existe subordinación laboral, quien presta el servicio puede ser una persona natural o jurídica y no da lugar al pago de prestaciones sociales, la remuneración se hace mediante el pago de honorarios. Las partes se denominan contratante, quien requiere los servicios y contratista, quien los presta. Está sujeto a responsabilidad civil de resultados”.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> COLOMBIA, LEY 79 DE 1988, artículo 4º.

<sup>15</sup> PLAZAS, Germán; PLAZAS, Viviana, La nueva práctica Laboral 2015, Décimo Séptima Edición, Bogotá D.C., 2015.página 323.

<sup>16</sup> Blog Gerencie.com. Diferencia entre las bolsas de empleo y las de servicios temporales. Artículo electrónico.<http://www.gerencie.com/diferencia-entre-las-bolsas-de-empleo-y-las-empresas-de-servicios-temporales.html>. citado en 26 de Junio de 2011.

<sup>17</sup> PLAZAS, Germán; PLAZAS, Viviana, La nueva práctica Laboral 2015, Décimo Séptima Edición, Bogotá D.C., 2015.páginas 343 y 344.

**X. CONTRATO SINDICAL.** “...El que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores para la prestación de servicios o ejecución de una obra, por medio de sus afiliados ...”<sup>18</sup>

**XI. LABORES OCASIONALES, ACCIDENTALES O TRANSITORIAS.** “Los trabajadores ocasionales en Colombia son aquellos que prestan una labor orientada a satisfacer necesidades extraordinarias de la empresa, que como tal escapa al giro ordinario de la actividad que desarrollan, durante un breve lapso que no puede exceder del mes. La temporalidad y precariedad de la vinculación debe concurrir con la naturaleza de la actividad en cuanto extraña a la finalidad que ejecuta la empresa. La labor del trabajador ocasional responde así a exigencias y necesidades momentáneas o extraordinarias del empleador, que justifican la brevedad de su vinculación”.<sup>19</sup>

#### **4.4 MARCO LEGAL**

El fenómeno de la tercerización es un tema del que no puede hablarse, sin tener claro el conjunto de normas que regulan el tema, así como de todas aquellas que se hicieron con el fin de proteger los derechos de los trabajadores. Así, nuestro marco legal se enfocará en las siguientes normas:

**Constitución Política:** Artículo 25, 53, 86, 366 y demás concernientes

---

<sup>18</sup> Colombia, Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 482.

<sup>19</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad No. 823 del 04 de Octubre de 2006. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 223 b), 229 b), 247 (parcial), 289 (parcial) y 251 b), del Código Sustantivo del Trabajo.

### **Normatividad Internacional:**

- CONVENIO 034 DE LA OIT, Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación.
- CONVENIO 088 DE LA OIT, Convenio relativo a la organización del servicio de empleo.
- CONVENIO 096 DE LA OIT, Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación.
- CONVENIO 181 Y RECOMENDACIÓN 181 DE LA OIT – convenio sobre las agencias privadas de empleo.
- CONVENIO 175 OIT- Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, Ginebra 24 de Junio de 1994.
- PACTO MUNDIAL PARA EL EMPLEO - Se abordan las repercusiones de la crisis financiera y económica internacional en los ámbitos social y del empleo. El documento promueve una recuperación productiva, centrada en la inversión, el empleo y la protección social, Ginebra, 19 de Junio de 2009.
- DECLARACIÓN DE LIMA – Desarrollo sostenible con trabajo decente, productividad e inclusión social en la región, así como la formalización de la economía informal, 16 de Octubre de 2014 – OIT

### **Leyes:**

- Ley 134 de 1931
- Ley 50 de 1990 (artículos 71-94)
- Ley 79 de 1988
- Ley 789 de 2002
- Ley 1233 de 2008
- Ley 1429 de 2010
- Ley 1450 de 2011
- Ley 1610 de 2013

**Código Sustantivo del Trabajo:** Artículos 9, 11, 13, 21, 34, 35 y demás.

**Decretos:**

- Decreto 1433 de 1983
- Decreto 468 de 1990
- Decreto 1707 de 1991
- Decreto 1530 de 1996
- Decreto 4369 del 2006
- Decreto 4588 del 2006
- Decreto 36 de 2016
- Decreto 583 de 2016

#### **4.5 MARCO JURISPRUDENCIAL**

En nuestro país el desarrollo de la teoría de la realidad, ha sido adelantado por las cortes y asegurado un precedente para la jurisdicción ordinaria en lo que concierne ésta temática; allí radica la importancia de crear un marco jurisprudencial que permita identificar las providencias más importantes que se refieren a la temática abordada. El marco legal y jurisprudencial es de carácter enunciativo y no constituye en modo alguno un listado cerrado:

**Sentencias de tutela:**

- Número 426 de 1998
- Número 308 del 2002
- Número 627 de 2004
- Número 1109 de 2005
- Número 445 de 2006
- Número 199 de 2007

- Número 1030 de 2007
- Número 305 de 2009
- Número 629 de 2010
- Número 041 de 2014

**Sentencias de constitucionalidad:**

- Número 552 de 1992
- Número 330 de 1995
- Número 016 de 1998
- Número 1185 de 2000
- Número 823 de 2006
- Número 386 de 2000
- Número 948 de 2001

**Sentencias judiciales Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral:**

- Número 9435 de 1997
- Número 16007 de 2001
- Número 17209 de 2002
- Número 18131 de 2002
- Número 25717 de 2006
- Número 25713 de 2006
- Número 32879 de 2008
- Número 32392 de 2010
- Número 39259 de 2013
- Número 39669 de 2014

## 5. METODOLOGÍA

La presente es una investigación descriptiva y explicativa con enfoque cualitativo, ya que se encuentra orientada a la caracterización de las formas de contratación a través de la tercerización y la intermediación, teniendo en cuenta la normatividad expedida anterior y posterior de la entrada en vigencia de la Carta de 1991, y Jurisprudencia Nacional. Se abordará el estudio de la doctrina existente relacionada con el problema de investigación con el objetivo de ampliar los márgenes de conocimiento del tema y realizar una comparación con los resultados obtenidos del trabajo, para de esta manera lograr identificar las situaciones en las cuales las relaciones laborales mutan de los convenios pactados inicialmente, buscando siempre enfocarnos en los aspectos jurídicos que se identifican en la temática.

Para el desarrollo de la investigación, usamos material bibliográfico en físico (libros, revistas y fotocopias); internet para acceder a leyes, jurisprudencia y material escrito que no estaba disponible por otro medio; computadores para la redacción, revisión y corrección del contenido de la investigación.

Para darle una estructura y organización a lo anterior, se procederá a extraer y sistematizar la información y conocimientos obtenidos de las diversas fuentes, con el fin de darle coherencia a los conceptos y a la normativa implementada por el Estado Colombiano a través del análisis documental, que permitirá la creación de conceptos generando comprensión detallada de las perspectivas de otras personas.

## 6. DE LAS FORMAS DE TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL EN COLOMBIA

### 6.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL E INTERMEDIACIÓN EN COLOMBIA

Desde la llegada de los españoles, la conquista y la colonización marcaron fuertemente el desarrollo de la sociedad dentro del territorio; con suficiente mano de obra para satisfacer las necesidades de los terratenientes y sus familias, surgieron varias formas de explotar la fuerza de las comunidades indígenas que lo habitaban. Las primeras formas de explotación de mano de obra aparejan características inherentes a procesos de tercerización. Nos referiremos entonces a la encomienda, la mita y los repartimientos, principalmente.

**6.1.1 La Encomienda.** En el periodo de conquista la economía, tanto de la corona española como de sus colonias en América, se manejó bajo una serie de instituciones que por un lado buscaban beneficiar el interés mismo del rey, y por el otro pagar deudas con los colonos y aportantes en mayor o menor medida a esta empresa de conquista. Dichas instituciones entonces se desarrollaron a modo ensayo-error, en búsqueda del mayor beneficio a las partes interesados. El modelo de encomienda fue uno de los más polémicos de la época, ya que enfrentó a los encomenderos con la corona, como lo señala Absalón Machado: “Cuando el encomendero entendió la importancia de la tierra y de la fuerza de trabajo indígena, empezó a profundizar su usufructo. Muchos encomenderos se convirtieron en

enemigos de funcionarios de la Corona, de criollos y de la Corona misma; en parte ello explica la desaparición y la crisis de esta institución.”<sup>20</sup>

La encomienda fue una institución económica de rasgos feudales que implementó la corona española en el periodo de la colonia en América. En su primera etapa esta institución solo encomendaba indios, pero posterior a las reformas borbónicas, se empezó a encomendar indios y tierra, interpretándose en algunos casos a los indios como otra parte de la fauna natural de las tierras que le encomendaba cuidar y explotar el rey al colono; cabe aclarar que este modelo no daba potestad sobre los indios o la tierra como un bien que pertenecía al encomendero, era más un medio para conseguir beneficios económicos; Tirado Mejía afirma que la encomienda tenía una finalidad primordialmente tributaria, mas no representaba ningún derecho sobre las tierras y este derecho tenía una duración limitada que iba desde una vida hasta casos muy especiales que llegaban a durar 5 vidas, aunque el autor también señala que en la práctica muchas veces los encomenderos se apoderaba de tierras e indios a perpetuidad<sup>21</sup>.

Este sistema de encomienda consistía en la entrega a un colono de indios que representaban mano de obra, todo se hacía como merito a sus servicios con la corona. Guillermo Rodríguez señalaba que la encomienda consistía en:

Un núcleo de indígenas, por lo general un clan o una tribu, que era obligada como grupo, primero, y más tarde per cápita a pagar temporalmente a un español meritorio un tributo que fijaban los oficiales de la Corona, como cesión de la carga fiscal debida al rey y con obligación para el beneficiario, entre otros deberes, de ocuparse de la catequización y

---

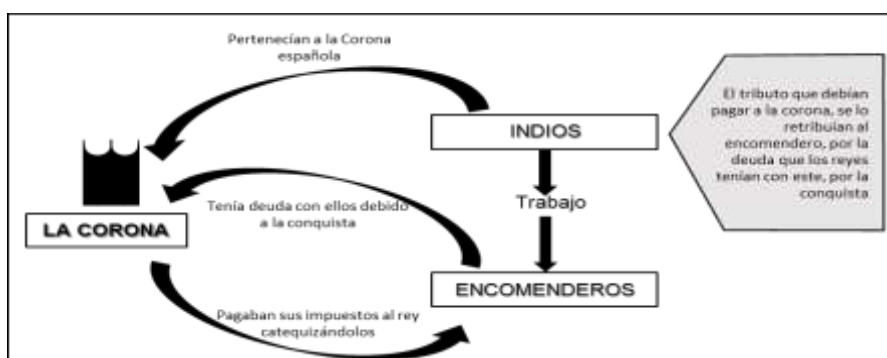
<sup>20</sup> MACHADO, Absalón. “Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia: De la colonia a la creación del Frente Nacional” Universidad nacional de Colombia, Bogotá, 2009. Página 38.

<sup>21</sup> TIRADO MEJÍA, Álvaro. “Introducción a la historia económica de Colombia”, Universidad Nacional de Colombia, Dirección de Divulgación Cultural, Medellín, 1971. Página 20.

adoctrinamiento de los indios, quienes seguían dentro de la administración y jurisdicción de la Corona<sup>22</sup>.

Otro aspecto importante que señala Guillermo Rodríguez es el de la retribución del encomendero al indio y a la misma corona, en catequismo y adoctrinamiento; se entendía que la corona debía catequizar, controlar y civilizar a los indios en sus colonias, pero este trabajo era ejercido por el encomendero a los indios que están a su cargo o en algunos casos por compañías católicas de sacerdotes y misioneros directamente enviados por la iglesia católica. Friede señala que parte de la ganancia en tributos que era recibida por el encomendero estaba destinada a los gastos mismos de la encomienda: la defensa de las tierras de los indios frente a pretensiones de terceros, el pago de los salarios a los doctrineros, la construcción de iglesias y centros religiosos, el mantenimiento de una casa para los españoles, el poder poseer armas y caballos para la defensa de la encomienda entre otras cosas.<sup>23</sup>

Figura 2. Institución económica de la Encomienda.



FUENTE: Autoría Propia

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Guillermo. "De los Chibchas a la Colonia y a la República (del clan a la encomienda y al latifundio en Colombia)", Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1949. Página 179.

<sup>23</sup> FRIEDE, Juan. "El indio en lucha por la tierra", Punta de Lanza, tercera edición, Bogotá, 1976. Y, FRIEDE, Juan. "Los chibchas bajo la dominación española", La Carreta, Medellín, 1974.

Aunque la corona implementara a lo largo del siglo XVI medidas disfrazadas de humanitarias o piadosas, para proteger a los indios de las encomiendas con el fin de no quedarse sin mano de obra en las colonias, y también por encima de las manifestaciones en contra de la abolición como la que lidero Pizarro en Perú, la misma naturaleza cruel de esta institución y la acelerada disminución por muerte de los indios propiciaron su definitiva abolición en el siglo XVIII.

En ese sentido, la encomienda se ha considerado históricamente, como uno de los principales precedentes en cuanto a trabajo tercerizado, precisamente por significar un desprendimiento de un proceso propio de la corona, y a la larga del encomendero, el cual era en un primer momento el recaudo o cobro de impuestos de indígenas que se otorgó al encomendero, para que de igual forma, gozara también de sus frutos y, de otro, rayando con la intermediación, el encomendero obtenía mano de obra, sin la necesidad de contratarla directamente, pues estaba autorizada. Cabe resaltar, al igual que todo proceso de tercerización, que una vez vacante el puesto de encomendero, éste no era heredable; entonces la retención de los indígenas quedaba a disposición Real o bajo el mandato de otro encomendero.

**6.1.2 La Mita.** Paralelo al desarrollo de la encomienda, coexistió en América otra institución económica, con similitudes pero también con muchas diferencias: la Mita. El término, que significa “Turno”, hace referencia a una institución colonial de trabajo obligatorio. Esta forma de organización de la mano de obra y del trabajo de los indios en las colonias de América tiene un origen Precolombino que se evidencia en pueblos como el Inca en Perú o el Chibcha en Colombia.

Julián Ruiz señala que la mita se definió de la siguiente manera:

Fue el sistema laboral implantado por los reyes incas, no creado por ellos. Este sistema vino perfectamente bien a los españoles, quienes los adoptaron para canalizar los excedentes

de la mano de obra indígena. Según las disposiciones españolas, la mita se estableció como un sistema compulsivo del trabajo indio por el que de forma rotativa cada cierto tiempo todo tributario tenía que desempeñar determinadas tareas en la agricultura y la ganadería, en la minería y en la construcción a cambio de un salario fijado por la autoridad. Podría decirse que los españoles no hicieron sino continuar el sistema incaico de tributación de los *Hatunrunas* o gente común, que pagaba en prestaciones laborales, nunca en especie. En nueva España por el contrario se contribuía con tributos.<sup>24</sup>

Hay que aclarar que existe una gran diferencia entre esta Mita precolombina que señalábamos anteriormente y la Mita colonial y es la presencia de un salario en esta última, en algunos casos de actividades importantes y de gran ganancia económica como la minería, estos salarios eran pagados con dinero, pero en la gran mayoría, el indio no recibía ningún tipo de pago ya que esta institución era entendida como trabajo obligatorio en pro de contribuir con al bien de la comunidad.

Para Tirado Mejía<sup>25</sup> esta institución fue de las que más afectó a las sociedades indígenas y a la vez más benefició a la corona, debido a que por un lado el hecho de que el indio recibiera un salario, del cual pudiese pagar impuesto a la corona, denotaba un intención tributaria clara; y por el otro esta forma de organización del trabajo, arrojaba mano de obra gratuita para los proyectos de la comunidad, además de garantizar esa misma mano de obra para actividades de suma importancia en la colonias como la agricultura y la minería. “La mita permitió reclamar al indio un trabajo obligatorio pagándole un jornal fijado por autoridad competente. Además,

---

<sup>24</sup> RUIZ RIVERA, Julián. “LA MITA EN LOS SIGLOS XVI Y XVII”. Revista Temas americanistas, Universidad de Sevilla, VOL. 7. 1990. Página 1-2.

<sup>25</sup> TIRADO MEJÍA, Álvaro. “Introducción a la historia económica de Colombia”, Universidad Nacional de Colombia, Dirección de Divulgación Cultural, Medellín, 1971.

permitía trasladar los indios de un lugar a otro, de una actividad a otra, de un clima a otro, lo cual era devastador para la comunidad.”<sup>26</sup>

En lo que a este trabajo se refiere, la mita es una figura primitiva de la intermediación laboral. El elemento determinante de esta afirmación se encuentra en el entendido de que, en la mita, cada grupo de indígenas aportaba a la corona un número determinado de trabajadores durante varios meses del año. Estos trabajadores eran movilizados de sus lugares de origen hacia las zonas en las que se les requería para diversas actividades, como agricultura, labores de carguero, construcción de centros, acueductos, templo. Todos ellos bajo la dirección y mando de “el corregidor”, quien era el encargado de la asignación de las tareas.

**6.1.3 En la Revolución Industrial.** Los términos empleador y empleado se originan gracias a la Revolución Industrial, con la formación de la primera clase obrera en 1760. La vinculación libre de mano de obra se acrecentó impulsada por los principios de la revolución francesa y el estado gendarme. No existía una jornada laboral mínima, no se conocía el término de prestaciones o beneficios, el trabajo de mujeres y niños era sobre explotado y mal pago, además no se conocía el derecho de asociación. Los primeros brotes de legalización de este derecho aparecerían con la creación de la asociación general de los mecánicos constructores en Inglaterra para el año de 1835. En 1871, se legaliza en el Reino Unido el derecho de Sindicalización –*Combination Act*, que genera el incremento constante en las luchas laborales.

---

<sup>26</sup> MACHADO, Absalón. “Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia: De la colonia a la creación del Frente Nacional” Universidad nacional de Colombia, Bogotá, 2009. Página 41.

Figura 3. Inicios del movimiento Sindical.



FUENTE: Autoría Propia

**6.1.4 En el Derecho Colombiano.** En Colombia el derecho de asociación se consagra en la constitución de 1886. “Desde el Acto legislativo No 1 de 1936, fueron introducidas en la Carta Política de 1886 reformas que reconocían instituciones del Derecho del Trabajo, las cuales dieron sustento a la precaria legislación laboral que en ese entonces existía (denominada social) y fueron el punto de partida para el ulterior desarrollo en lo que se denominó la Ley General del Trabajo o Ley 6 de 1945, que constituye a su vez el antecedente inmediato del código sustantivo del trabajo”.<sup>27</sup>

Nuestro Código Sustantivo del Trabajo, propio de mediados de siglo, se preocupó en esencia por regular las relaciones de trabajo subordinadas del sector privado, especialidad que se hace patente en su artículo 3º; sin embargo, institucionalizó las figuras del simple intermediario y el contratista independiente, a efectos de hacer constar la aparición de terceros en la vinculación y manejo de mano de obra al interior de las relaciones laborales.

Alrededor de 1960, nacen en Colombia las Empresas de Servicios Temporales, funcionando sin regulación aparente o específica. Con el Decreto 1433 de 1983, por medio del cual se estableció la naturaleza y características de la prestación del servicio temporal en Colombia, estas empresas fueron adquiriendo forma y

---

<sup>27</sup> LAMO, JORGE EDUARDO. El sentido del Trabajo en las sociedades Contemporáneas. El trabajo dentro de las perspectivas del ordenamiento constitucional Colombiano. Bogotá: Colección Letra cátedra, 2000.

limitando su actuar frente a los procesos de contratación y envío de trabajadores a las diferentes compañías. Sin embargo, es hasta que se expide la ley 50 de 1990, sobre reforma laboral, que realmente se evidencia un marco legal del actuar de las E.S.T.

En la aplicación de esta Reforma, se expidieron posteriormente los Decretos Reglamentarios 1707 de julio de 1991, 024 de enero de 1998 y el 503 de marzo de 1998, mediante los cuales se determina el alcance del factor “temporalidad” al referirse a ésta como al servicio contratado por una empresa usuaria; haciendo la salvedad que no se trata del contrato laboral de la Empresa de Servicios Temporales con sus trabajadores, toda vez que en este caso, surge un vínculo entre la E.S.T. y su trabajador, el cual le acarrea todas las obligaciones propias del caso como pagos de salario, prestaciones sociales, afiliación a Sistema General de Seguridad Social, vigilancia del cumplimiento de contrato de trabajo, en otras concedidas por la legislación laboral.

Es hasta el año 2006, que mediante la expedición del Decreto 4369 de esa misma anualidad, se realiza una reglamentación el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales, la cual estima los criterios de Protección Laboral, flexibilización de mercado de trabajo, Autorización de funcionamiento de las E.S.T. y aplicación de multas, y realiza especial énfasis en los siguientes aspectos: regulación de los trabajadores de planta y misión, casos en los cuales se puede contratar con otras empresas de igual naturaleza, requisitos para obtener la autorización de funcionamiento por parte del Ministerio de Trabajo, prohibición de uso por parte de las cooperativas de trabajo asociado, y responsabilidad por riesgos laborales, entre otros. Por su parte, el artículo 6 de éste Decreto, establece el marco de acción de las Empresas de Servicios Temporales, al determinar que no permite que la temporalidad se utilice como una constante ni como estrategia de sustitución de empleados a término indefinido por temporales.

De otro lado, El cooperativismo surge en Colombia en el año de 1931 con la Ley 134. Para esa época solo habían constituidas cuatro Cooperativas, por lo tanto no tuvo mucho auge en el sector productivo. La Ley 79 de 1988, define el concepto de Cooperativa de Trabajo Asociado como "...aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios"<sup>28</sup>, pero lo desarrolla como un género sin ahondar al interior del cooperativismo.

El Decreto 468 de 1990 complementa la ley de 1988, regulando todos los aspectos del trabajo asociado. Dentro de la regulación se manifiesta el carácter voluntario de la vinculación del asociado y su participación en el desarrollo de las actividades organizadas por la cooperativa. Con el paso del tiempo, y motivados en gran parte por la sentencia C-211 de 2000, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, las cooperativas de trabajo asociado incursionaron en el manejo de trabajadores en misión, modalidad de trabajo generalmente usada por las Empresa de Servicios Temporales.<sup>29</sup>

Para el caso, la sentencia C-211 de 2000 señaló abiertamente:

Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un

---

<sup>28</sup> Artículo 70 de la ley 79 de 1988.

<sup>29</sup> ORJUELA, Laura, SEGURA, Diana, TOVAR, Sandra. Tesis: Fraude al contrato de trabajo: análisis de las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, primera edición. Bogotá. 2012. Página 41.

empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.

Con los efectos de la sentencia citada en el párrafo anterior, el Decreto Reglamentario 4588 de 2006, se expide a modo de solución del envío de asociados en misión a empresas usuarias, enmarcado el trabajo asociado en los lineamientos del trabajo digno, decente y sustentable y que reconozca todos los beneficios de la seguridad social del asociado. La norma, hace énfasis en la autogestión que deben tener las cooperativas, siendo esta su principal característica. Se refiere entonces a la autonomía, autodeterminación y autogobierno de los cooperados que son el pilar de su propia empresa contribuyendo económicamente y con su trabajo, que permite la consecución de los fines propuestos a través del desarrollo de las actividades.<sup>30</sup>

La ley 1233 del año 2008 nuevamente profundizó en la problemática de deslaboralización promovida a partir del año 2000 y reguló nuevamente lo relativo al trabajo asociado al estructurar derechos mínimos como compensación mínima, protección al trabajo infantil y la maternidad; fijó la responsabilidad para el pago de aportes a seguridad social y parafiscales en cabeza de la cooperativa según las reglas generales para empleadores; reiteró las prohibiciones relativas al funcionamiento como empresas de servicios temporales o empresas agrupadoras para efectos de la afiliación a seguridad social; y sobre todo, sentó las situaciones en las cuales podían contratarse trabajadores subordinados o podían contratar con terceros.

---

<sup>30</sup> PÉREZ, García Miguel. El servicio temporal y otras formas de contratación. Editorial Carrera 7ª Ltda. Primera edición. Bogotá. 2009. Página 205.

La ley 1429 de 2010 restringió el actuar de las cooperativas, evidenciando que la institución había derivado en un mecanismo de intermediación, utilizado en la mayoría de los casos para evadir las obligaciones propias de relaciones de trabajo subordinadas, a través de entes cooperados que no funcionaban conforme a los principios del cooperativismo. El artículo 63 de la ley 1429 de 2010 prohibió, tanto a entidades públicas como privadas, en desarrollo de sus “actividades misionales permanentes”, la contratación con cooperativas de trabajo asociado que realizaran actividades de intermediación laboral, aun cuando desde el año 2006 se prohibía a las cooperativas constituirse para desarrollar este tipo de actividades.

La definición de la ley 1429 frente a “actividades misionales permanentes” fue complementada mediante decreto 2025 de 2011, mediante el cual se remitió dicho concepto a aquellas directamente relacionadas con los bienes o servicios propios de la empresa contratante. El decreto ratificó la potestad de declarar la existencia de relaciones laborales, ya creada mediante ley 1233 de 2008, en cabeza del Ministerio del Trabajo, y a su vez dispuso de multas y conductas sancionables por dicho ente administrativo, las cuales tenían por consecuencia la disolución de la Cooperativa.

El proceso histórico de regulación termina con el reciente decreto 583 del año 2016, que regula la vinculación de mano de obra en el sector público y privado, a partir de procesos de tercerización.

## **6.2 TERCERIZACIÓN**

La tercerización es el fenómeno principal que surge tras la descentralización y la flexibilización laboral, ello no significa que pueda ser usado como mecanismo para la violación de los derechos de los trabajadores. Las empresas que lo usan deben encontrarse bajo los correctos direccionamientos legales para no recaer en estas violaciones, para de esta manera, no exponerse a litigios dentro de la jurisdicción y al menoscabo del patrimonio de la misma.

**6.2.1 Tercerización Laboral, definición y diferencias con la Intermediación.** Al hablar sobre tercerización laboral, los diferentes organismos y estudiosos del tema se han enfrentado a una gran cantidad de problemáticas. Sin duda, se trata de un tema de gran importancia tanto para las empresas que pretenden mejorar u optimizar sus procesos productivos, como para los trabajadores, quienes no siempre se encuentran informados de las implicaciones que conlleva la aplicación de esta figura de vinculación laboral.

En un primer momento, la comunidad internacional y en especial la OIT, no se preocupó en modo alguno por la utilización de formas tercerizadas de vinculación de mano de obra, en tanto la regulación estuvo direccionada, durante la primera mitad del siglo XX a diseñar un marco común internacional a las relaciones laborales, y luego, en la segunda mitad, posterior a la conocida Declaración de Filadelfia de 1944, a desarrollar la idea de derechos fundamentales al interior del trabajo, ideal que culminaría en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de 1998.

Para ese entonces, el concepto de tercerización en Colombia aún no se concretaba, pues la legislación de mediados de siglo contenida en el Código Sustantivo del

Trabajo, solo regulaba la aparición de terceros en la relación laboral a través de los artículos 34 y 35 del Código, en la figura de los simples intermediarios y contratistas independientes, estos últimos mediante contrato civil o comercial para la prestación de servicios o ejecución de obras.

Siendo así, la Organización Internacional del trabajo, solo hasta el convenio 181 de 1988, se ocuparía del suministro de mano de obra a través de un tercero, regulando los aspectos relacionados con las agencias privadas de empleo, que en nuestro país, podrán ser identificadas con las empresas de servicios temporales, actuación que en nuestro marco teórico se aproxima más al fenómeno de intermediación laboral. Definiéndolas entonces cómo:

Toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución; c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.<sup>31</sup>

Para entonces, las cooperativas de trabajo asociado en Colombia sólo se encontraban previstas por la ley 79 de 1988 como una forma asociativa de trabajo, propia del Cooperativismo, sin mayor desarrollo, por lo que, en esos términos, no representaban una herramienta para la vinculación de mano de obra.

---

<sup>31</sup> Art. 1 convenio 181

Un concepto inicial de tercerización, más cercano a la descentralización empresarial, se fraguó a partir de la ley 50 de 1990, en la cual se hace referencia la posibilidad de la empresa de establecer nuevas unidades de producción, plantas o factorías, para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas; podrían descentralizar las mismas, siempre y cuando se atendiera al lleno de los requisitos legales para tal fin y verificando que no existiera agresión directa o indirecta a los derechos de los trabajadores. La misma norma, en sus artículos 71 y siguientes, le otorgaba a las empresas de servicios temporales el objeto de contratar con terceros la prestación de servicios para el desarrollo de sus actividades de forma temporal, mediante el envío de trabajadores en misión. Así, mientras se hablaba de la descentralización productiva, la ley 50 de 1990 daba desarrollo al concepto de intermediación laboral.

En ese marco, la Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 53, al lado de la propiedad privada, avaló "...las formas asociativas y solidarias de propiedad", con lo que la figura de las cooperativas de trabajo asociado, diseñadas desde 1988, mediante ley 79, obtenían pleno respaldo constitucional.

En el escenario internacional la Organización Internacional de Trabajo, consiente de las nuevas tendencias del mercado de trabajo mundial, y en vista de formas precarizantes como la maquila, en el informe número VI de 1997, define la tercerización como un tipo de subcontratación mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes y servicios y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. Así, la tercerización se desmarca de los procesos de intermediación como un mecanismo de contratación de bienes y servicios, mas no de suministro de personal.

En esa misma línea y años más tarde, el Decreto 4588 de 2006 reguló las cooperativas de trabajo asociado contempladas en la ley 79 de 1988, en su forma

de cooperativas y precooperativas; en ese ejercicio, el legislador continúa con el desarrollo del marco jurídico y procedimental para el funcionamiento de las Cooperativas, más aún, con la autorización que les fue otorgada de prestar servicios a terceros a través de procesos o subprocesos, tema en el cual nos centraremos más adelante. En consecuencia, el decreto 4588 de 2006 agrega a la definición de tercerización laboral la idea de procesos y subprocesos debidamente determinados; no puede existir tercerización de un trabajador sin que la primera se desprenda de un proceso.

La ley 1429 del año 2010, presta mérito en el desarrollo del concepto en mención, en la medida que prohíbe a particulares y oficiales contratar con cooperativas labores de intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes. El decreto 2025 de 2011 aclara el punto y define por un lado intermediación laboral como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones y, por otro, actividades misionales permanentes como aquellas directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Finalmente, el decreto 583 del año 2016, define con vocación de permanencia el término “tercerización laboral” como “...los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes”. Más aún, la califica ilegal cuando transgrede los límites de la tercerización, para adentrarse en procesos de intermediación laboral.

Desde esa perspectiva, podemos establecer un primer concepto sobre Tercerización Laboral, el cual entenderemos como aquél proceso a través del cual una empresa externaliza o descentraliza uno de sus procesos, funciones o determinadas actividades, distintos de los característicos de la producción de bienes o prestación de servicios, hacia otras empresas -terceros, que son directamente responsables tanto de la mano de obra como el desarrollo íntegro de aquel proceso,

función o actividad, bajo su criterio, con su propia maquinaria, equipos, infraestructura si es el caso, materiales, implementos, uniforme y todo aquello cuanto sea necesario con el fin de realizar un proceso óptimo y cumplir con los requerimientos para la cual fue contratada, de forma autónoma e independiente.

En Colombia, existen varias formas jurídicas de tercerización laboral:

1. El contratista independiente (CI), previsto en el artículo 34 del C.S.T como aquél tercero, persona natural o jurídica, que contrata la realización de obras o la producción de bienes, bajo su propio riesgo, y contando con la totalidad de los recursos de personal, técnico, administrativo y financiero. Valga aclarar que en ese caso, si el contratista vincula personal, lo hace en calidad de verdadero y único empleador.
2. Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), quienes prestan servicios completos como si fueran una empresa, tienen que ser dueñas de sus medios de producción y tener a todos sus empleados con las garantías de seguridad social; en este caso la relación entre CTA y la persona natural que ejecuta las actividades no es el vínculo subordinado de empleador-trabajador, sino de afiliado independiente, autónomo y autogestionario. Tal y como se expuso, está prohibido que la CTA que se dedique a hacer intermediación laboral, es decir, a actuar bajo las mismas condiciones que las empresas de servicios temporales.
3. El contrato sindical es una figura del derecho colectivo previsto en el artículo 484 del C.S.T. que utilizan las organizaciones sindicales para prestar servicios o ejecutar obras a través de sus afiliados. En este caso, el contratante ofrece al sindicato la posibilidad de contratar, siempre y cuando preste los servicios a través de sus afiliados.

La doctora Luisa Fernanda Rodríguez<sup>32</sup>, define la tercerización como el desprendimiento de un proceso que una empresa hace, para designárselo a un tercero, quien tendrá autonomía sobre los procesos y/o los medios de producción. Afirma que no puede existir la tercerización de un trabajador sin que haya el desprendimiento de un proceso. Allí radica la principal diferencia con la intermediación laboral, que dentro del desprendimiento, el tercero no contará con autonomía e procesos ni de medios de producción. Es importante recordar que en nuestro país, se contratan procesos o servicios, no personas, y esta relación estará regulada a través de un contrato de trabajo, que entre otras cosas debe tener como eje fundamental los derechos del trabajador y su protección.

**6.2.2 Causas de la Tercerización Laboral.** Además de esto es importante considerar como posibles causas de este fenómeno la reestructuración de los sistemas económicos, aumento de la competencia con reducción de los costos de producción, la adecuación a la ampliación de los mercados de lado con la revolución tecnológica, la necesidad producto de las altas tasas de desempleo, las fallas en las organizaciones sindicales, la adecuación a las necesidades internas de la empresa; la búsqueda constante del mejoramiento del producto final. El doctor Arturo Bronstein<sup>33</sup>, asegura que las empresas cada vez y con mayor frecuencia recurren a

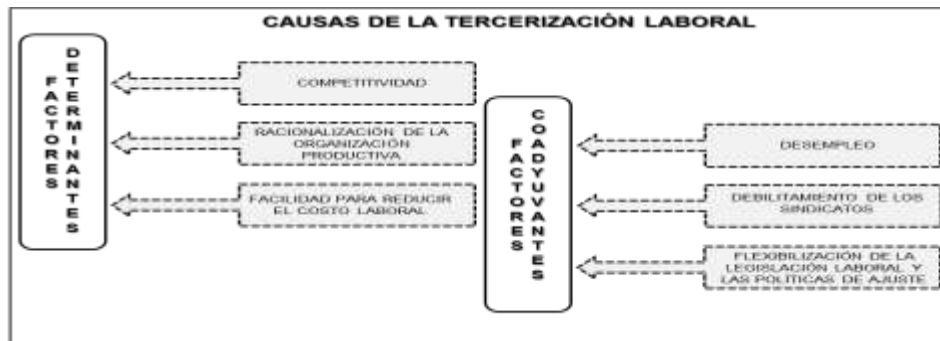
---

<sup>32</sup> Abogada universidad externado de Colombia, Candidata a doctorado por la Universidad Externado de Colombia. Especialización en Seguridad Social y Especialización en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Autora de diversos artículos en revistas especializadas como Actualidad Laboral y Revista Médico Legal, autora de un capítulo en el libro Derecho Laboral Actual. Actualmente es Docente de la Universidad Externado de Colombia en pregrado y posgrado y consultora en temas de derecho laboral y seguridad social

<sup>33</sup> Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho por la Universidad de París. Ingresó en la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) en 1974. Ha desempeñado los siguientes cargos: Jefe de la Sección de Legislación del Trabajo de OIT (1987), Director del Equipo Multidisciplinario de OIT para Centroamérica, México, Cuba y la Rep. Dominicana (1996), Director Adjunto del Departamento de Legislación y Administración del Trabajo de OIT en Ginebra (2000) y Asesor Principal de OIT en Políticas de Legislación del Trabajo (2001) hasta su retiro de OIT en 2005. Posteriormente ha sido profesor invitado las Universidades de Buenos Aires y Católica Argentina, París-X y York (Ontario, Canadá). Actualmente es Secretario General de la Sociedad

la tercerización por estos factores, que además se pueden clasificar en Factores determinantes y factores coadyuvantes.

Figura 4. Causas de la Tercerización Laboral.



FUENTE: Autoría Propia

**6.2.3 Contratista independiente.** Tal vez la *proto-forma* de la tercerización laboral viene dada por el Código Sustantivo del trabajo, que permitía la utilización de personal cuya responsabilidad se encontraba en cabeza de un tercero, para la ejecución de obras o la prestación de servicios.

En efecto, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo calificaba como contratista independiente a la persona natural o jurídica que contrataba con un tercero beneficiario la prestación de servicios o la ejecución de obras, de forma independiente, autónoma, desde el punto de vista administrativo, técnico y financiero. En relación con el personal, a diferencia de las formas contractuales que se analizarán a continuación, el contratista independiente es verdadero empleador

---

Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS). Es autor de numerosas obras jurídicas en Derecho Laboral y un reconocido experto mundial en derecho internacional y comparado del trabajo.

de las personas vinculadas a su servicio, con la diferencia que genera solidaridad por ley, en persona del dueño de la obra o servicio contratado, cuando la actividad no es ajena o extraña al núcleo esencial de los negocios del contratante.

Como quiera que el presente trabajo pretende analizar la teoría de la realidad frente a eventuales formas de vinculación que encubran o muten en verdaderas relaciones de trabajo subordinadas, no será menester ahondar en esta figura ya que ella misma implica la vinculación mediante contratos de trabajo con el contratista.

**6.2.4 Cooperativas de Trabajo Asociado.** La primera mención a cooperativas de trabajo asociado la encontramos en el artículo 70 de la ley 79 de 1988, conocida como ley general de cooperativismo así: "...son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios".

Se resalta de entrada, que los artículos 57 y 59 de dicho estatuto sustraían el régimen de trabajo al servicio de las Cooperativas del régimen del Código Sustantivo del Trabajo. Conforme con esta regulación, las cooperativas de trabajo asociado vinculaban personal para ejecutar obras o prestar servicios a sus afiliados, sin que ello significara, dado el vínculo entre las partes, una relación subordinada típica del Código Sustantivo del Trabajo.

En el año 2000, fue demandado el artículo 57 de la ley 79 de 1988, bajo el entendido que el mismo transgredía lo normado, principalmente, por los artículos 25 y 53 de la Constitución de 1991, contentivos de la protección al trabajo en todas sus formas y los principios mínimos fundamentales del trabajo, entre otros. Dicho accionar fue decidido mediante sentencia C-211 del mismo año, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. En suma, la Corte Consideró, que no era predicable la existencia de vínculos subordinados entre el afiliado a la cooperativa y la cooperativa por sí

misma, ya que una cosa era la relación de trabajo subordinada prevista en el Código Sustantivo del Trabajo y otra era la paridad inherente al vínculo cooperado. En palabras de la Corte Constitucional se expuso:

Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente.

En esos términos, resultaba totalmente válida la exclusión de las cooperativas de las garantías del Código Sustantivo del Trabajo y la seguridad social, así como la inaplicabilidad de las reglas generales para trabajadores del sistema de seguridad social. Al tiempo, se propició un aumento en la utilización de Cooperativas de Trabajo Asociado como forma deslaborizada de vinculación de mano de obra.

Con posterioridad, el Gobierno vio la necesidad de regular el fenómeno del cooperativismo en el mundo del empleo y expidió el decreto 4588 de 2006, el cual define las CTA como:

...organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a 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 las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

La cooperativa, en los términos del decreto 4588, quedaba sujeta a la intervención de la Superintendencia de Economía Solidaria, para efectos de su existencia y

representación legal, y el Ministerio del Trabajo, en cuanto al régimen de compensaciones y seguridad social que debía aplicar a sus afiliados. Se recuerda, que conforme lo preceptuado en la ley 79 de 1988 y la C- 211 de 2000, las normas del C.S.T. y generales de la seguridad social no resultaban aplicables. En ese sentido, en términos generales, se establece que una Cooperativa se crea a partir de la unión de diez o más personas que conforman una persona jurídica para la satisfacción de las necesidades de sus asociados o a través de la producción de bienes y servicios. Son entidades sin ánimo de lucro, que pertenecen al sector solidario de la economía<sup>34</sup>. Se planteó también la posibilidad de constituir una precooperativa, con duración máxima de 5 años, al cabo de los cuales debía decidir entre su liquidación o su formalización como cooperativa.

Al tiempo de su creación, la cooperativa o precooperativa quedaba obligada a su registro y a la elaboración y registro de sus regímenes de compensación y seguridad social ante el Ministerio del Trabajo. Debe adicionarse que el artículo 10 del decreto excluía nuevamente la actividad cooperada de la protección del Código Sustantivo del Trabajo, salvo en los casos de extrema necesidad temporal o imposibilidad de contar con calidades o capacidades en persona de los mismos asociados, caso en el cual se autorizaba a vincular personal subordinado.

Pérez García, plantea que la problemática de las cooperativas radicaba en que, frecuentemente, incursionaban en numerosas actividades, que transforman en la práctica la relación laboral del trabajador cooperado, confundiéndola con el rol de trabajador asalariado a causa de la similitud entre las dos figuras<sup>35</sup>. Dicha problemática, desde el punto de vista formal, quedó solucionada a partir de los artículos 16 y 17 del decreto, en la medida que hacía claro el surgimiento de

---

<sup>34</sup> Ley 79 de 1988

<sup>35</sup> PÉREZ, García Miguel. El servicio temporal y otras formas de contratación. Editorial Carrera 7ª Ltda. Primera edición. Bogotá. 2009. Página 205.

verdaderas relaciones laborales si la cooperativa de trabajo asociado “enviaba” asociados a prestar servicios a terceros beneficiarios, en actividades que les eran propias.

En apariencia, los artículos 8, 9, 17 y 18, actuaban como limitante para la constitución y ejercicio de las cooperativas, en la medida que les imponían la obligación de contar con la calidad de propietarios, poseedores o tenedores formales de sus bienes, herramientas e instalaciones, a la vez que prohibían a los beneficiarios o promotores formar parte de la junta directiva de estas.

La norma, hace énfasis en la autogestión que deben tener las cooperativas, siendo esta su principal característica. Se refiere entonces a la autonomía, autodeterminación y autogobierno de los cooperados que son el pilar de su propia empresa contribuyendo económicamente y con su trabajo, que permite la consecución de los fines propuestos a través del desarrollo de las actividades.<sup>36</sup>

Esto no puede desarrollarse, sin la constitución formal de la cooperativa. Para esto, el decreto establece el requisito de la determinación de su objeto social: “... el objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener el trabajo para sus asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales sobre la materia”.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> PÉREZ, García Miguel. El servicio temporal y otras formas de contratación. Editorial Carrera 7ª Ltda. Primera edición. Bogotá. 2009. Página 205.

<sup>37</sup> Artículo 5, Decreto 4588 de 2006

**6.2.5 Relación de las Cooperativas de Trabajo Asociado con la Tercerización y su desarrollo normativo.** El decreto 4588 de 2006 reguló también la prestación de servicios por parte de las Cooperativas a terceros, a través de procesos o subprocesos sujetos a un resultado específico, es decir, a la ejecución de obras o a la prestación de servicios, siempre bajo los principios del trabajo libre y autogestionario, y bajo la prohibición de suministrar trabajadores temporales, es decir de actuar como intermediarias entro de la relación laboral.

El artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, reprime la remisión de personal de manera temporal o permanente a terceros para que desarrollen actividades a su favor. De hacerse lo anteriormente planteado, tanto la cooperativa como el tercero contratante serán solidariamente responsables de las obligaciones que se derivan de la relación laboral, a más de las multas establecidas en el artículo 35, las cuales ascendían a máximo 100 S.M.L.V.

Dicha tendencia se confirmaría posteriormente en los artículos 7 y 13 de la ley 1233 de 2008, en la medida que se ratificó la prohibición de actuar como empresas de servicios temporales, y se limitó la contratación con terceros a procesos y subprocesos previamente determinados entre las partes.

Ahora bien, en caso de incurrir la Cooperativa en situaciones de intermediación laboral, la misma se ve avocada, además de la multa, a la declaración de la existencia de un contrato de trabajo por el mismo Ministerio del Trabajo y a encontrarse inmersa en causal de disolución (Artículo 7, numerales 3 y 4). Dicha actuación fue considerada por la crítica empresarial como inconstitucional por entregar competencias típicamente jurisdiccionales al Ministerio del Trabajo.

Dos años más tarde, a través de la ley 1429 de 2010, la prohibición de intermediación se hacía imperativa, pues no obstante encontrarse vigente de tiempo atrás, el legislador opta por reformularla hacia la problemática social evidenciada

desde el año de 1990, restringiendo esta vez no a la cooperativa sino al contratante en su capacidad para vincular sus actividades misionales con cooperativas que se dedicaran a la intermediación laboral.

Claro está que no podía existir dentro de la clasificación legal de las cooperativas prevista en la ley 79 de 1988, ni en su posterior evolución una figura que permitiera a la cooperativa hacer intermediación laboral, pues estaba expresamente prohibida; sin embargo, ello no fue óbice para que dicha modalidad fuera la más utilizada en el escenario laboral.

La definición de actividades misionales y de intermediación laboral fue desarrollada por el decreto 2025 de 2011, a más que fijó un catálogo de conductas indicativas de tercerización ilegal, tales como: la identidad de actividades entre el beneficiario y la cooperativa, la falta de capacidad administrativa o financiera de la cooperativa, la imposibilidad para usar libremente los medios de producción, la inexistencia de la autogestión, no cumplir con el pago de salarios, prestaciones u obligaciones en materia de seguridad social, y la vinculación como cooperados de anteriores trabajadores del beneficiario.

El Decreto, reiteró la posibilidad del Ministerio del Trabajo de declarar de Oficio la existencia de contratos de trabajo, multar a las entidades infractoras, esta vez con máximo 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según el caso, y la causal de disolución de la cooperativa.

Al interior de la actividad, el asociado, como se explicó anteriormente, quedaba fuera de los alcances del Código Sustantivo del Trabajo, librado a lo estipulado en el respectivo estatuto de trabajo y compensaciones. Los artículos 24 y 25 del decreto regulaban los contenidos mínimos del mismo, siendo obligatorio obtener la aprobación del Ministerio del Trabajo.

Igual sucedía con la obligación de afiliación a seguridad social, pues aunque era obligatorio para los afiliados obtener la afiliación, la obligación de la Cooperativa se reducía a los trámites de vinculación y recaudo, quedando de nuevo librado al arbitrio del estatuto de seguridad social, disponer si el ente solidario “colaboraba” con el pago del aporte; de lo contrario, se imponía asumirlo por entero al afiliado.

El auge de las cooperativas, dado su bajo costo y la flexibilidad en el manejo del personal que traían consigo, en mayor medida porque no se encontraban dentro del régimen de derechos mínimos del Código Sustantivo del Trabajo, a la vez que se impedía la negociación colectiva, dada la ausencia de la condición de empleador, hizo necesario que el Congreso nuevamente interviniera mediante ley 1233 de 2008 y fijara como principios mínimos del trabajo cooperativo la protección al salario mínimo, al trabajador menor y a la maternidad.

De esa forma, quedaba prohibido a las cooperativas de trabajo asociado fijar compensaciones ordinarias inferiores al salario mínimo, a la vez que se prohibía vincular menores de edad o desvincular mujeres por razón de su maternidad. Dicha disposición obligó a las cooperativas a prever dentro de sus estatutos de compensación un pago equivalente a la licencia de maternidad prevista en el Código.

Frente a la Seguridad Social, el artículo 6º de la ley 1233 dispuso que las cooperativas de trabajo asociado no solo debían gestionar la vinculación y pago al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos del decreto 4588 de 2006, sino también asumir el pago en los términos y proporciones del empleador frente a sus asalariados. Más tarde, el decreto 2025 de 2011 amplió dicha reglamentación no solo frente a los ingresos ordinarios, sino también frente a los extraordinarios.

**6.2.6 El contrato sindical.** El contrato sindical fue originalmente regulado por el Decreto 2350 de 1994, artículos 21 a 23, siendo su redacción igual a la de los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo.<sup>38</sup>

Este contrato es entendido en el Artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, reglamentado por el Decreto Nacional 1429 de 2010, como:

Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio de Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo.

Según éste entendido, el contrato sindical, es un acuerdo de naturaleza civil, pero que se rige por las normas propias del Derecho Colectivo del Trabajo. Éste contrato se celebra por un sindicato o sindicatos, en representación de trabajadores independientes, ante un empleador que será el contratante de sus servicios. Con el objeto de acordar la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados.

El sindicato, goza de total autonomía administrativa y financiera, respecto de la empresa o empresas que los contrata. En ese orden de ideas, los afiliados a dicho sindicato, tampoco se convierten en empleados dependientes de dicha asociación sindical, por este motivo, sus aportes a Seguridad Social Integral, deberán ser de manera independiente, toda vez que de por medio no existe un contrato laboral.

Al respecto, En Sentencia T-457 de 2011, la Corte Constitucional señaló:

---

<sup>38</sup> HERRERA VERGARA, Hernando; ARENAS MONSALVE, Gerardo; AFANADOR NUÑEZ, Fernando; CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, ANÁLISIS HISTÓRICO – CRÍTICO. LEGIS. ED 2010 P. 980.

Ahora bien, en el contrato sindical intervienen el empresario-empleador y la organización sindical. Las personas que se afilian al sindicato para prestar sus servicios o realizar las obras encomendadas a través de dicho contrato, se denominan afiliados partícipes. Cabría entonces una pregunta: ¿Los afiliados partícipes que están bajo la modalidad del contrato sindical tienen un contrato de trabajo con la organización sindical? La respuesta es no, porque no existe el elemento esencial de la subordinación propio del contrato de trabajo. El afiliado partícipe durante la ejecución del contrato sindical compone el sindicato y se encuentra en un plano de igualdad con éste frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato, al punto que recibe compensaciones y son sujetos de ciertas deducciones, las cuales para todos sus efectos se asimilan al concepto de salario, de acuerdo con lo definido en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical

No obstante, el sindicato será el responsable de la Administración del sistema de seguridad social integral, tales como la afiliación, retiro, pagos y demás novedades respecto de los afiliados partícipes, según lo estipula el numeral 7° del artículo 5° del Decreto 1429 de 2010, en razón a que es éste el directamente responsable de los afiliados.

En ese orden de ideas, el Contrato Sindical debe comprender las estipulaciones mínimas de: El valor total de la prestación del Servicio y/o ejecución de la obra, y la cuantía que las partes deberán acordar para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas; igualmente se deberá establecer las auditorías a que hubiere lugar para verificar el debido cumplimiento del contrato, adicional de establecer claramente el objeto del contrato y las condiciones en que se ejecutará. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el Artículo 3 del Decreto 1429 de 2010.

En cuanto a la remuneración de cada afiliado, éste tema deberá ser resuelto por cada sindicato, en el seno del Reglamento Interno que cada uno adopte, teniendo en cuenta lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo sobre igualdad, entre los integrantes.

El decreto 1429 del 2010, establece también que dentro del Reglamento Interno de cada Sindicato, se establecerán los tiempos mínimos que requieren los afiliados para poder ser partícipes en la ejecución de un Contrato de Obra.

**6.2.7 La Tercerización Ilegal y el decreto 583 de 2016.** Mediante decreto 583 de 2016, el gobierno nacional buscó generalizar la conducta de la tercerización bajo una sola denominación. Así, el artículo 1º del estatuto, además de definir los conceptos de contratista independiente, simple intermediario, beneficiario, proveedor, y trabajador en misión, define tercerización laboral como “...los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes”.

Una característica especial del Decreto, es que va más allá de la regulación que hasta el momento se había expedido en materia de cooperativas, e incluye la noción de tercerización ilegal, para aquellos casos en los que, tratándose de un proceso de tercerización “...se vincula personal para el desarrollo de las actividades misionales permanentes...” o “Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales...”.

Dando desarrollo a la normativa contenida en el decreto 2025, el decreto 583 eleva muchas de sus conductas como indicativas de tercerización laboral, consagrando un régimen de vigilancia en cabeza del Ministerio del Trabajo, iguales sanciones y atenuantes para las multas impuestas por este. Ahora bien, cuando el Ministerio encuentre indicios de tercerización ilegal, debe evidenciarlo inmediatamente e imponer la sanción correspondiente, la cual puede ser atenuada mediante la contratación directa del afectado con la vinculación espuria.

### 6.3 INTERMEDIACIÓN

La intermediación laboral en un primer momento, busca poner en contacto, los oferentes con los posibles empleadores para su efectiva colocación. La legislación laboral colombiana, autoriza el uso de esta figura a las agencias de empleo (públicas o privadas) y al simple intermediario.<sup>39</sup> El personal que manejan puede ser de carácter temporal o permanente, en el caso de los temporales o empleados en misión. Más adelante, la intermediación laboral como puesta en contacto de mano de obra con oferta de empleo se tecnifica a través del servicio nacional de empleo público, regulado mediante ley 1636 de 2013 y los decretos 722 y 2852 de 2013, y 1072 de 2015.

Concretamente, la figura se definió en el artículo primero del decreto 3115 de 1997:

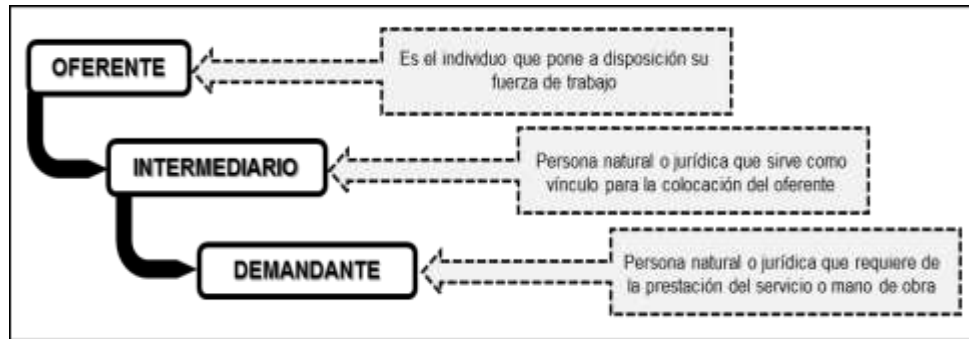
Es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de la mano de obra, el reconocimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacante, sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas.

En un principio, el sistema de intermediación laboral vinculaba únicamente a bolsas de empleo tanto públicas como privadas. Mediante ley 1636 de 2013 se crea el servicio público de empleo, encargado a la Agencia Nacional de Empleo, entidad adscrita al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, agencias de colocación públicas y privadas, y las bolsas de empleo creadas mediante decreto 3115 de 1997.

---

<sup>39</sup> LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Armando Mario Rojas Chávez\*

Figura 5. Partes de la intermediación laboral.



FUENTE: Autoría Propia

Como quiera que la intermediación prevista en el decreto 3115 de 1997 no implica la contratación por parte de la bolsa de empleo, sino por el que a ella se presenta como oferente, no será objeto de discusión en el presente trabajo.

Ahora, paralelo a la labor de las bolsas de empleo como intermediarias, el Código Sustantivo del Trabajo aborda la intermediación desde una perspectiva distinta, prevista en el artículo 35, así:

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.
2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

Respecto a su naturaleza, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 9435 del 24 de Abril de 1997, afirmó lo siguiente frente a los simples intermediarios: "...aquellas personas naturales o jurídicas que sin ser empleadores se encargan de contratar trabajadores en nombre de estos o de enrolarlos para que laboren al servicio de determinada empresa o sencillamente de convocarlos y ponerlos al

patrono por solicitud de este como sucede en el caso de las agencias de colocación...”. Así pues, dentro del concepto de intermediación, cabe aquél mandatario para la contratación de personal, que una vez contrata, remite al trabajador a ponerse a disposición de su patrono, o también el que contrata y organiza las labores con la utilización de locales, equipos, maquinarias, herramientas pertenecientes al empleador. De entrada, el numeral 2º del artículo 35 hace eco al principio realidad y prevé que, en tal circunstancia, el verdadero empleador será el tercero beneficiario, así el intermediario se presente como un contratista independiente.

En ese entendido, como elementos característicos del concepto de tercerización se tienen la remisión de personal del contratante a un tercero, que en este primer caso va a asumir la calidad de empleador, sin limitación de las labores ni de su duración, cosa que si sucede tratándose de Empresas de Servicios Temporales como forma alterna de intermediación laboral. La única garantía que prevé el código es la eventual solidaridad del intermediario cuando no informa al trabajador su condición de simple intermediario, en aras de prevenir la utilización de la figura a efectos de la evasión de responsabilidades laborales.

Dentro de la intermediación, encontramos entonces tres partes: el sujeto que pone a disposición del demandante su fuerza de trabajo para ser empleada en las actividades requeridas, la persona natural o jurídica que sirve de vínculo para que trabajador sea colocado como sujeto activo dentro del mercado laboral; la tercera es la empresa, a quien el trabajador responderá por las necesidades laborales que ésta presente.

Cuestión diferente ocurre con las empresas de servicios temporales que, acorde con lo normado por el artículo 71 de la ley 50 de 1990, contratan por su propia cuenta personal y lo remiten “en misión” a empresas usuarias, dentro de los parámetros de temporalidad previstos en el artículo 77. La diferencia estriba en que

mientras a la luz del artículo 35 del C.S.T. el empleador sería el beneficiario del servicio, la E.S.T. adquiere para todos los efectos la condición de empleador, sin que pueda hablarse de la responsabilidad solidaria prevista en el numeral 2º del artículo 35 o por el desarrollo de actividades inherentes al núcleo esencial de los negocios de la empresa usuaria prevista en el artículo 34.

**6.3.1 Empresas de Servicios Temporales (E.S.T).** Existe un dilema entre el tipo de descentralización de trabajo que ejercen las empresas de servicios temporales, el cual en algunos casos ha determinado que se encuentra inmersa en el fenómeno de tercerización y otros en el de intermediación; lo primero, puesto que en la mayoría de casos son estas las que ostentan a calidad de empleador, encargándose no solo del salario y las prestaciones sociales, sino también en las situaciones en las cuales el empleado ha cometido faltas, que afectan los objetivos de la empresa usuaria y se hace necesario el inicio de una investigación; lo segundo, como quiera que contratan y remiten personal para beneficio único y exclusivo de un tercero, aún dentro de las actividades que le son inherentes o características.

A un nivel formal, las empresas de servicios temporales, acorde con lo normado en el artículo 71 de la ley 50 de 1990, desarrollan actividades de intermediación laboral, pues remiten personal para ser subordinado de su empresa usuaria, objeto que también compatibiliza con lo ya expuesto en relación con la definición internacional de intermediación prevista en el convenio 181 de 1988.

De conformidad con lo previsto en el decreto 4369 del año 2006, se denomina Empresa de Servicios Temporales, a aquella persona jurídica que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar de forma temporal, en el desarrollo de actividades y/o procesos, con el fin de contratar personal (personas naturales) que trabajará directamente para la empresa de servicios temporales. Esta, no se constituye bajo la figura de simple intermediario, por lo cual

responde de todas sus obligaciones de manera independiente de la empresa usuaria<sup>40</sup>. En el ejercicio, la E.S.T delega la subordinación que es propia al contrato de trabajo a la empresa usuaria, con el fin que esta pueda disponer del personal en misión para sus propios intereses y bajo su objeto negocial.

El objeto principal de la E.S.T. es colaborar de forma temporal con personas naturales o jurídicas (empresas usuarias), en el ejercicio de las actividades y/o procesos, vinculando el personal para que realice las labores que se han pactado entre la E.S.T y la empresa usuaria con anterioridad. En la ley 50 de 1990, se describe a las empresas de servicios temporales como "...aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades..."<sup>41</sup> y "...deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objetivo lo previsto en el artículo anterior..."<sup>42</sup>. Otra forma de definir las es como sociedades comerciales cuya actividad debe estar orientada a enganchar y remitir el personal que requieren otras personas jurídicas<sup>43</sup> por esta razón y para la efectiva regulación se expide el Decreto 4369 del año 2006.

La ley permite a las empresas contratar a través de E.S.T. exclusivamente para solucionar los siguientes impases que se pueden presentar en los procesos de producción de la usuaria:

- El usuario requiere atender labores ocasionales, accidentales o transitorias. La duración en este caso, debe ser inferior a un (1) mes y las actividades para las cuales se requiere el trabajador, deben ser diferentes a las habituales de la empresa; Cuando la empresa usuaria requiera reemplazar personal de vacaciones, licencia, incapacidad por enfermedad o maternidad. Cuando se requiere más personal por incremento de la producción, época de

---

<sup>40</sup> PLAZAS, Germán; PLAZAS, Viviana, La nueva práctica Laboral 2015, Décimo Séptima Edición, Bogotá D.C., 2015.página 363

<sup>41</sup> Artículo 71 ley 50 de 1990

<sup>42</sup> Artículo 72 IBIDEM

<sup>43</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia número 9435 del 24 de Abril de 1997.

cosecha o aumento en las ventas y/o en la prestación de servicio. En este caso la duración del contrato debe ser de seis meses con una única prórroga de seis (6) meses.<sup>44</sup>

El decreto 4369 del 2006, establece que una vez cumplida la prórroga, la empresa usuaria no podrá celebrar contratos con la misma u otra temporal, para contratar personal que atienda la actividad que desarrollaba el trabajador en misión.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, explican que para tener criterio sobre el tiempo límite para la duración de contratos de obra o labor, se tiene que hacer claridad sobre la finalidad de las normas que restringen la contratación a través de las E.S.T. El Consejo de Estado resaltó el siguiente apartado de la sentencia 6038 del 26 de Octubre de 1994: "...evitar que los contratos de las empresas de servicios temporales se tornen permanentes, desconociendo los derechos prestacionales de los trabajadores...", en el mismo sentido la Corte Constitucional por medio de la sentencia de constitucionalidad No. 330 de 1995, destacó que "...es claro que la finalidad de la norma es la protección de los trabajadores para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes...". Unificando las consideraciones de las dos corporaciones, se puede llegar a la idea de que las empresas de servicios temporales deben solucionar problemas de recursos humanos, únicamente de forma temporal sin ser usados como medios para acortar los tiempos de duración de los contratos a seis (6) meses o menos.

Como es de esperarse, por el importante papel que tiene, el Ministerio de Trabajo, también se ha pronunciado, asegurando que cuando la necesidad originaria que da lugar a la contratación de un servicio específico, por el cual se produjo la contratación, persiste una vez pasados los seis (6) meses más la prórroga, el

---

<sup>44</sup> Decreto 4369 del 2006

trabajador debe ser vinculado de manera directa por la empresa usuaria. Ésta entonces, se convertirá en el empleador.

La responsabilidad de la empresa usuaria queda limitada al cumplimiento del contrato de servicios temporales celebrado con la E.S.T; sin embargo, si la contratación excede el límite legal y por tanto la relación pactada muta a otra distinta, la empresa de servicios temporales responderá de forma solidaria con la empresa usuaria; "...la superación del término de la contratación de los trabajadores en misión de seis meses, prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual, diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo del trabajador y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales..."<sup>45</sup>.

Al adquirir la calidad de empleador, la empresa usuaria tendrá que asumir con el empleado la aceptación de un contrato laboral a término indefinido y tendrá la obligación de pagar al trabajador la totalidad de los derechos laborales que se deriven del nuevo contrato, cuestión que se presenta relativa, pues sólo estaría obligado a pagar los mayores valores, dado que la empresa de servicios temporales también se regula por el C.S.T.

La Corte Suprema de Justicia, decidió declarar como empleador a la empresa usuaria una vez cumplido el tiempo de duración del contrato, en razón a que la temporalidad que justifica la contratación a través de E.S.T desaparece y a continuación se configura un fraude que puede afectar al trabajador,

...frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos, para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión por los artículos 77 de la ley 50 d 1990 y 13 del decreto reglamentario 024 de 1998 o también cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido, en estos preceptos solo se puede catalogar a la empresa de

---

<sup>45</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia 25717 del año 2006

servicios temporales como empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador. <sup>46</sup> .

A pesar de que E.S.T pierda su calidad de empleador, tendrá que responder solidariamente por los derechos que la empresa usuaria debe pagar al trabajador en misión. Por incongruencias en la actividad de la contratación que puedan vulnerar los derechos del trabajador, puede también hacerse acreedora a multas de hasta cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y su permiso de funcionamiento puede ser suspendido , al violar las leyes reglamentarias para el suministro de personal en misión , “la superación del término de la contratación de trabajadores en misión genera una situación contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de los trabajadores y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales”. <sup>47</sup>

Ahora, para que una Empresa de Servicios Temporales, pueda ponerse en funcionamiento, tendrá que adquirir la respectiva autorización del Ministerio de Trabajo, que les será otorgada una vez hayan presentado los siguientes documentos:

- Escritura pública de constitución y certificado de existencia representación legal de la cámara de comercio, para demostrar que su único objeto social sea el de contratar la prestación del servicio con terceros beneficiarios, para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la empresa usuaria.
- Balances escritos por el contador público y/o el revisor fiscal, según sea el caso, y copia de los extractos bancarios correspondientes, con el fin de acreditar el capital social pagado, que debe ser igual o mayor a trescientas (300) veces el salario mínimo mensual legal vigente al momento de su constitución.

---

<sup>46</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia 25717 del año 2006

<sup>47</sup> IBIDEM

- El reglamento de trabajo que habla el artículo 85 de la ley 50 de 1990.<sup>48</sup>
- Formatos de los contratos de trabajo que celebrarán con los trabajadores en misión y de los que suscribirán con los usuarios del servicio.
- Póliza de garantía, de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 del decreto 4369 de 2006<sup>49</sup>, ésta oscilará entre los quinientos (500) y los dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y tendrá que revisarse si la empresa de servicios temporales podrá utilizarla en los casos en que deba responder solidariamente con el empleador en las acreencias causadas al trabajador en misión.<sup>50</sup>

Su definición ha sido ampliamente discutida en las áreas de derecho y civil y derecho laboral. Palomeque, la distingue como una relación contractual que puede ser de empresa, de obra o de arrendamiento de servicios, a través de la cual una persona natural o jurídica (empresa auxiliar contratista) se obliga a la realización de una obra o servicio determinado y quien contrata (empresa principal comitente) se obliga a pagar un precio cierto.

---

<sup>48</sup> ARTICULO 85. Las empresas de servicios temporales deberán presentar, para la aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, un reglamento interno de trabajo que contendrá disposiciones especiales, relativas a los derechos y obligaciones de los trabajadores en misión.

<sup>49</sup> *Póliza de garantía*. La póliza de garantía deberá constituirse en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo legal mensual vigente, para asegurar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión, en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales. Dicha póliza deberá actualizarse anualmente, tomando como base las modificaciones al salario mínimo legal mensual vigente.

<sup>50</sup> Decreto 583 de 2016

## **7. DEL MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS FORMAS DE TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL EN COLOMBIA**

### **7.1 MARCO LEGAL**

Las formas de flexibilización del trabajo han llegado a constituir serias herramientas de contratación con las que cuentan las empresas. Es así, como en aras de la implementación de una mejor producción, servicios, optimización de un proceso o actividad, se ha venido aumentando la frecuencia en el uso de las formas de tercerización e intermediación laboral en nuestro país.

Sin embargo, en el afán de adherir dichas figuras a los procesos empresariales, usualmente se tiende a desconocer su campo de acción, así como su propia naturaleza y funcionamiento, casos en los cuales los empleadores se ven implicados en situaciones legales que involucran el reconocimiento de garantías y derechos laborales de los trabajadores. Es por ello, que es necesario establecer un marco normativo del funcionamiento de las figuras de tercerización laboral e intermediación, que vislumbren los límites de aplicabilidad de cada una de ellas. En ese sentido, será favorable tanto para los empleadores como para los trabajadores, entender bajo qué condiciones se desarrollará su trabajo, así como las limitantes de ello, en función a evitar que se desdibuje la naturaleza propia de lo que se pactó inicialmente entre las partes.

**7.1.1 Constitución Política de Colombia.** 1. Artículo 25, de la Carta política. Ésta norma, nos indica 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.”. Bajo ese entendido, se desarrolla la idea de que el derecho al trabajo no sólo implica el libre acceso a uno,

sino que se amplía y desprenden otros principios y obligaciones tanto del empleador como del Estado, para regular las posibles circunstancias en que se ven menoscabadas dichas garantías. Teniendo en cuenta que es la base del desarrollo de la sociedad y adicional, hace parte del proyecto de vida de una persona, así como del sostenimiento de una familia, núcleo de la sociedad.

Al respecto, la Corte constitucional ha realizado la siguiente precisión, en Sentencia C- 539 de 2014

La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada<sup>51</sup>

2. Artículo 53 de la constitución política, que en su entramado regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral, al determinar que éstos se basan principalmente en:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 539 de 2014, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

<sup>52</sup> COLOMBIA, CONSTITUCION POLITICA, LEGIS, Bogotá, 2015.

3. Artículo 86 de la Constitución Política, que Contempla la Acción de Tutela, para reclamar la protección de derechos fundamentales: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”<sup>53</sup>

Bajo ese mandato, se entiende que para las reclamaciones en materia laboral, en especial las que emanan del llamado “contrato realidad”, se debe acudir a los jueces pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, para su respectiva declaratoria y en consecuente reconocimiento de los derechos adquiridos a través de la relación laboral. Sin embargo, en Sentencia T-903 de 2010, reiterada en ocasiones posteriores, la Corte Constitucional señaló, las circunstancias en las cuales se puede hacer uso de la Acción de Tutela para las reclamaciones en materia laboral. En ese sentido, expuso en esa oportunidad:

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela no procede para solicitar reclamaciones de naturaleza laboral y la declaratoria del contrato realidad porque el carácter de dicha acción es subsidiaria y residual. No obstante, esta regla también contiene una excepción que consiste en la posibilidad de que la mentada acción constitucional puede ser ejercida por los sujetos que son titulares de una especial protección constitucional por parte del Estado, por tanto, cuando existe una amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, esta resulta ser una herramienta eficaz e idónea en procura de su respectivo amparo.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> *Ibidem*

<sup>54</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 903 de 2010, M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

4. Artículo 366 de la Constitución Nacional, el cual determina la obligación del Estado, en mantener y garantizar la calidad de vida de la población y el bienestar general. En ese sentido, señala:

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela no procede para solicitar reclamaciones de naturaleza laboral y la declaratoria del contrato realidad porque el carácter de dicha acción es subsidiaria y residual. No obstante, esta regla también contiene una excepción que consiste en la posibilidad de que la mentada acción constitucional puede ser ejercida por los sujetos que son titulares de una especial protección constitucional por parte del Estado, por tanto, cuando existe una amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, esta resulta ser una herramienta eficaz e idónea en procura de su respectivo amparo.<sup>55</sup>

**7.1.2 Convenios Internacionales.** 1. Convenio 034 de la OIT. Este convenio establece la supresión en el término de tres años de las Agencias Retribuidas de Colocación, las cuales define como “toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto”<sup>56</sup>

Así, sólo permite la existencia de las Agencias de Colocación Sin Fines Lucrativos. Éste convenio, a pesar de no estar ratificado por Colombia, es un marco de referencia normativo, toda vez que determina el límite de la INTERMEDIACIÓN laboral, haciendo ver a los diferentes Estados la importancia de vigilar éstas prácticas cuando se realizan con fines lucrativos.

2. CONVENIO 088 DE LA OIT, Convenio relativo a la organización del servicio de empleo. Se encuentra Ratificado por Colombia y entró en vigor el 31 de Octubre de

---

<sup>55</sup> COLOMBIA, CONSTITUCION POLITICA, LEGIS, Bogotá, 2015.

<sup>56</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, Convenio 034, 1936

1967. En términos generales, estipula que los Estados deberán garantizar el mantenimiento de un servicio público de empleo, cuya función será la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo. En nuestro país el desarrollo legislativo se hace presente mediante ley 1636 de 2013.

3. CONVENIO 096 DE LA OIT, convenio sobre las agencias retribuidas de colocación. Éste convenio estipula que dichas agencias las constituyen toda persona o sociedad que sirva de intermediario para obtener un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador. Actualmente no se encuentra ratificado por Colombia, sin embargo, ha servido como norma de referencia en las interpretaciones judiciales, a pesar de no hacer parte del Bloque de Constitucionalidad en Sentido Formal.

4. CONVENIO 181 Y RECOMENDACIÓN 181 DE LA OIT. Convenio sobre las agencias privadas de empleo.

Este convenio se adoptó en 1997, entrando en vigor el 10 de mayo de 2000. Sin embargo no ha sido ratificado por Colombia.

Se hace referencia a esta norma porque es un hito en la definición de “agencia de empleo privada” y su diferenciación, en ese sentido, su artículo primero señala:

#### Artículo 1

1. A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

(a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

(b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

(c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas

de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.<sup>57</sup>

5. CONVENIO 175 OIT- Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, Ginebra 24 de Junio de 1994. Éste convenio no se encuentra ratificado por Colombia; sin embargo, en él se establecen los lineamientos mínimos que debe tener el trabajo a tiempo parcial, haciendo la salvedad de que no se considerará trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, o que estén afectados por una reducción temporal de la duración normal de su trabajo por diferentes motivos.

6. PACTO MUNDIAL PARA EL EMPLEO - Se abordan las repercusiones de la crisis financiera y económica internacional en los ámbitos social y del empleo. El documento promueve una recuperación productiva, centrada en la inversión, el empleo y la protección social, Ginebra, 19 de Junio de 2009.

7. DECLARACIÓN DE LIMA – Desarrollo sostenible con trabajo decente, productividad e inclusión social en la región, así como la formalización de la economía informal, 16 de Octubre de 2014 – OIT.

**7.1.3 Normatividad Interna.** 1. Ley 134 de diciembre 07 de 1931. Esta norma actualmente se encuentra derogada. Fue la primera ley de funcionamiento de las Cooperativas. Establecía el marco de acción de las “Sociedades Cooperativas”. En virtud de ello, dichas entidades podrían iniciarse y fundarse acorde con los términos de esa norma; sin embargo, no podrían entrar en funcionamiento sino una vez mediara autorización y aprobación de sus estatutos directamente del Ejecutivo del Estado, cuyo visto bueno se materializaba mediante la expedición de una resolución, y se protocolizaba en la Notaria respectiva, y acto seguido, se procedía

---

<sup>57</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 181, Ginebra, 1997.

a expedir por el Notario un extracto de todas las especificaciones exigidas en el entramado de la norma, el cual debía ser publicado y registrado como el de las sociedades comerciales, y surtiría los mismos efectos.

2. Ley 79 de 1988. Por medio de este mandato legal, se actualiza toda la normatividad de las Cooperativas, dotándolas de un marco jurídico propio, mediante el cual su desarrollo sea el propicio para la ejecución de sus actividades en virtud de su importancia en el desarrollo de la economía nacional.

Esta ley, reúne las características que debe tener el funcionamiento de todas las cooperativas, su órgano de control, de administración y vigilancia, así como su régimen económico y del trabajo, sin embargo, las aborda como un género, sin tener en cuenta el funcionamiento específico de las Cooperativas de Trabajo Asociado. Respecto a éstas últimas, en su artículo 70 y 71 estima lo siguiente:

Artículo 70. Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.

Artículo 71. Las cooperativas de trabajo asociado se constituirán con un mínimo de diez asociados, y las que tengan menos de veinte, en los estatutos o reglamentos deberán adecuar los órganos de administración y vigilancia a las características particulares de la cooperativa, especialmente al tamaño del grupo asociado, a las posibilidades de división del trabajo y a la aplicación de la democracia directa, así como también a las actividades específicas de la empresa.

Para solucionar ésta vacío, surge el Decreto Reglamentario 4588 de 2006, de cuyo estudio nos ocuparemos más adelante.

3. Ley 50 de 1990. Mediante esta ley se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo. En ese sentido, sus artículos 71 al 94, regulan el funcionamiento de las Empresas de Servicios Temporales, cuyo actuar se encamina dentro de los parámetros y limitantes de la tercerización laboral. También dispone que deberán

estar constituidas como Personas Jurídicas; es decir, dicha función no se podrá ejecutar por parte de una persona del común, sino que deberá tener un objeto social, que se encuentre de conformidad con el objeto de prestar servicios a terceros, beneficiarios para colaborar de forma temporal en el desarrollo de sus actividades o procesos. Así mismo, en su artículo 95, Regula la actividad de INTERMEDIACION laboral, en la cual establece: “La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.”

4. Ley 789 de 2002. Mediante la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social. Esta norma es importante para la protección de las garantías de los trabajadores, ante las diferentes cajas de compensación familiar. Igualmente establece la obligación de los empleadores de afiliar a todos sus trabajadores a dichas instituciones, para que sean acreedoras de los diferentes subsidios y beneficios derivados de las mismas.

En ese entendido, las empresas que realizan tercerización e intermediación laboral, deberán realizar los aportes debidos de los trabajadores que tenga por su cuenta, de esa forma evitar el desconocimiento de la relación laboral y procurar el mantenimiento de su forma en las debidas prácticas de las obligaciones conjuntas a que hay lugar.

5. Ley 1233 de 2008. Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente

Mediante este mandato legal, de acuerdo con el Artículo 2, las Cooperativas de Trabajo Asociado tienen a su cargo el pago de las contribuciones especiales. Siendo éstas últimas definidas como la suma de dinero que como retribución recibe mensualmente el asociado por la ejecución de su actividad material o inmaterial; Así mismo en su Artículo 6 determina, que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado serán responsables del proceso de afiliación y pago de los aportes de los trabajadores asociados al Sistema de Seguridad Social Integral (Salud, Pensión y Riesgos Profesionales). En ese sentido, se aplicarán todas las disposiciones legales vigentes sobre la materia para trabajadores dependientes.

6. Ley 1429 de 2010. Es la ley de Formalización y Generación de Empleo; surge debido al frecuente uso indebido de las figuras de flexibilización del trabajo y de las otras formas asociativas o sociedades comerciales que desdibujaban el contrato de trabajo, desconociendo los derechos mínimos de los trabajadores.

De esta forma, por medio de esta ley, se buscó la formalización y generación de empleo, con el objeto de disminuir los costos de formar empresa en nuestro país. La simplificación de los trámites, los apoyos económicos, las nuevas disposiciones sobre reactivación de sociedades y la eliminación de trabas administrativas para la liquidación de sociedades, fueron los principales hitos para resaltar de esta norma.

7. Ley 1610 de 2013. Por medio de ésta norma se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral. De esa forma se estipulan las funciones de los inspectores de trabajo, las cuales se clasifican en Funciones preventivas, funciones coactivas o de policía administrativa, funciones conciliadoras, y función de mejoramiento de la normativa laboral.

Igualmente, se establecen las multas y sanciones aplicables a las empresas que no cumplan con lo estipulado en las leyes de Seguridad y Salud en el Trabajo. Todo

ello en virtud de la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno en que un trabajador desempeña su función.

8. Decreto 4369 de 2006. Por medio de éste Decreto se buscó la formalización y generación de empleo, brindando beneficios para la creación de empresas de servicios temporales. Adicionalmente, estableció unos beneficios en ciertas materias, para buscar la inclusión de ciertos sectores de la población que se encuentran en condición de vulnerabilidad. El artículo 6 de dicho Decreto contempla los escenarios en los cuales una empresa usuaria puede contratar con una empresa se Servicios Temporales:

- -Para atender labores ocasionales, accidentales o transitorias. La duración debe ser inferior a un mes y las labores realizadas deben ser diferentes a las habituales de la empresa.
- -Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
- -Para atender un incremento en la producción, el transporte o las ventas, los periodos estacionales de cosechas y ben la prestación de servicios por un término de seis meses prorrogables por otros seis meses.

Una vez transcurrido un año desde que la empresa usuaria requiriera para suplir sus necesidades los servicios de una empresa de servicios temporales, y pasado este término siguiera requiriendo la prestación del mismo servicio, el personal deberá ser contratado directamente por la empresa usuaria y no a través de una empresa de servicios temporales.

Si se sobrepasa el tiempo reglamentado, deberá constituirse como empleador directo del personal que se encuentra en misión. En ese sentido, se ha examinado un sinnúmero de casos por parte de las altas Cortes, quienes han sido las mayores protectoras de los derechos de los trabajadores, cuando dichos contratos se

extienden por más del tiempo estipulado o a actividades diferentes a las inicialmente pactadas entre las partes.

9. Decreto 4588 del 2006. El Decreto Reglamentario 4588 de 2006, surgió enmarcado en los lineamientos del trabajo digno, decente y sustentable y que reconozca todos los beneficios de la seguridad social del asociado. La norma, hace énfasis en la autogestión que deben tener las cooperativas, siendo esta su principal característica. Se refiere entonces a la autonomía, autodeterminación y autogobierno de los cooperados que son el pilar de su propia empresa contribuyendo económicamente y con su trabajo, que permite la consecución de los fines propuestos a través del desarrollo de las actividades.

A esto se debe añadir que el artículo 10 de la norma señala como trabajo asociado cooperativo, la actividad libre autogestionaria , física, material o intelectual o científica desarrollada de manera autónoma por un grupo de personas naturales asociadas solidariamente, con sus propias reglas con el objetivo de generar empresa. Al hablar de regla propias, nos referimos al hecho de que se rigen exclusivamente por los estatutos por lo tanto no es aplicable la legislación laboral ordinaria que regula el trabajo dependiente. En la relación solidaria cooperada no existe el elemento de la subordinación en tanto todos los asociados realizan sus aportes, son al mismo tiempo dueños y trabajadores.

10. Decreto 1429 de 2010. Por medio de este decreto, se deroga el Decreto 657 del 3 de marzo de 2006, y adicional se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo de Trabajo, en lo concerniente a Contrato Sindical. Esta norma regula el funcionamiento de ésta figura, reglamentando las condiciones mínimas que debe cumplir el contrato, ya que en vista de su naturaleza civil, en ocasiones se puede llegar a generar confusiones respecto de la autonomía de los afiliados, toda vez que es la legislación laboral la que lo regula.

También se establece que En desarrollo del Convenio 87 de 1948 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 26 de 1976, las organizaciones sindicales deberán elaborar un reglamento por cada contrato sindical, lo cual los obliga a tomar todas las medidas necesarias para el bien funcionamiento de la organización, así como de las retribuciones, destinación de los recursos, solución de controversias y en especial de la obligación que tienen en materia de promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

11. Decreto 583 de 2016. Por medio de este decreto, se establecen los lineamientos para la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral, para todas las modalidades de vinculación diferentes a la contratación directa del trabajador.

Este decreto adiciona un capítulo al Decreto 1072 de 2015 el cual estipula el “Decreto Único Reglamentario del sector Trabajo”, que hace parte de la Política Nacional de Trabajo Decente reglamentado en el artículo 74 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

Según ésta norma, la tercerización se considera ilegal cuando una institución o empresa pública o privada, vinculan personal para el desarrollo de actividades permanentes a través de un proveedor, o cuando se violen los derechos constitucionales, legales y prestacionales.

En ese sentido, las autoridades de inspección, vigilancia y control del Ministerio de Trabajo, deberán tener en cuenta los elementos contemplados en el artículo 2.2.3.2.3 del presente decreto, los cuales, no constituyen conductas sancionatorias sino elementos para investigaciones administrativas:

Algunos de esos elementos son:

1. Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que se realizaban para el beneficiario y los trabajadores no fueron expresamente informados por escrito.
2. Que el proveedor no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que le sean contratados.
3. Que el proveedor no realice el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales oportunamente o no cumpla con las obligaciones en materia de seguridad social.
4. Que el proveedor no tenga capacidad, de carácter administrativo o financiero, para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores.
5. Que a los trabajadores que trabajaban para el beneficiario no se les otorguen por parte del proveedor iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades.

Las Direcciones Territoriales del Ministerio de Trabajo, serán quienes impondrán las sanciones a los proveedores y beneficiarios, con multas de hasta cinco mil (5.000) SMMLV. En caso de reincidencia se aplicará una multa máxima. Para la reducción de las sanciones contempladas en el Ley 1610 de 2013, “se aplicará en forma proporcional al porcentaje de trabajadores afectados en cada uno de los proveedores que el beneficiario sujeto a la sanción vincule a su planta en forma directa, mediante contratos que cumplan el principio constitucional de estabilidad en el empleo, en un máximo de veinte por ciento (20%) de su valor por cada año que se mantenga la relación laboral directa y hasta el cien por ciento (100%) de condonación de la misma luego del quinto año de vinculación”.

A su vez dispone que el Ministerio de Trabajo realizará un estudio sobre las modalidades más frecuentes de tercerización laboral ilegal por regiones, para orientar acciones integrales de priorización y focalización por parte de los inspectores de trabajo.

## 7.2 REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

Existe un gran número de sentencias judiciales, en cabeza de las altas cortes, que permiten vislumbrar los escenarios en que ha dado lugar a la mutación de un contrato estipulado inicialmente entre las partes, sea cual sea su naturaleza, a otro totalmente diferente, que en la realidad, era el que venía cumpliéndose, de ese modo, desprendiéndose de éste todas las garantías y derechos propios de la figura inicialmente seleccionada.

**7.2.1 Frente a cooperativas de trabajo asociado.** Éste es el caso presentado en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo, Radicación n.º 46289 del 15 de abril de 2015, en donde el demandante adelanta proceso en contra de la empresa usuaria ya que, dice, fue presionado para dar su consentimiento y dar por terminado el contrato laboral de forma consensual, pero continúa trabajando para la empresa a través de una cooperativa. Después de un tiempo decide renunciar a su cargo.

El demandante solicita el pago de todas las prestaciones y obligaciones establecidas por la ley para estos casos. El juez de primera instancia dicta sentencia a favor de la empresa. En la apelación el tribunal reconoce la relación laboral entre el demandante y la accionada, obligándole al pago de todas las acreencias causadas. El tribunal hace aplicación del principio de la primacía de la realidad puesto que se configuraban los tres elementos del contrato de trabajo con la empresa usuaria. Afirma también que “el propósito para el cambio de la vinculación en realidad lo que buscaba era despojarse de la carga prestacional que conllevaba la celebración de contratos de trabajo siendo menos onerosos para el pasivo que

dichas funciones se presentaran a través de la cooperativa”<sup>58</sup>. El contrato fue disfrazado de uno de “corretaje comercial”.

La corte suprema aduce que quien se encargaba de dar las directrices para el ejercicio del cargo era la empresa usuaria y no la cooperativa. Se configura entonces el elemento de subordinación que quedo plenamente probado. De acuerdo a lo expuesto a lo largo de la providencia, para que se configure un contrato realidad, basta que se den los tres elementos de toda relación laboral. Respecto de la buena fe, se demuestra que es inexistente por parte de la demandada, ya que se denota la intención de ocultar la realidad del contrato con otra completamente diferente, que no respondía a las obligaciones que le correspondían al cargo, por lo tanto debe tener una sanción adicional.

Con esto, podemos ver la importancia que la corte a lo largo de los años le ha dado a la teoría de la realidad, para aplicarla y que se puedan dar reconocimiento no solo de las obligaciones para con el empleado, sino con la carga de a quién le corresponde el pago de estas.

De igual forma, en Sentencia de Constitucionalidad Número 690 de 2011, en la cual se demanda la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 1439 de 2010.

En esta sentencia, los demandantes plantean que el párrafo transitorio de la norma demandada, es contrario a la ley. Este dispone la entrada en vigencia de la norma lo que supone un retraso en el tiempo de la prohibición de contratar con cooperativas que hagan intermediación laboral y postergan la posibilidad de interponer las sanciones que allí se fijan por infringir esa prohibición. El párrafo es entonces contrario a los derechos y garantías mínimas de los trabajadores en la medida en que pospone en el tiempo la protección que deben recibir quienes son

---

<sup>58</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Rad. 46289. 15 de Abril, 2015.

contratados bajo ciertas modalidades, aun cuando existe un verdadero vínculo laboral desprovisto de todos los derechos y beneficios propios de este.

La sentencia es clara en respecto a la prohibición que tienen las cooperativas de ejercer como empresas intermediarias. La corte resalta que la norma busca precisamente garantizar a los asociados de las cooperativas que no se les vulneren sus derechos laborales, disfrazando la relación laboral con otra figura o aprovecharse de su posición para desmejorar las condiciones de trabajo.

Si bien la jurisprudencia no se adentra en el tema de la tercerización ya que el objeto de la demanda es otro, es importante para resaltar la posición de la Corte respecto de las cooperativas y la importancia de la regulación en materia de intermediación o de simular relaciones laborales que generen una situación de subordinación.

Posteriormente, en Sentencia C- 593 de 2014, la Corte Constitucional hace un análisis en cuanto a la primacía de la realidad sobre las formalidades cuando la relación cooperativa se torna laboral, en ese sentido dispone:

Es posible afirmar que cuando se utiliza la cooperativa de trabajo asociado para ocultar una verdadera relación laboral, en la que el cooperado no desempeña sus funciones directamente en la cooperativa sino que presta un servicio a un tercero, quien le da órdenes y le impone un horario de trabajo, es evidente la existencia de la subordinación propia de una relación laboral. Situación que contraviene los supuestos legales que las regulan. Esto significa que al presentarse una intermediación se convierte el vínculo cooperativo en una verdadera relación laboral entre el asociado cooperado y la cooperativa, al generarse el factor de subordinación en la realización de una labor en favor de otro. En consecuencia es claro que nace un contrato realidad y, por tanto, la jurisdicción laboral es la competente para conocer de las controversias que se generan dentro de la relación horizontal (empleador-empleado). Asimismo, la jurisprudencia ha desarrollado algunos aspectos que permiten identificar cuándo la relación cooperativa muta en una laboral. Destacando por ejemplo, (i) el condicionamiento del pago del aporte al cumplimiento de las condiciones señaladas, bien por la cooperativa o por un tercero; (ii) uso del poder coercitivo (disciplinario) sobre el

asociado; (iii) la dependencia y subordinación del asociado en relación con el tercero al que deberá prestar sus servicios, así como las condiciones de trabajo.<sup>59</sup>

Esta jurisprudencia es clave, en el sentido en que se da un marco de identificación de los casos en que se constituye una indebida “mutación” de lo pactado inicialmente entre partes, en este caso, de las Cooperativas de Trabajo Asociado.

En igual sentido, ya la Sentencia T-198 de 2010 había determinado con anticipación:

En conclusión, del hecho de que la legislación autorice la celebración de contratos de asociación en los términos de las normas que regulan las cooperativas de trabajo asociado, no se deriva una autorización normativa, para que bajo dicha forma se vulneren los derechos fundamentales o se esquiven obligaciones sustantivas derivadas del ordenamiento constitucional en relación con una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y subordinación, pues en todo caso la Corte Constitucional ha establecido, que de la capacidad de autorregulación de las cooperativas de trabajo asociado, no contiene una autorización para la violación de los límites impuestos por la Constitución y la ley, en amparo de los derechos fundamentales de las personas asociadas.[69] En este caso, la Cooperativa de Trabajo Asociado desconoció la prohibición establecida en el artículo 17 del Decreto 4588 de diciembre 27 de 2006.<sup>60</sup>

En ese caso, es acertado afirmar que cuando se trata de utilizar las diferentes formas de tercerización e intermediación laboral para ocultar verdaderas relaciones laborales, es indispensable iniciar un proceso sancionatorio para tal fin, toda vez que no sólo se ha desdibujado completamente el contrato de trabajo en sí, sino también se ha desvirtuado la función misma de las diferentes formas de vinculación laboral y descentralización del trabajo, cuyo avance y progreso han sido claves para la optimización de los procesos, manejo de recursos y disminución en los costos de las empresas, en aras de aumentar la productividad de las mismas y paulatinamente

---

<sup>59</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-593. 2014

<sup>60</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 198- 2010.

ofrecer mejores condiciones laborales y aportar al desarrollo social y económico de la nación.

**7.2.2 Frente a Contratos Sindicales.** La Corte Constitucional, en sentencia T- 457 de 2011, con Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, hace precisiones sobre la autonomía de contrato sindical. En este caso, el accionante, y otros 45 accionantes más instauraron acción de tutela contra la Unión de Trabajadores de la Industria Energética Nacional “UTEN”, la Sociedad de Ingenieros de Colombia SOINCO Proyectos Limitada, la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. “CEC” y las Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. “CEDELCA”, por considerar que éstas con sus actuaciones vulneraron sus derechos al mínimo vital y móvil, toda vez que suscribieron contrato colectivo sindical con la Sociedad de Ingenieros de Colombia SOINCO Proyectos y que hasta el momento no se les habían cancelado los salarios, aportes a seguridad social y demás acreencias laborales que por derecho les correspondía.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, en sentencia del 6 de abril de 2010, concedió el amparo a los derechos al trabajo, a la seguridad social en conexidad con la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso que les asisten a los accionantes.

La Corte mediante sentencia T- 457 de 2011, analiza en este caso, la autonomía del Contrato Sindical, estableciendo lo siguiente:

Ahora bien, en el contrato sindical intervienen el empresario-empedor y la organización sindical. Las personas que se afilian al sindicato para prestar sus servicios o realizar las obras encomendadas a través de dicho contrato, se denominan afiliados partícipes. Cabría entonces una pregunta: ¿Los afiliados partícipes que están bajo la modalidad del contrato sindical tienen un contrato de trabajo con la organización sindical? La respuesta es no, porque no existe el elemento esencial de la subordinación propio del contrato de trabajo. El

afiliado partícipe durante la ejecución del contrato sindical compone el sindicato y se encuentra en un plano de igualdad con éste frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato, al punto que recibe compensaciones y son sujetos de ciertas deducciones, las cuales para todos sus efectos se asimilan al concepto de salario, de acuerdo con lo definido en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical.

Quiero ello decir que entre el sindicato y los afiliados partícipes no existe como tal una relación empleador-trabajador, pues si se viera desde la óptica contraria comprometería gravemente el derecho de sindicalización en Colombia (artículo 39 Superior), toda vez que quienes se agrupan para defender sus intereses laborales en contra del empleador, resultaría a su vez detentando la figura de patrono a través de la persona jurídica que constituye el sindicato, situación que resulta ser un contrasentido.<sup>61</sup>

Frente al tema de los pagos de seguridad social integral, en esta misma providencia, la Corte resalto: “A lo que sí está obligado el sindicato como directo responsable, es a la administración del sistema de seguridad social integral, es decir, todo lo relacionado con la afiliación, retiro, pago y demás novedades que presenten los afiliados partícipes, y ello por expresa disposición del numeral 7° del artículo 5° del Decreto 1429 de 2010.”

Así mismo, en Sentencia T-303 de 2011 con M.P. JUAN CARLOS HENAO PEREZ, la Corte Constitucional revisa las diferencias existentes entre Contrato Sindical y Contrato de Trabajo, a fin de determinar ante quien y contra quien se deben presentar las reclamaciones por incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales pactadas en el seno de un acuerdo bilateral. En ese sentido, expone la Corte:

---

<sup>61</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-457 de 2011.

El contrato colectivo sindical difiere sustancialmente del contrato individual de trabajo en cuanto a su contenido, forma y propósito. El contrato de trabajo puede ser verbal y el contrato colectivo sindical tiene que ser siempre escrito; el contrato de trabajo se celebra con el trabajador y el colectivo sindical se celebra entre uno o varios patronos y uno o varios sindicatos; el contrato colectivo es solemne por cuanto según el artículo 482 C.S.T., uno de sus ejemplares tiene que depositarse ante el Ministerio del Trabajo, mientras el contrato individual no requiere de esta solemnidad. Adicionalmente, según el artículo 5° del decreto 1429 de 2010, “las organizaciones sindicales deben elaborar un reglamento por cada contrato sindical...”; Según el artículo 22 del C.S.T. el contrato individual de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal. En el contrato colectivo sindical, quien se obliga es el sindicato a través de su representante legal actuando en nombre de los afiliados que participan en el contrato sindical; En el contrato colectivo sindical, la relación jurídica entre contratante y contratista es equitativa. En el contrato individual del trabajo se configura una relación de subordinación y dependencia del trabajador con respecto al patrono; en el contrato colectivo sindical se presentan dos tipos de relaciones: una entre el afiliado y su sindicato y otra entre el sindicato y el contratante, mal denominado empleador en el artículo 482 C.S.T., aunque en ocasiones la relación del afiliado con su sindicato puede vertirse en un verdadero contrato individual de trabajo; los dos contratos pueden asemejarse en que la duración, revisión y extinción del contrato colectivo sindical puede regirse por las normas del contrato individual. (Inciso final, artículo 482 C.S.T. De otra parte, según el artículo 483 C.S.T., el sindicato de trabajadores que suscriba un contrato sindical responde tanto por las obligaciones directas que surjan del mismo, como por el cumplimiento de las que se estipulen para sus afiliados, y tiene personería para ejercer tanto los derechos como las acciones que le correspondan a cada uno de sus afiliados.<sup>62</sup>

Importante aclaración realiza la Corte, en el sentido en que los elementos que configuran el contrato de trabajo, no pueden predicarse en la ejecución de un Contrato Sindical, pues de ser así, se incurriría en una contradicción, que desestabiliza la propia seguridad jurídica.

---

<sup>62</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-303 de 2011

No obstante lo anterior, cabe resaltar que con independencia de la autonomía propia del contrato sindical, éste se encuentra en la obligación de velar por la administración de la seguridad social integral de los afiliados, tal y como se expuso anteriormente, además de reconocer el mínimo vital y respetar el derecho a la Estabilidad laboral reforzada. En ese sentido, la Corte ha sido explícita, indicando casos en los cuales el Contrato sindical debe garantizar dicho principio.

Al respecto, en Sentencia T- 138 de 2015, con M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, en el cual se analizaba el caso de una afiliada al sindicato DARSALUD, por el periodo de 2 meses, y quien durante el tiempo de ejecución, quedó en estado de embarazo. No obstante, se decide por parte del sindicato dar por terminada la relación contractual. La Corte Constitucional Señala sobre dicho caso:

Cuando una trabajadora/afiliada es desvinculada de la ejecución de un contrato sindical encontrándose embarazada o en periodo de lactancia es evidente la afectación de uno o varios derechos fundamentales. En primer lugar es importante recordar que, la protección a la estabilidad laboral reforzada para mujer embarazada o lactante es procedente independientemente del tipo de contrato por medio del cual se encuentra vinculada. Para hacer efectiva la protección en aquellas relaciones que no revisten la naturaleza de laborales, deben asimilarse estas “a una relación laboral sin condiciones específicas de terminación; categoría esta que se ha concretado en las normas legales como punto de partida para la aplicación de la protección contenida en el denominado fuero de maternidad”. En segundo lugar es preciso concluir, que la garantía de estabilidad laboral reforzada para mujer embarazada o lactante en los casos de ejecución de contrato sindical procede no solo en virtud del principio de no discriminación o del conjunto de garantías constitucionalmente dispuestas para la mujer en ese estado, sino por la naturaleza misma del sindicato es decir, su deber de solidaridad con sus afiliados y su necesaria sujeción a orden legal y a los principios democráticos.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 138 de 2015.

**7.2.3 Frente a Empresas de Servicios Temporales.** La corte Constitucional, en Sentencia T- 663 de 2011, señala, las clase de trabajadores que existen en las Empresas de Servicios Temporales. Al respecto determinó:

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 74 de la misma norma, los trabajadores vinculados a estas empresas pueden ser de dos clases: (i) de “planta”, quienes desarrollan sus funciones en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales y; (ii) en “misión”, haciendo referencia a aquellos que prestan sus servicios personales en las entidades usuarias para cumplir con la tarea o labor que éstas contratan con las empresas temporales, “cuando sea menester reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad, para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales en cosechas o en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más. Servicios que se refieren a labores ocasionales, accidentales o transitorias.<sup>64</sup>

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de radicación 25717 del 22 de Febrero de 2006, con M.P. CARLOS ISAAC NADER, La alta corte estima nuevamente el término máximo en que se debe estipular la vinculación de los trabajadores en misión. En esa forma determina:

En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales.

Lo anterior, basado en la configuración de un contrato de trabajo en la realidad, obedeciendo a la desnaturalización o mutación del contrato inicialmente pactado. En ese orden de ideas, en sentencia SL6107-2014 con número de Radicación 39669 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS

---

<sup>64</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 663 de 2011

QUEVEDO, se reitera nuevamente el escenario en que al desvirtuarse el contrato inicialmente pactado, hay lugar a la configuración de un contrato realidad, con todas las obligaciones emanadas del mismo para el empleador.

A pesar de lo dicho en precedencia, la Corte encuentra propicia la oportunidad para reiterar que cuando las empresas de servicios temporales utilicen su fachada para mimetizar vinculaciones laborales y defraudar a los trabajadores respecto de quiénes son sus reales o verdaderos empleadores, en realidad no ostentan aquella calidad, pues se convierten en simples intermediarias mientras que las empresas usuarias se convierten en la verdadera y directa empleadora con las condignas consecuencias económicas.

Para todos los efectos legales, mediante la sentencia T- 503 de 2015, la Corte Constitucional, analiza reiteradamente la forma en que debe subsistir el contrato laboral entre el empleado y la empresa de servicios temporales, para que bajo ese entendido, no exista lugar a declaratoria de un contrato diferente, sino que en el marco enunciado, se respeten las prerrogativas de la naturaleza propia de dicha relación laboral. Es así, como en dicha sentencia se enuncia:

La relación laboral entre el trabajador y la empresa de servicios temporales subsiste mientras el usuario necesite de los servicios del trabajador o se haya finalizado la obra para la cual fue contratado. Sin embargo, es claro que de acuerdo con la ley, este tipo de relación laboral no puede exceder de un año, porque indudablemente se debe evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales en la práctica se conviertan en permanentes ya que de este modo se desconocerían los derechos prestacionales de los trabajadores. Así las cosas, en el evento de que la necesidad del usuario por el servicio de los trabajadores en misión sea permanente, debe acudir a otra forma de contratación distinta a la que se cumple a través de las empresas de servicios temporales. Es claro que en este caso no debería tratarse de un trabajador en misión, sino de uno que desarrolla una labor permanente, por lo que su vinculación no debió corresponder a una contratación temporal. Así las cosas, presuntamente, podemos estar en presencia de una relación laboral permanente encubierta, que no le permite al trabajador tener derecho a una estabilidad en el empleo. Cabe recordar que se debe evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales, pues como se señaló, siempre que subsistan las

causas y la materia que dieron origen a la relación laboral, la misma no se puede dar por terminada y se debe propender por la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que han cumplido a cabalidad con las labores encomendadas.<sup>65</sup>

Esta sentencia, es de gran importancia, para que las Empresas de Servicios Temporales conozcan su campo de acción, y las formas en que deben ejercer su conforme su objeto social, así mismo, constituye un marco que delimita sus obligaciones, pueda funcionar en debida forma, sin vulnerar los derechos de los trabajadores o constituir la mutación del contrato pactado inicialmente.

---

<sup>65</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 503 de 2015

## 8. TEORÍA DE LA REALIDAD

### 8.1 PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES LEGALES

El principio de primacía de la Realidad, es una herramienta jurídica que constituye en la práctica un medio idóneo para que el fallador pueda determinar si lo que ocurre en la realidad, en tratándose de la ejecución de una actividad, no es consecuente con lo que se encuentra en las formalidades.

A nivel de Doctrina, el principio de primacía de la realidad se concreta en 1978 con la inclusión del mismo en la obra “Los Principios del Derecho Del Trabajo”, elaborada por Américo Pla Rodríguez. Para Rodríguez, la diferencia entre los hechos y la forma puede tener diferentes procedencias, provenir de una intención deliberada de fingir o simular la situación jurídica, distinta de como ocurre realmente, es decir, los hechos predominan sobre las formas, “...no es necesario entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurre en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios de que disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades”.<sup>66</sup>

En un primer momento, el principio de prevalencia de la realidad fue acuñado para el derecho colombiano en los incisos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo así:

---

<sup>66</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO SEGUNDA EDICIÓN, Buenos Aires, páginas 256 – 7.

#### ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, (...)
- c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe 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.<sup>67</sup> (El Subrayado está fuera de texto)

Así, el operador jurídico podía auscultar la realidad, de modo tal que, independiente de lo pactado por las partes, se diera vida jurídica a los reales acontecimientos; tal y como se dijo, la aplicación del principio de primacía de la realidad, al interior del código sustantivo del trabajo, no dependía de la intencionalidad de las partes, sino de la concurrencia objetiva de los tres elementos esenciales.

Con la constitución de 1991, muchos de los principios del derecho laboral contenidos en la parte preliminar del Código Sustantivo del Trabajo fueron elevados a canon constitucional y consagrados en el artículo 53. Frente a dicha disposición, es dable agregar, que si bien se trata de un mandato del constituyente al congreso, a efectos de expedir el estatuto que regulase el derecho fundamental al trabajo, el mismo no ha sido ejecutado. En un primer momento ello bastó para que se hablara de la inaplicabilidad de los principios constitucionales; sin embargo, la Corte Constitucional zanjó la discusión atendiendo a la jerarquía normativa constitucional prevista en el artículo 4º superior, y entregando la aplicabilidad al caso en concreto, a título de principio, a los jueces de la república.

---

<sup>67</sup> COLOMBIA. CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. LEGIS. 2015

Pues bien, este principio constitucional, consagrado en el artículo 53, dispone la prevalencia de la realidad sobre las formalidades de ley, en un claro intento de proteger al trabajador, y además, de dar cabida al contrato de trabajo como norma típica y de orden público, útil para la vinculación de personal. Así, la verdad de los hechos prima siempre sobre la apariencia o los acuerdos formales, en ese caso, importa lo que suceda en la práctica, más que lo que se ha escrito en convenios o documentos. Más aún, el principio trasciende de conflictos sobre la existencia de un contrato de trabajo a sus cláusulas internas, como por ejemplo, cuando se pacta un salario mínimo pero en la realidad el salario es superior.

Este principio es en términos generales, uno de los más importantes en materia laboral para el reconocimiento de una relación de trabajo o el pago de determinados beneficios laborales. Es así, como brinda mayor protección para el trabajador, dado que éste no podrá ser lesionado por los hechos, mediante la adopción de figuras que mutan la realidad “prima la verdad de los hechos (no la forma) sobre la apariencia de los acuerdos, valen los hechos y no el nomen iuris o verdad formal, los documentos no cuentan frente a la realidad, la verdad vence la apariencia”<sup>68</sup>.

Esto no significa que el contrato sea inútil, no puede pensarse eso ya que es el reflejo de la buena voluntad de las partes, solo hasta que se demuestre que la conducta de las partes fue diferente a las estipulaciones formales, el documento dejar de ser predominante. El jurista Rafael Caldera, al respecto expresa “es pues, el hecho real que aparezca de las relaciones verdaderamente existentes, el que hay que buscar debajo de la apariencia muchas veces simulada de contratos de derecho común, civil o comercial”.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> VASQUEZ VIALARD, Antonio. TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO, tomo II, Buenos Aires, 1982, página 27.

<sup>69</sup> CALDERON, Rafael. DERECHO DEL TRABAJO, Buenos Aires, Página 281.

El principio de prevalencia de la realidad, es usado principalmente para reconocer las relaciones de trabajo, cuando éstas no se han estipulado formalmente mediante un contrato escrito, o cuando habiéndose formulado, han mutado o se han transformado en estipulaciones de naturaleza diferente. El abogado Javier Neves Mujica<sup>70</sup> considera que “ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del derecho civil dice que las cosas son lo que su naturaleza, y no su determinación, determina. Sobre ésta base el derecho al trabajo ha formulado el llamado principio de la primacía de la realidad”.<sup>71</sup> Cuando se enfrentan los hechos formulados y los reales, se recurre a la realidad de la práctica, antes que a las pruebas documentales que se refieran al contrato.

Para la Doctrina jurídica, la regla que regula los efectos del principio de contrato realidad en materia laboral es la nulidad absoluta del acto anormal, convenido con el fin de evitar la aplicación de normas laborales, y ese ejercicio propender por la regulación más conveniente para el sujeto afectado y la protección del orden público, como si el acto jurídico pretérito no hubiese existido o, si es posible, adecuarlo a leyes, para reducir el daño al máximo. Cuando hay una alteración de la relación de trabajo o las condiciones que las regulan, las normas jurídicas deberán aplicarse sobre la verdadera naturaleza del acto.

La legislación colombiana en materia laboral no solo debe entenderse como referencia al contrato tal cual la manifestación de un negocio jurídico adecuado a la

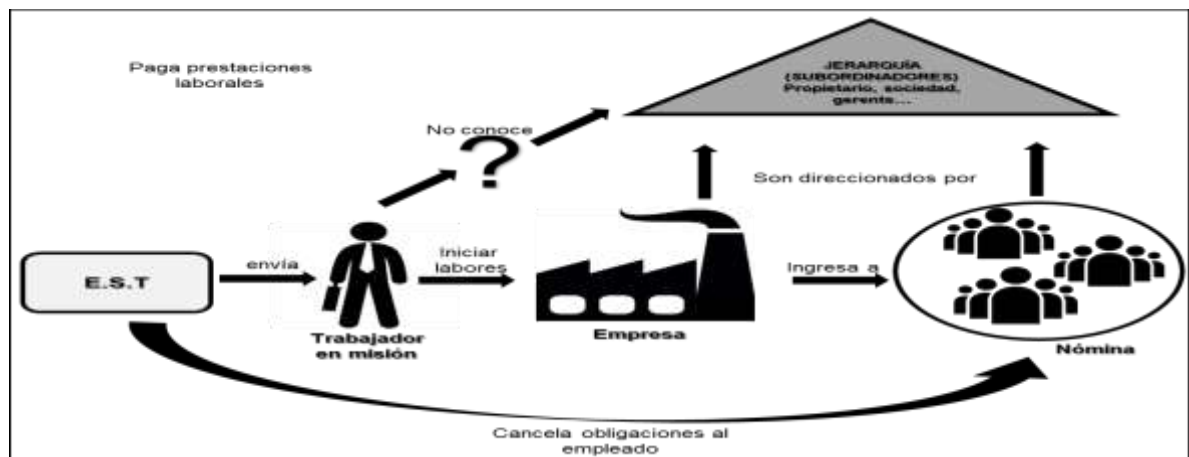
---

<sup>70</sup> Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, desde agosto de 1983 hasta la actualidad. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre julio de 2005 y junio de 2008. Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, entre febrero de 2004 y febrero de 2005. Abogado en varias Organizaciones No Gubernamentales, entre 1979 y 1995. Consultor de organizaciones sindicales, entidades públicas, empresas y organizaciones internacionales, desde 1977 hasta la actualidad.

<sup>71</sup> NEVES MUJICA, Javier INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL. FONDO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Lima.2000. página 35

voluntad de las partes, sino como un medio para dar prioridad a la ejecución, que se da de este, a través de la prestación de trabajo. La aplicación eficiente de esas normas depende de las modalidades reales que se usan en la prestación. Esta primacía de la realidad se manifiesta en todas las fases de la relación laboral, por el desconocimiento que puede tener el empleado de la jerarquía de la empresa en que labora, por ejemplo, tenemos un obrero que comienza a trabajar en una gran fábrica; éste, durante un tiempo, no tendrá acceso a la información, para conocer quién es el propietario, si es una persona natural o jurídica, o si es de derecho público o privado.<sup>72</sup>

Figura 6. Relación empleado en misión – empresa usuaria



FUENTE: Autoría Propia

Pla Rodríguez analiza la tesis propuesta por De la Cueva<sup>73</sup> que afirma que el contrato de trabajo es, en sí mismo, un contrato realidad, puesto que trasciende al

<sup>72</sup> DEVALI, Mario. LA NOVACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA EN EL CONTRATO DE TRABAJO, en revista Derecho del Trabajo, 1947, página 484.

<sup>73</sup> GUERRERO, Figueroa Guillermo, Manual de derecho del trabajo partes general, individual y colectiva, Leyer, octava edición, Bogotá D.C., Marzo del 2015.

acuerdo de voluntades y la prestación es la que determina su naturaleza. Depende de forma exclusiva de la situación real en la cual el trabajador se encuentre colocado, y si las estipulaciones del contrato no se adecúan a la realidad, carecerá de toda validez. La jurisprudencia colombiana, a través de los años ha reiterado lo expuesto en la sentencia de Casación del 12 de Agosto de 1966: “El carácter del contrato de trabajo que regula el Código Sustantivo del Trabajo, no se lo da la denominación que reciba de las partes, sino de los elementos que le son característicos, se configuren respecto de la relación contractual, si no aparecen no puede desconocerse que se trate de un contrato en el cual el trabajo fue su objeto, apreciado en la forma atrás definida, pero no queda amparado por las normas del código”.

Cuando se niega la existencia de un contrato de trabajo, y este si existe pero es reemplazado por esta figura. La misma corporación se ha pronunciado en sentencia emitida por la sala de Casación Laboral el 2 de septiembre de 1977, diciendo que no se puede hablar de dos contratos, mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato o mientras no se haya terminado una relación laboral se inicie otra, esta situación es explícitamente necesaria, para que puedan coexistir dos tipos diferentes de contratos y de esta forma se configure una relación jurídica diferente en ambos actos.

De acuerdo con la anterior idea, para que pueda darse lugar a la aplicación del contrato realidad, basta con que se cumplan los requisitos para la existencia del contrato de trabajo y que son a su vez los elementos esenciales de la existencia del mismo, consagrados en el artículo 23 literal a del Código Sustantivo del Trabajo, que dice que se requiere la concurrencia de los siguientes hechos: La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad del trabajo e imponerle reglamentos, el cual debe

mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad, y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia, obligue al país; Un salario como retribución del servicio.

Otro elemento, importante pero que no se estipula en esta norma, el cumplimiento de un horario de trabajo, cuya prueba puede dar fin a litigios originados de los conflictos sobre la existencia del contrato laboral. El mismo artículo señala en el literal b, que una vez reunidos estos tres elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o medidas que se agreguen.

Figura 7. Elementos del contrato laboral



FUENTE: Autoría Propia

**8.1.1 Elemento de la Subordinación.** Para entender la dinámica de la teoría de la primacía de la realidad es necesario hacer un corto estudio de los elementos esenciales que conforman el contrato de trabajo, siendo este el instrumento principal del derecho laboral, el cual es un “negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (intuitu personae) a otra persona (empresario)

recibiendo por ello una remuneración”<sup>74</sup>. Un elemento que se puede encontrar en esta forma es la ajenidad que se puede entender como la apropiación que hace el empleador del trabajo del empleado. En los casos de las cooperativas de trabajo asociado, este elemento no existe, ya que los asociados trabajan para sí y para la empresa que han constituido como cooperativa. Caso contrario a la relación tradicional empleador-trabajador, donde el primero sume los riesgos de la ejecución del trabajo y se beneficia con lo trabajado por el empleado.

El elemento de la subordinación, se configura cuando la actividad se desarrolla en una empresa ajena para beneficio de otro, con el permanente sometimiento a las instrucciones dadas por ese agente ajeno quien a su vez responde por los riesgos, es decir el trabajador no puede asumir sus propios riesgos empresariales. El empleador estará limitado por la norma y tendrá que garantizar los derechos mínimos del trabajador, puesto que legislación y la Constitución dan protección especial a quien tenga la calidad de empleado o trabajador.

El elemento de subordinación es el más importante para determinar las formas de trabajo que son objeto de tutela legislativa – laboral, y aquellas que no lo son. Su utilidad radica en tres situaciones: ha permitido determinar el objeto del derecho al trabajo; permite diferenciar entre las prestaciones realizadas en el régimen de autonomía y aquellas que se caracterizan por conformarse de un vínculo de sujeción entre el trabajador y el empleador y por último es un apoyo al momento de determinar los grados de sujeción del trabajador con respecto de los directivos o de quien ejerza en calidad de empleado. En pocas palabras ha sido un conductor para la aplicación del derecho laboral tradicional.

---

<sup>74</sup> MONTTOYA Melgar, Derecho y Trabajo. Página 22 en: MANRIQUE Villanueva, Jorge. Introducción al concepto de derecho del trabajo y su vínculo con las formas de derecho independiente, parasubordinado y autogestionario. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Página 142.

Lo planteado anteriormente no puede entenderse en las relaciones en las cuales no se encuentra explícito el elemento de subordinación no puedan ser consideradas como laborales y estén excluidas las leyes laborales, ya que se entraría en un equívoco. Tal es el caso de las cooperativas de trabajo asociado, que aunque no tengan presente el elemento de ajenidad que conlleva la subordinación, y tener un régimen especial, no se puede desligar en totalidad a las leyes laborales que protegen los derechos del trabajador y garantizan los mínimos constitucionales de la carta política.

Actualmente, debido a la cantidad de formas laborales que existen, identificar el elemento de subordinación se hace más difícil (por ejemplo tenemos los casos en los cuales se puede trabajar desde casa) sobre todo al momento de usarse como herramienta técnico-jurídica para la aplicación del derecho laboral. Este escenario ha concebido toda una crisis a nivel judicial y doctrinal, que solo puede solucionarse desde esos dos medios.

Este trabajo ha sido adelantado por las altas Cortes, las cuales a lo largo de la jurisprudencia de los últimos años, ha establecido todo un catálogo de indicios para determinar si en ciertos casos es o no aplicable el concepto de subordinación que permitan inferir con base en el principio de realidad si se puede identificar una relación laboral. Como ejemplo se puede citar la providencia 39259 del 13 de Abril del 2013, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que declaró la existencia de un contrato de trabajo en el caso de un taxista que prestaba sus servicios de 5 p. m. a 5 a.m., que recibía remuneración a destajo y que adicionalmente estaba obligado a entregar el vehículo lavado y con el tanque de gasolina lleno. El proceso, fue adelantado por la señora Adelaida Bermúdez Escobar, cónyuge del señor William Alfredo Delgado Villa, para que se declara el contrato laboral del fallecido, con la sociedad de taxis Valcali S.A. y el señor John Jáiver Franco Vélez, con el fin de que se le pudiese reconocer a su favor y en calidad de cónyuge sobreviviente, el pago de la respectiva indemnización por el accidente

de trabajo en el cual su esposo perdió la vida, en Febrero de 2002. El señor Delgado laboró para los demandados desde el 19 de Diciembre de 1997, mediante contrato verbal en el cargo en el cargo de conductor de taxi, en el vehículo propiedad del señor Franco, hasta el día de su deceso el 1º de Febrero del año 2002, víctima de un atraco. Los demandados alegaron que no tenían vínculo laboral con el señor Delgado, ya que el propietario del automotor, arrendaba el taxi a terceros entre los que se encontraba el fallecido; el valor que debían pagar por el uso del vehículo durante doce horas era de veinticinco mil peso (\$25.000); al momento de entregar el vehículo, este debía tener el tanque de la gasolina llena y estar recién lavado.

El fallo de primera instancia desestimó las excepciones de los demandados y falló a favor de la demandante. En la apelación realizada por los demandados, el ad-quem confirmó el fallo e hizo unas precisiones con base en el artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, que consagra el principio de la Primacía de la Realidad sobre las formas, y los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que definen los elementos del contrato de trabajo. Sostuvo que el elemento de la prestación personal, se encontraba debidamente acreditada, no siendo materia de discusión, ya que los demandados, admitieron que el señor Delgado, se desempeñaba como conductor del taxi de propiedad del señor Franco. El tercer elemento, la remuneración o salario, también se encontraba probado y se traducía en el excedente que le quedaba al conductor, después de entregar el canon por el arrendamiento del automotor al propietario.

Respecto de la *subordinación*, el tribunal dio aplicación a la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que los demandados tuvieran forma de desvirtuarla. También aplicó la presunción del artículo 15 de la ley 15 de 1959 que establece que “El contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrado con la empresa respectiva, pero para efecto del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las

empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables”<sup>75</sup>

Por eso no se requiere de ninguna solemnidad para acreditar la relación y se desestimó la legalidad del contrato de arrendamiento de vehículo, a través del cual los demandados pretendían desvirtuar la relación de trabajo. Respecto de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social, expuso que de acuerdo al Decreto 176 de 2001, las empresas de transporte eran las responsables de vigilar y constatar que los conductores se encuentren afiliados al sistema. Finalmente el recurso de Casación interpuesto por las partes demandantes ante la Corte Suprema de Justicia, no prospera, en tanto la corporación no encuentra fundamentos legales del mismo y una falta de proposición jurídica. Finalmente considera que el Juez de Circuito y el Tribunal Superior, logran esclarecer el conflicto de la situación, encontrándose probados los elementos esenciales de la relación laboral, configurando un contrato de trabajo, por lo tanto se conceden las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente, la Corte manifiesta que no se requiere que el elemento de subordinación sea constante, basta que se dé así sea de forma espontánea, esto debido a que es de conocimiento general la poca relación que tienen los taxistas con los propietarios de los vehículos y las empresas, pero en el caso de las empresas de transporte, estas dan indicaciones de cómo, a dónde y cuándo prestar un servicio. Respecto de los propietarios también podría hablarse de esta relación en cuanto éste pacte con el conductor el modo y las condiciones para el uso del vehículo. De lo planteado anteriormente se puede deducir que basta con que el empleado tenga ciertas directrices para ejercer su oficio, y que éste beneficie directa o indirectamente a otra persona (además de él).

---

<sup>75</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 15 DE 1959.

## 8.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, ha determinado los requisitos prescritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, para desarrollar el principio constitucional de la prevalencia de la realidad sobre la forma en materia laboral.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe 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.

Es así como en la sentencia T-180 del 2000 el accionante interpuso acción de tutela contra el Municipio de Túquerres por violación de sus derechos constitucionales al trabajo y a la seguridad social. En dicho caso, la administración municipal le comunicó al tutelante, la decisión de retirarlo, sin que se le hubiera cancelado ningún valor por concepto de indemnización. Sin embargo, en forma verbal se le pidió que continuara laborando como vigilante, cumpliendo horario y sin ninguna contraprestación de salarios. El tutelante era una persona perteneciente a la tercera edad. Ante lo ocurrido, señala la Corte:

Lo determinante para que se configure la relación laboral y para que nazcan las correspondientes obligaciones en cabeza del patrono es la concreta y real prestación de servicios remunerados en condiciones de dependencia o subordinación. De allí resulta que el acto del patrono por medio del cual desvincula formalmente a su trabajador queda sin efecto si, de hecho, con el consentimiento del empleador, aquél continúa por poco o mucho tiempo ejecutando las labores propias de su antigua vinculación. Por ello, el contrato de trabajo no tiene que constar por escrito, lo cual significa que la existencia jurídica del vínculo laboral no está ligada a documento alguno sino a la relación efectiva. El documento suscrito por las partes solamente sirve para regular con mayor precisión las relaciones recíprocas, laborales y económicas, en un plano de libre y voluntario acuerdo. Pero, si no lo hay, no por ello desaparece ni se desdibuja el convenio<sup>76</sup>

En este caso, fue tan acertada como conveniente la decisión de la Corte, al determinar las implicaciones derivadas del principio de realidad, frente a las condiciones inicialmente pactadas por las partes y la prevalencia del contrato de trabajo como forma típica de contratación.

De otra parte cierto es, que no siempre estas mutaciones atienden a una intención defraudatoria de una de las partes, pues de plano está que en muchas ocasiones, el desconocimiento mismo de la normativa, ha ocasionado que se desdibujen las obligaciones emanadas de la naturaleza de un contrato laboral.

Siguiendo con la jurisprudencia, en la Sentencia C-211 de 2009, la Corte empieza a analizar los fenómenos de flexibilización laboral, en este caso, el estudio de constitucionalidad de la creación las Cooperativas de Trabajo Asociado.

Ahora bien: que muchas cooperativas de trabajo asociado cometen abusos puesto que contratan trabajadores asalariados y no les pagan prestaciones sociales, es un asunto que escapa al juicio abstracto de constitucionalidad, en el que simplemente se confrontan las normas acusadas frente al ordenamiento supremo para determinar si estas se ajustan o no a sus preceptos. Sin embargo, ello no es óbice para aclarar al actor que el control y vigilancia efectiva por parte del Estado es lo que puede garantizarle, no sólo a los trabajadores sino a

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-180 de 2000.

la comunidad en general, que esta clase de asociaciones cumplan adecuadamente los fines para el cual fueron constituidas y no se excedan en el desarrollo de sus actividades. El Departamento Administrativo de la Economía Solidaria, la Superintendencia de la Economía Solidaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social son los organismos encargados de ejercer tales funciones. Las cooperativas de trabajo asociado que incurran en esas prácticas.

En dicha providencia, se enfatiza, que la comisión de actos que constituyen violación directa a los derechos de los trabajadores, a pesar de ser una práctica común entre las cooperativas y pre-cooperativas, no significa que se deba juzgar su actuar en general, pues bien es sabido, que dichas organizaciones se encuentran reguladas en su creación y funciones, en ese sentido, compete a los organismos de control y vigilancia de las mismas, actuar bajo los criterios legales cuando se presente un evento no permitido legalmente a ellas. Dejando claro que dichas instituciones no se crearon precisamente con el fin de desconocer los derechos laborales y transgredir el mínimo vital, sino que obedecen a la organización de un conjunto de personas calificadas, con cierto conocimiento sobre un área en específico y que permite a las diferentes empresas, confiar en que un determinado proceso será llevado a cabo por ellas, de la mejor manera posible, con estándares de calidad y todo ello bajo su propia responsabilidad.

Es así como en sentencia T-903 de 2010 de M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ la Corte Constitucional examina nuevamente los criterios que deben tener en cuenta los empleadores al momento de revisar si algunas de sus formas de vinculación de personal han dado paso a la configuración de un verdadero contrato de trabajo, exigible mediante la figura del principio de primacía de la realidad. En ese sentido se determina:

A manera de conclusión, la Sala de Revisión se permite sistematizar las reglas jurisprudenciales sobre la declaración del contrato realidad en la jurisprudencia constitucional reseñada. En primer lugar, en los casos mencionados es patente que cuando el juez constitucional constata la existencia de los elementos prescritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber i) La actividad personal del trabajador, es decir,

realizada por sí mismo; ii) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un iii) salario en retribución al trabajo prestado, el peso de la realidad prevalece sobre las formalidades que revistan determinada situación jurídica y se procede a declarar la existencia de la relación laboral con las implicaciones salariales y prestacionales que dicha decisión conlleva.

Del anterior recuento jurisprudencial se puede determinar que si bien el legislador tiene amplio margen de valoración para regular todas aquellas modalidades de vinculación laboral, también tiene la función de garantizar las garantías laborales de los trabajadores. Igualmente, reconocer la existencia de los fenómenos de flexibilización laboral como una herramienta para la creación de empleos y mejora de procesos industriales y comerciales, lo cual no puede ser usado para mutar o transformar los contratos laborales o para desconocer el mínimo vital.

**8.2.1 Recomendación 198 de la OIT, como criterio orientador frente a la existencia de un Contrato de Trabajo.** Si bien las recomendaciones dentro del derecho laboral colombiano no tienen un valor normativo vinculante, por su esencia estas están llamadas a servir de criterio orientador de la normativa internacional; además, de conformidad con el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo permite observarlas como norma de aplicación supletoria. Así pues, la recomendación 198 de la OIT presta mérito como instrumento indicador de supuestos de existencia de una relación laboral, en especial lo referido a su apartado 13, el cual se encuentra dispuesto en los siguientes términos:

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene

cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

En consecuencia, cuando de formas deslaboralizadas se trate, debe verificar tanto el empleador, en aras de prevenir la mutación de lo pactado, o el juez en pro de evidenciar la forma real por encima de la contractual, servirse no solo del criterio de la subordinación previsto en el artículo 23 y la subordinación del artículo 24, sino también del listado que enuncia la recomendación 198; además puede hacerse acopio a los límites legales que establece el orden jurídico para cada forma tercerizada o mediada de trabajo.

### **8.3 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REALIDAD EN CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.**

Consecuencia de lo antedicho, que sea el contrato de civil o comercial celebrado entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente sea susceptible de analizar a la luz del principio de prevalencia de la realidad.

En efecto, el criterio de subordinación, podría verificarse en persona del contratista, cuando quiera que se verificara el requisito del artículo 23, y además los indicios de la recomendación 198 de la OIT. En tal caso, previa verificación de tales supuestos, podrá el operador judicial o a la parte interesada verificar la existencia de un contrato de trabajo. Sería tal la lista de verificación:

- Que el contratante exija al contratista o a sus trabajadores el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.
- Que el contratante imponga al contratista o a sus trabajadores el cumplimiento de reglamentos.
- Que el contratante disponga de personas para la vigilancia del contratista y de sus trabajadores.
- Que el contratista y sus trabajadores presten un servicio exclusivo al contratante.
- Que el contratista y sus trabajadores deban cumplir un horario establecido por el contratante.
- Que el contratista y sus trabajadores deban prestar el servicio en el lugar establecido por el contratante.
- Que la actividad contratada requiera del contratista y sus trabajadores dedicación absoluta.
- Que la actividad contratada requiera del contratista y sus trabajadores cierta extensión de tiempo.
- Que el contratante suministre las herramientas, materiales y maquinarias al contratista y sus trabajadores.
- Que el contratante cancele al contratista y a sus trabajadores la remuneración correspondiente.
- Que la remuneración percibida sea la única fuente de ingresos del contratista y sus trabajadores.
- Que el contratante reconozca derechos como el descanso semanal al contratista y sus trabajadores, así como vacaciones anuales.
- Que no existan riesgos financieros para el contratante y sus trabajadores.

En tal caso, la situación del contratista independiente muta a la prevista en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, el simple intermediario que aparenta ser empresario independiente. En ese evento, el contratante pasará a ser el empleador directo del contratista y sus trabajadores, y aquél no será otra persona que un simple intermediario o representante del empleador, a la luz del artículo 32 del C.S.T.

#### **8.4 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REALIDAD EN COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO.**

En este particular, la aplicación del principio de prevalencia de la realidad cuenta con más elementos, teniendo en cuenta los postulados del decreto 2025 de 2011, cuando refiere conductas sancionables típicas de intermediación laboral.

Consecuentemente, asumiendo que la cooperativa o precooperativa tiene un vínculo de contratista independiente con la empresa usuaria son aplicables las disposiciones del apartado anterior, aunadas a las siguientes conductas, previstas, como se dijo, en el decreto 2025 de 2011, las cuales son predicables, no del contratante sino del ente asociativo:

- La asociación o vinculación del trabajador asociado a la Cooperativa o Precooperativa no sea voluntaria.
- La cooperativa o precooperativa no tenga independencia financiera.
- La cooperativa o precooperativa no tenga la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten.
- La cooperativa o precooperativa tenga vinculación económica con el tercero contratante.
- La cooperativa y precooperativa no ejerza frente al trabajador asociado la potestad reglamentaria y disciplinaria.
- Las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores asociados en circunstancias de tiempo, modo y lugar no sean impartidas por la cooperativa o precooperativa.
- Los trabajadores asociados no participen de la toma de decisiones, ni de los excedentes o rendimientos económicos de la cooperativa o precooperativa.
- Los trabajadores asociados no realicen aportes sociales.
- La cooperativa o precooperativa no realice el pago de las compensaciones extraordinarias, ordinarias o de seguridad social.
- La cooperativa o precooperativa que incurra en otras conductas definidas como las faltas en otras normas legales.

Finalmente, el proceso de tercerización podría ser considerado ilegal, a la luz del decreto 583 de 2016, si se presentan las siguientes situaciones:

- Que se contrató a la cooperativa para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que este.
- Que la Cooperativa tenga vinculación económica del beneficiario y no tenga capacidad financiera acorde con el servicio u obra que contrata.
- Que la Cooperativa no tenga capacidad, de carácter administrativo o financiero, para el pago de compensaciones ordinarias y extraordinarias de sus asociados.
- Que la Cooperativa no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que le sean contratados.
- Que la Cooperativa no imparta las instrucciones de tiempo, modo y lugar para la ejecución de la labor de sus trabajadores, o no ejerza frente a ellos la potestad reglamentaria y disciplinaria, sin perjuicio de otras actividades de coordinación que sean necesarias por parte del beneficiario para el adecuado desarrollo del objeto del contrato.
- Que el Beneficiario fraccione o divida, mediante uno o más proveedores, a trabajadores afiliados a un sindicato inscrito o a trabajadores que hayan realizado la asamblea de constitución o la reunión inicial de constitución de un sindicato.
- Que a los trabajadores que trabajaban para el beneficiario no se les otorguen por parte del proveedor iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades.

Las consecuencias en este caso radican en que el tercero contratante asumirá la condición de empleador, directo responsable de las acreencias laborales en favor de los asociados, ahora trabajadores, mientras la cooperativa se subsume en la situación de simple intermediario, responsable solidariamente de las mismas.

Ahora bien, la situación en precedencia podrá ser verificada administrativamente por el Ministerio del Trabajo, quien ordenará o declarará la disolución y liquidación de la Cooperativa e impondrá las sanciones correspondientes, sin perjuicio que la

declaratoria formal del contrato de trabajo y la condena al pago de las prestaciones sociales corresponda reclamarla al afiliado vía jurisdicción ordinaria laboral.

### **8.5 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REALIDAD EN EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.**

Como quiera que la empresa de servicios temporales funge como empleador de sus trabajadores de planta y en misión, son solo los límites legales de su objeto los que permiten establecer la desnaturalización del mismo, previstos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990. Así pues, cuando se excede el término de la contratación, que en la jurisprudencia se ha tratado para el caso de los seis meses prorrogables por seis meses más, previsto para aumentos en la producción, el responsable en calidad de empleador será de allí en adelante la empresa usuaria, mientras que la E.S.T, asume la calidad de simple intermediario.

Ahora bien, la trascendencia de tal situación se enmarca dentro de la responsabilidad administrativa, pues tratándose de acreencias laborales sería en principio claro que las EPS las asumió durante la ejecución del contrato, por tratarse de un empleador.

### **8.6 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN CONTRATOS SINDICALES.**

Ahora lo dicho frente a contratistas independientes y cooperativas de trabajo asociado es igualmente predicable para los contratos sindicales, donde el vínculo entre los trabajadores sindicalizados y el sindicato no es un vínculo subordinado.

En esos términos, constatadas por un juez las circunstancias de la recomendación 198, o las previstas en el decreto 583 de 2016, los trabajadores adscritos al sindicato pasarían a ser empleados directos del contratante, y el sindicato a responder solidariamente por las obligaciones pendientes de pago.

## 9. CONCLUSIONES

La tercerización y la intermediación, son fenómenos laborales nacidos a partir de la necesidad que tienen los países de globalizarse, para ampliar sus espectros dentro de la economía y participar dentro del desarrollo de un nuevo orden económico con altos índices de competitividad. Por otro tenemos la importancia que han ido adoptando para el derecho laboral, ya que sus modelos facilitan las formas de contratación pero también pueden propiciar escenarios en los cuales el contrato se transforma en una figura diferente de la planteada en principio por las partes, en respuesta a esto la legislación colombiana ha establecido formas contractuales para dichos fenómenos.

Como resultado, encontramos que dentro del ejercicio de la tercerización, el derecho laboral colombiano, en términos generales, ha definido figuras o entidades a través de las cuales se contrata o prestan servicios o de desarrollan obras a través de esta figura. En primera medida encontramos al Contratista Independiente, estipulado en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual un empleador contrata la ejecución de una obra o la prestación de determinado servicio en beneficio de un tercero; el contratista asume los riesgos para la ejecución de la actividad y cuenta con total autonomía técnica y directiva. En segundo lugar tenemos el contrato sindical, que nace del derecho laboral colectivo previsto en el artículo 484 del Código Sustantivo del trabajo; a través de él, las organizaciones sindicales prestan servicios o desarrollan obras a través de sus afiliados de manera exclusiva.

En tercer lugar, se pudo establecer que otra de las figuras son las Cooperativas de Trabajo Asociado, que gozan de una amplia regulación. Nacen con el concepto de cooperativismo incluido en la ley 79 de 1988. Estas prestan un servicio como si fueran una empresa que posee sus propios medios de producción y brindarle a

todos sus asociados todas las garantías de seguridad social. En estos casos no existe relación de subordinación entre la Cooperativa y quien lleva a cabo la actividad, ya que el trabajador tiene la calidad de asociado independiente, autónomo y autogestionario, quien trabaja para beneficio suyo y de los demás asociados. Las cooperativas, solo pueden desarrollar actividades que permitan el cumplimiento de su objeto social, por esta razón tienen prohibida cualquier forma de intermediación.

Durante el desarrollo del Documento, se pudo establecer, que si bien, en la práctica se han desarrollado muchas otras figuras jurídicas para éste fin, éstas tres, son las que actualmente se encuentran reguladas y permitidas por la legislación vigente. Cabe resaltar, según lo expuesto, que cada una de ellas, comprende características propias, que de ser desconocidas o alteradas, traen como consecuencia la derivación de un acuerdo en otro totalmente diferente.

En consecuencia, llegamos a la otra forma de descentralización laboral, la intermediación. Del decreto 3115 de 1997 se infiere que es la actividad organizada, encaminada a poner en contrato oferentes y demandantes de mano de obra para que ambos puedan servirse para solucionar sus necesidades. Esta modalidad tiene sus propias figuras, a través de las cuales se practica como forma de contratación. En ese sentido, encontramos en un primer escenario, el Simple Intermediario, que es aquel que contrata servicios de otros para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador; el Simple Intermediario agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para que ejecuten la actividad con los medios de producción, herramientas y locaciones del empleador, quien es el que recibe los beneficios. Cabe resaltar, que para esta figura, se ha establecido que la empresa contratante, es solidaria de las labores adquiridas, en los términos que refiere el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo del trabajo. Sin embargo se hace la salvedad, de que se predica dicha solidaridad si esta labor contratada hace parte de las actividades desarrolladas normalmente por la empresa, de no ser así, no habrá cabida a presumir que se configure tal responsabilidad.

En definitiva, la otra figura la constituye las Empresas de Servicios Temporales, que acorde a lo estipulado en la Ley 50 de 1990, desarrollan este tipo de actividades, pues remiten el personal, para ser subordinado de la empresa usuaria. A la luz del Decreto 4369 del año 2003, la Empresa de Servicios Temporales, es aquella persona jurídica que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios. Estos, desarrollan sus actividades de manera temporal; así, se configura su objetivo, la colaboración temporal con las empresas usuarias. Pero esta forma de contratación solo puede usarse para el ejercicio de labores ocasionales, accidentales o transitorias, para el reemplazo de personal o se requiera aumento en la mano de obra, por crecimiento de la producción o mayor índice en las ventas. La duración de este contrato no puede ser mayor a seis meses, prorrogable por otros seis meses. Una vez cumplido este término, el trabajador pasará a ser un trabajador directo de la empresa usuaria, quien asumirá en totalidad las obligaciones y garantías mínimas para este y adicionalmente, no podrá volver a contratar con la misma u otra Empresa de Servicios Temporales para este mismo cargo.

Se debe rescatar, que una de las herramientas más eficientes con las que se cuenta para reconocer y declarar la existencia de una verdadera relación laboral, es la Teoría de la Primacía de la Realidad; la cual establece que debe primar la protección de los derechos laborales, cuando éstos no se han estipulado formalmente mediante un contrato escrito, o cuando habiéndose formulado, han mutado.

Se concluyó que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, han desempeñado un papel importante para el desarrollo de la teoría de la primacía de la realidad y el reconocimiento de relaciones laborales con este mecanismo. Respecto a los elementos constitutivos del artículo 23 del Código, dispuso que para establecer la prestación personal, basta que la persona ejerza la actividad por sí misma, y en los casos de controversias, será el empleador quien está obligado a desvirtuarla. Algo parecido sucede con el salario; mientras el empleado reciba una

remuneración en cualquiera de las formas establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, se deducirá que este elemento de la relación contractual, se configura.

Se pudo ver que la Corte Suprema de Justicia concertó que la subordinación, otro elemento esencial del contrato de trabajo, se traduce como la potestad jurídica que tiene el empleador de ejercer control sobre la actividad que desarrolla el empleado, esta no necesariamente debe ser continua, basta que en alguna ocasión pueda desplegarla.

Finalmente, se determinó la importancia de conocer con claridad los elementos del contrato de trabajo; los cuales se identificaron como la prestación personal del trabajo, la subordinación y por último un salario como contraprestación, lo cual servirá como herramienta para analizar las relaciones laborales y así lograr identificar las características que presentan, y darle a esta relación laboral la calificación de un contrato de trabajo, aplicando sustancialmente el principio constitucional de la teoría de la realidad, con el fin de que se reconozcan los derechos que tienen los conductores de acceder a las garantías mínimas de las cuales deben gozar.

## BIBLIOGRAFÍA

BUSTAMANTE, t.s. tercerizaciones y desprotección: interpretaciones jurisprudenciales contrarias al derecho aplicable. En: DERECHOS SINDICALES INTERNACIONALES: la tercerización laboral, 2011.

CALDERON, Rafael. DERECHO DEL TRABAJO, Buenos Aires.

CASTILLO, Gerardo; y ORSATTI, Álvaro; Estrategias de sindicalización de “otros” trabajadores. Contenidos formativos en Sindicatos y formación N° 6; Primera edición; Cinterfor; Organización Internacional del Trabajo; Montevideo; 2007.

COLOMBIA, Código Sustantivo del Trabajo. Decreto – Ley 2663. (1950).

COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-041. Expediente: T-4031539, T-4033418, T-4033839, T-4035749, T-4043423, T-4044178, T-4045089, T-4032850, T-4032700. (31, Enero, 2014). M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-041-14.htm>.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 823. Expediente: D-6257. (04 de Octubre de 2006). M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-823-06.htm>.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia con Radicado No. 9435. (24, Abril, 1997). M.P: FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ. En: <http://www.notinet.com.co/pedidos/9435.pdf>.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia con Radicado No. 25717. (09, Agosto, 2006). M.P: CARLOS ISAAC NADER. Disponible para descarga: [www.notinet.com.co/pedidos/25717\(09-08-06\).doc](http://www.notinet.com.co/pedidos/25717(09-08-06).doc).

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia con Radicado No. 39259. (17, Abril, 2013). M.P: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE. En: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj\\_scl\\_39259\(17\\_04\\_13\)\\_2013.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scl_39259(17_04_13)_2013.htm).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1233 de 2008. (22, Julio, 2008). Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial No. 47058 del 22 de enero de 2008.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1429 de 2010. (29, Diciembre, 2010). Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo. En: Diario Oficial No. 47937 de 29 de diciembre de 2010.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1450 de 2011. (16, Junio, 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. En: Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 50 De 1990. (28, Diciembre, 1990). Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial No. 39618 del 1 de enero de 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 79 De 1988. (23, Diciembre, 1988). Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa. En: Diario Oficial No. 38648 de enero 10 de 1989.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 593. Expediente: D – 10032. (20, Agosto, 2014). M.P: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-593-14.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 138. Expediente: T- 4590149 y T-4599325. (27, Marzo, 2015). M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-138-15.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 503. Expediente: T – 4838844. (06, Agosto, 2015). M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-503-15.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 663. Expediente: T- 3050013 y T – 3059018. (07, Septiembre, 2011). M.P: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-663-11.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 067. Expediente: D-4111. (04, Febrero, 2003). M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 358. Expediente. D-1445. (5, Agosto, 1997). M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 574. Radicado. AC - TI - 06. (28, Octubre, 1992). M.P: CIRO ANGARITA BARON. En: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-574-92.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 690. Expediente: D- 8393. (21, Septiembre, 2011). M.P: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-690-11.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 198. Expedientes: T-2409356, T-2426950, T-2430949, T-2447055, T-2457269. (23, Marzo, 2010). M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-198-10.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-303. Expediente: T-2693032. (28, Abril, 2011). M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-303-11.htm>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-457. Expediente: T-2716705. (27, Mayo, 2011). M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-457-11.htm>.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1433 de 1983. (20, Mayo, 1983). Por el cual se definen y regulan las Empresas de Servicios Temporales. En: Diario Oficial Diario Oficial, 6 de junio de 1983.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1530 de 1996. (26, Agosto, 1996). Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 1295 de 1994. En: Diario Oficial No. 42864 de agosto 28 de 1996.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1707 de 1991. (04, Julio, 1991). Por el cual se reglamentan los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990. En: Diario Oficial No. 39888 del 4 de julio de 1991.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2025 de 2011. (08, Junio, 2011). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. En: Diario Oficial No. 48094 de Junio 8 de 2011.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4369 de 2006. (04, Diciembre, 2006). Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial No. 46472 de diciembre 04 de 2006.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4588 de 2006. (27, Diciembre, 2006). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. En: Diario Oficial No. 46494 de diciembre 27 de 2006.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 5031 de 1998. (06, Enero, 1998). Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales. En: Diario Oficial No. 43213 de Enero 13 de 1998.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 583 de 2016. (08, Abril, 2016). Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015. En: Diario Oficial No. 49838 de abril 08 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T – 244. Expediente: T-3066621. (26, Marzo, 2012). M.P: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-244-12.htm>.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (16, Diciembre, 1966). Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

DEVALI, Mario. LA NOVACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA EN EL CONTRATO DE TRABAJO, en revista Derecho del Trabajo, 1947.

ERMIDA URIARTE, Oscar, COLOTUZZO, Natalia, Descentralización tercerización subcontratación, Informe Oficina Internacional del trabajo, 2009.

FERNÁNDEZ, Massi Mariana, Dimensiones de la precariedad laboral: un mapa de las características del empleo sectorial en la argentina, cuadernos de Economía, Vol. XXXIII, núm. 62, Universidad Nacional de Colombia enero- junio 2014.

FRIEDE, Juan. “El indio en lucha por la tierra”, Punta de Lanza, tercera edición, Bogotá, 1976. Y, FRIEDE, Juan. “Los chibchas bajo la dominación española”, La Carreta, Medellín, 1974.

GRAU CRESPO, Ariane, PRECARIEDAD LABORAL EN CENTROAMERICA: Impactos para las mujeres. 2010.

GUERRERO, Figueroa Guillermo, Manual de derecho del trabajo partes general, individual y colectiva, Leyer, octava edición, Bogotá D.C., Marzo del 2015.

GUZMAN, Federico. Las características de los derechos económicos, sociales y culturales, y el debate sobre su alcance y jerarquía. En: Derecho al Trabajo. Red de promotores de Derechos Humanos. Defensoría del pueblo. Bogotá, 2005.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Guillermo. “De los Chibchas a la Colonia y a la República (del clan a la encomienda y al latifundio en Colombia)”, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1949.

LAMO, Jorge. El sentido del trabajo en las sociedades contemporáneas. Bucaramanga. Editorial UNAB. 2003.

MACHADO, Absalón. “Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia: De la colonia a la creación del Frente Nacional” Universidad nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

MARCUCCI DIAZGRANADOS, Cesar Rafael, Panorama Contextualizado del Derecho Laboral Sustancial Colombiano, Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2005

NEVES MUJICA, Javier, Introducción al derecho laboral. Fondo de la universidad católica del Perú. Lima.2000.

ORJUELA Laura, SEGURA Diana, TOVAR Sandra. TESIS DE GRADO: Fraude al contrato de trabajo: análisis de las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial. Bogotá. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 2012.

OVIDIO, D’Angelo Proyecto de vida y desarrollo integral humano, Revista Internacional Crecemos.- Año 6 No. 1 y 2-Puerto Rico

PAISES BAJOS. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de PEREZ, García Miguel Alberto, Precisiones sobre la tercerización, la intermediación, las labores misionales permanentes y la formalización, en: Academia Colombiana de Jurisprudencia, sesión ordinaria, revista virtual

Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales (ACOSET), Bogotá, 15 de Septiembre de 2014.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios del derecho del trabajo segunda edición, Buenos Aires. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/viewFile/119859/159701>

PLAZAS, Germán; PLAZAS, Viviana, La nueva práctica Laboral 2015, Décimo Séptima Edición, Bogotá D.C., 2015.

ROJAS CHAVEZ, Armando Mario, LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Armando Disponible en <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/rt/printerFriendly/2847/4181>

RUIZ RIVERA, Julián. "LA MITA EN LOS SIGLOS XVI Y XVII". Revista Temas americanistas, Universidad de Sevilla, VOL. 7. 1990.

RUIZ RIVERA, Julián. "LA MITA EN LOS SIGLOS XVI Y XVII". Revista Temas americanistas, Universidad de Sevilla, VOL. 7. 1990. Página 1-2.

SUIZA. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 181 y recomendación 188. (19 junio 1997). Sobre las agencias de empleo privadas. Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C181](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C181).

SUIZA. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe VI (1). (Junio, 1998). Sobre trabajo en régimen de subcontratación. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2a.htm>.

TIRADO MEJÍA, Álvaro. "Introducción a la historia económica de Colombia", Universidad Nacional de Colombia, Dirección de Divulgación Cultural, Medellín, 1971.

TOVAR, j. a. Un paso adelante contra la externalización en el sector de la construcción en España. En: derechos sindicales internacionales. 2011

VASQUEZ VIALARD, Antonio. TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO, tomo II, Buenos Aires, 1982. Disponible en <https://es.scribd.com/doc/217748100/Vazquez-Vialard-Antonio-Derecho-Del-Trabajo-y-de-La-Seguridad-Social-Tomo-II>

VEGA-MILLÁN, Jesús David El bloque de constitucionalidad, la justicia y la seguridad jurídica implícitos en la configuración del funcionario de hecho. DIXI 21. Junio de 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i21.982>