RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	**MARINA STEFANNY ROPERO BARBOSA CÓDIGO: 240989 CAMILA ALEJANDRA CARRASCAL SANGUINO CÓDIGO: 240950**
FACULTAD	**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**
PLAN DE ESTUDIOS	**DERECHO**
DIRECTOR	**FREDY MELO PAEZ**
TÍTULO DE LA TESIS	**LA DESNATURALIZACIÓN DE LA VINCULACIÓN LABORAL MEDIANTE LA TERCERIZACIÓN, LA INTERMEDIACIÓN Y EL OUTSOURCING EN EL SECTOR PÚBLICO EN COLOMBIA**

RESUMEN
(70 palabras aproximadamente)

LAS FIGURAS DE TERCERIZACION, INTERMEDIACION Y OUTSOURCING REPRESENTAN LA IMPLEMENTACION DE LA FLEXIBILIZACION ECONOMICA, SIN EMBARGO, EN EL ESCENARIO LABORAL REPRESENTAN UN GRAVE RIESGO A LOS DERECHOS LABORALES, VIOLENTAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO, PRINCIPALMENTE EL DE LA SUBORDINACION, LO QUE PODRIAMOS LLAMAR IMPACTO DE LA TERCERIZACION SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA RELACION LABORAL.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 51	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

LA DESNATURALIZACIÓN DE LA VINCULACIÓN LABORAL MEDIANTE LA TERCERIZACIÓN, LA INTERMEDIACIÓN Y EL OUTSOURCING EN EL SECTOR PÚBLICO EN COLOMBIA

AUTORAS

MARINA STEFANNY ROPERO BARBOSA CÓDIGO: 240989

CAMILA ALEJANDRA CARRASCAL SANGUINO CÓDIGO: 240950

Monografía presentada como requisito para obtener el título de Abogadas.

DIRECTOR

FREDY MELO PAEZ

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia **Noviembre, 2020**

Introducción

En Colombia se han generado un sinnúmero de cambios en materia laboral, siempre en busca de armonizar la protección constitucional que demanda el Estado Social de Derecho promulgado mediante la Carta Política de 1991, e incluso previo a la misma, ya en el ordenamiento jurídico se reconocía la estabilidad laboral reforzada y otros principios de protección a los derechos adquiridos por los trabajadores.

Las diferentes crisis económicas, sociales y demás por las que atravesado el Estado colombiano, han marcado necesariamente la búsqueda de nuevas estrategias en materia laboral, introduciéndose en el marco de la vinculación para el desarrollo de diferentes labores, de manera simultánea en el sector público y el privado, figuras como la tercerización, la intermediación y el outsourcing.

Dichas figuras, son generadoras de algunas desventajas en materia laboral, ampliándose el horizonte de la desnaturalización de los derechos de los trabajadores, como por ejemplo el principio de estabilidad reforzada y otros que serán objeto de estudio en el desarrollo de la monografía investigativa en materia laboral.

De la misma manera, la dinámica de la economía que obligo a que se comenzaran a introducir en Colombia, algunas figuras en materia laboral como la tercerización, la intermediación y el outsourcing, presentando vacíos normativos sobre la materia, pues de manera reciente el Consejo de Estado derogó las disposiciones que existían en materia de vigilancia y control de la tercerización.

Respecto a las otras dos modalidades, también se configuran de manera habitual en el sector público, desplazando de manera constante la materialización del principio de

estabilidad laboral, y a su vez configurando un escenario de vulneración a los derechos establecidos como garantes en el Estado Social de Derecho, y sumado a lo anterior violándose otras disposiciones de tipo normativo, puesto que en el sector público, se tienen ciertas limitaciones en dicha materia.

Bajo este contexto, la monografía se visiona como parte del interés académico desde el contexto de tres figuras que se configuran de manera reciente en el ordenamiento jurídico colombiano, y que devienen la desnaturalización del contrato de trabajo en Colombia.

La estructura demarcada dentro del Estado constituido mediante la Carta Política de 1991, establece la descentralización y desconcentración de los servicios prestados por el mismo, buscando garantizar el cumplimiento de la función social del mismo, lo que implica la vinculación laboral mediante contratos, encaminados a la satisfacción de las necesidades de las comunidades.

El marco jurídico establecido, para dicha vinculación laboral por parte de las entidades del Estado, se enmarca bajo la Ley 80 de 1993, lo que establece que las mismas se acojan a las normas delimitadas mediante dicha norma, además de encontrar también los parámetros jurídicos del derecho laboral.

Bajo este contexto, se configura dentro del ordenamiento jurídico algunas figuras como la tercerización, la intermediación y el outsourcing, que permiten que a través de terceros se vincule laboralmente al personal para la prestación del servicio en la entidad estatal.

Sin embargo, bajo la configuración de las figuras de la tercerización, intermediación y el outsourcing en el sector público, se han establecido en Colombia algunas desventajas para el trabajador, teniendo en cuenta el vacío normativo y las diferentes posiciones de las Altas Cortes, lo que obliga a establecer mediante el análisis jurídico de la monografía, el

planteamiento de la problemática sobre la desnaturalización de los derechos laborales, en relación con la implementación de las figuras mencionadas.

Como problema jurídico se plantea el siguiente interrogante ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas en relación con la desnaturalización de los derechos laborales en Colombia bajo las modalidades de tercerización, intermediación y el outsourcing en el sector público?

De acuerdo con la investigación realizada el método que más se adecua a nuestra monografía es la metodología hermenéutica con enfoque exegético, que permita un análisis y la interpretación de la norma jurídica a partir de los planteamientos jurídicos y las fuentes argumentativas.

Como fuentes de información acudiremos a la literatura jurídica, al marco jurídico interno y externo, la norma superior, a los precedentes jurisprudenciales y las demás fuentes que nos permitan profundizar en la problemática y determinar la respuesta jurídica.

La monografía se desarrollara bajo capítulos, de los cuales el primero comprende el desarrollo de un análisis jurídico sobre la estabilidad reforzada en Colombia, de acuerdo con lo que se plantea estudiar su contexto jurídico, doctrinal y jurisprudencial.

En el segundo capítulo, entraremos a identificar el contexto normativo, jurisprudencial y del derecho comparado de las figuras de tercerización, intermediación y el outsourcing en Colombia.

Y en el tercer capítulo daremos un análisis jurídico en contexto con la pregunta de investigación, bajo los argumentos normativos, constitucionales, jurisprudencial y del derecho comparado, buscando además dar salidas jurídicas a la problemática.

Índice

Capítulo 1. Contexto normativo, jurisprudencial de las figuras de tercerización, intermediación y el outsourcing en Colombia. 1

1.1 La figura de la tercerización en el contexto doctrinal, jurídico y jurisprudencial colombiano 1

1.2 La figura de la intermediación en el contexto doctrinal, jurídico y jurisprudencial colombiano 7

1.3 La figura del outsourcing en el contexto doctrinal, jurídico y jurisprudencial colombiano 12

Capítulo 2. Postulados doctrinales y jurídicos de la estabilidad laboral reforzada en Colombia 17

2.1 Reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada dentro del escenario doctrinal y jurídico en Colombia 17

2.2 Construcción normativa de la estabilidad laboral reforzada en Colombia 20

2.3 Exposición de postulados de la Corte Constitucional en materia de estabilidad laboral reforzada en Colombia 22

Capítulo 3. Consecuencias jurídicas en relación con la desnaturalización de los derechos laborales en Colombia bajo las modalidades de tercerización, intermediación y el outsourcing en el sector público y privado 27

Conclusiones 34

Referencias 36

Capítulo 1. Contexto normativo, jurisprudencial de las figuras de tercerización, intermediación y el outsourcing en Colombia.

1.1 La figura de la tercerización en el contexto doctrinal, jurídico y jurisprudencial colombiano

La figura de la tercerización en la doctrina ha sido ampliamente definida. Para efectos de la presente monografía, daremos paso a citar a algunos autores que son importante en el desarrollo del estudio jurídico.

La figura de la tercerización en el escenario jurídico, ha sido ampliamente discutida, desde su aparición en el ámbito laboral. Dentro de esta amplia conceptualización, encontramos precisiones en la definición, que se enmarcan dentro de la concepción de la contratación de un proveedor de materias primas, artículos, componentes y servicios. Significa utilizar el conocimiento, la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores a los que anteriormente no se recurría.". (Molina & Ospitia, 2011)

Siguiendo el mismo parámetro de una conceptualización jurídica, encontramos la citación que hacen Molina & Ospitia, (2011), refiriéndose a la definición que hace Pérez, en su obra literaria sobre la tercerización. Al respecto afirma que dicha figura es:

> La acción de acudir a una agencia exterior para ordenar una función que anteriormente se realizaba dentro de una compañía, la cual en definitiva contrata un servicio o producto final sin que tenga responsabilidad alguna en la administración o manejo de la prestación del servicio, la cual actúa con plena autonomía e independencia para atender diversos usuarios. (Pág. 14)

De otra parte, citaremos a Castañeda, (2016) quien dentro de su investigación determinó que la tercerización es una figura que permite la gestión de actividades empresariales a través de la intención de un tercero, denominado proveedor, y bajo el cual se enmarca un régimen de deberes, derechos y obligaciones entre las partes. (Pág. 28)

> La Organización Internacional del Trabajo (OIT) citada por Calle & Vieco (2017, p. 6) define "trabajo en régimen de subcontratación» como aquel todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales".

Con fundamento en dichos concepciones se podría establecer que dichos criterios conceptuales de la doctrina, visualizan la tercerización como una especie de transferencia, bajo las condiciones que pacten las partes, de servicios o actividades de una empresa a otra con experiencia en el campo o la necesidad que requiere quien contrata. Dicha tendencia se destaca hoy en día dentro de contexto de la desconcentración de funciones y se enmarca en una serie de disposiciones legales, que resultan novedosas en el ordenamiento jurídico actual.

La figura de la tercerización funciona a través de las cooperativas de trabajo, las empresas de trabajo asociado y el contrato de prestación de servicios, donde se pone en

práctica la contratación laboral, pero reconocida bajo normas de carácter civil, comercial y de contratación estatal, y no bajo el marco de protección al trabajador en Colombia.

Se escucha en Colombia y en el mundo una voz generalizada de los trabajadores, de rechazo frente a varias de las formas de contratación, por estimar que las mismas ocultan verdaderas relaciones de trabajo subordinadas y de otra parte, por cuanto al admitir que se es aparentemente independiente se pierden sin remedio derechos y prebendas conquistadas durante años de lucha por los trabajadores dependientes que le son negadas a los nuevos trabajadores por el simple cambio en su forma de vinculación o de prestar el servicio, que quedan excluidas del derecho sustantivo del trabajo. Es por ello que al no existir subordinación jurídica laboral, no le son aplicables las normas del derecho laboral y así mismo identificar los elementos esenciales de subordinación y remuneración característica de la estructura jurídica del contrato del trabajo actual responde a las diversas formas de trabajo humano.

En el escenario jurídico o legal, encontremos que en Colombia, la figura de la tercerización se origina de manera novedosa desde la década de los 90, y se regula mediante un conjunto de normas, que en este apartado ilustraremos.

Dentro de la Ley 79 de 1989 y la ley 454 de 1998 se podría decir que se encuentra el primer antecedente legislativo en materia de tercerización laboral. Ambas normas, regularon la subcontratación a través de las cooperativas de trabajo.

En el marco de la Ley 50 de 1990 denominada el génesis para la implementación de la subcontratación o tercerización en Colombia, se reconoce oficialmente la legalidad de la

empresas temporales de servicios, también reconocidos como S.A.S. sociedades de régimen simplificado, a través de las cuales se subcontratan servicios especializados.

Sin embargo, de manera reciente se han venido promulgando nuevos criterios jurídicos en esta materia, enmarcado dentro del Decreto 135 expedido el 31 de enero del 2014, donde se establece la obligación de las empresas que tercerizan, para crear fondos de ahorros de cesantías, garantizando al trabajador dicha prestación social. Sumado a ello, también encontramos el Decreto 1047 del 4 de junio de 2014, en el que se imponen las reglas en materia de afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social para los conductores del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi. El mismo tiene impacto en el tema de la tercerización, porque el Ministerio de Trabajo se pronuncia en materia de la salvaguarda de los derechos en materia de seguridad social, de cara a ciertos frentes laborales tradicionalmente desprotegidos en dicha materia, máxime cuando la modalidad de vinculación laboral es la subcontratación.

En el marco normativo, también encontramos el Decreto 0721 de 2013, en el cual se reconoce la protección de los derechos de los trabajadores domésticos y aseo, de acuerdo con las disposiciones del Convenio 189 de la OIT. El decreto reviste gran importancia debido a que en el mismo se establece la obligación de las empresas temporales de trabajo, para afiliar a sus empleados a las Cajas de Compensación Familiar. (Decreto 0721 de 2013)

Bajo el Decreto 2616 de 2013 expedido por el Ministerio de Trabajo donde se establecen medidas sobre la cotización de la seguridad social para trabajadores dependientes que laboran en periodos menores a un mes y se dictan otras medidas que buscan la

formalización del empleo de los trabajadores informales en Colombia. (Decreto 2616 de 2013)

En el mismo escenario normativo, el Congreso promulgo la Ley 1429 de 2010, que reglamente la formalización y la generación de empleo, donde se disponen una serie de parámetros y garantías para las personas vinculadas mediante la figura de la tercerización laborales en Colombia.

Al respecto también es importante hacer mención de las disposiciones del artículo 74 de la Ley 1753 de 2015, donde se plantean algunas disposiciones sobre las investigaciones administrativas sancionatorias por la práctica ilegal de la tercerización laboral y que luego fueron desarrolladas en Decreto 583 de 2016 y que fue derogado, llevando a la promulgación de la Resolución 2021 que busca subsanar los vacíos que se generaron bajo dicha derogatoria, en materia de vigilancia y control de la tercerización laboral en Colombia.

En síntesis, es preciso concluir que en Colombia, la tercerización laboral se encuentra enmarcada bajo las disposiciones del Congreso de la Republica mediante la Ley 50 de 1990, la ley 1429 de 2010 y la Ley 1753 de 2015. Sumado a ello, encontramos una serie de decretos, expedidos por Presidente de la Republica y el Ministerio del Trabajo, donde se reglamentan aspectos esenciales de la tercerización laboral en Colombia, siendo un marco normativo suficiente, pero con ámbitos o criterios aun sin claridad, que pueden incurrir en escenarios de limitaciones o desproporcionalidad frente a los derechos de los trabajadores con la puesta en la práctica de las diferentes modalidades de tercerización laboral.

Mediante Sentencia SL467-2019, donde se dejó claro que en Colombia, la tercerización no está prohibida, pero que cuando se busca bajo esta figura encubrir un verdadero suministro

de personal, entonces se la misma será calificada de ilegal. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL467-2019)

De modo que, en palabras de la Corte la descentralización productiva y el fenómeno de la tercerización, son modalidades mediante las cuales se encarga a un tercero para realizar determinadas partes u operación de un proceso productivo; siendo estas dos figuras un instrumento dotado de legalidad dentro del marco normativo colombiano, y que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL467-2019)

No obstante asegura la Corte Suprema que la externalización no puede utilizarse con fines contrarios a los derechos ya reconocidos en el ordenamiento jurídico para los trabajadores, bien sea deslaborizandolos o alejándolos de la posibilidad de vincularse directamente con la empresa, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción tanto individual como colectiva, a través de la segmentación de las unidades. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL467-2019)

De esta manera, dentro de la providencia citada, asegura la Honorable Corte, que la externalización debe fundarse en razones objetivas técnicas y productivas, en las que debe existir la necesidad de trasferir estas actividades que antes se realizaban directamente con la empresa, a un tercero con el objetivo de acomodarse a las nuevas tendencias del mercado laboral, y así mismo a los cambios tecnológicos y competitivos actuales.

La Sentencia C-614 de 2009, donde la Corte estudia la constitucionalidad de la figura de la tercerización y concluye que acorde con la jurisprudencia de la Corporación que ha

considerado que los procesos de tercerización son ajustados a la Norma Superior, siempre y cuando no se utilicen como herramientas para disfrazar una verdadera relación laboral. (Corte Constitucional colombiana , Sentencia C-614 de 2009).

En síntesis, las providencias citadas ponen en evidencia como la tercerización laboral en Colombia se ha establecido en el ámbito legislativo bajo bases o fundamentos jurídicos, que al ser revisados por las Altas Cortes, se encuentran configuradas en situaciones poco claras que disipan el escenario para la vulneración de los derechos de los trabajadores, y que permiten la práctica de una figura como externalización de funciones que beneficia al empleador y desmejora las condiciones laborales del clase trabajadora colombiana.

1.2 La figura de la intermediación en el contexto doctrinal, jurídico y jurisprudencial colombiano

Sobre la intermediación encontramos en materia doctrinal, que dicha figura se ha contextualizado como la actividad organizada y encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades. (Decreto 3115 de 1997)

Es decir, que su concepto se enmarca dentro de la norma que lo regula y lo introduce al ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 35, establece la figura del simple intermediario, correspondiente a aquellas personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono y las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos por cuenta del empleador.

Así mismo el artículo 1 del Decreto 3115 de 1997, reconoce la agencias de empleo como una modalidad para desarrollar la intermediación laboral en Colombia.

En el marco de la ley 50 de 1990, se reglamenta en Colombia la operación legal de las empresas de servicios temporales, a través de las cuales se ejercer la figura de la intermediación. (Ley 50 de 1990)

El decreto reglamentario 4360, enfatiza sobre la naturaleza de requisitos, límites y funciones y demás características fundamentales para evitar las relaciones laborales disfrazadas, simuladas o aparentes entre usuarios y prestadores de servicios temporales.

En el artículo 71 de la ley 50 de 1990 explica que las empresas de servicios temporales son el único mecanismo legal creado y reglamentado que permite el envío de los trabajadores en misión a terceros lo más conocido como intermediación laboral, en este caso para atender un servicio de colaboración especifica en la actividad permanente del contratante y que previamente se ha enmarcado en un contrato de prestación de servicios.

Sin embargo, la Ley 79 de 1988, había dado ya algunos parámetros en esta materia de intermediación, a través del artículo se regula la operación de las cooperativa de trabajo, que también hacen parte de la figura de la intermediación. (Ley 79 de 1988)

En el escenario jurídico nuevamente el legislativo, trazo parámetros en relación con la intermediación a través de la Ley 1429 de 2010, reglamentada mediante el Decreto 2025 de 2011, donde se hace una prohibición en materia de la subcontratación de actividades, en relación con las que tienen directa relación con la misión de la entidad o empresa privada, a través de las llamadas cooperativas de trabajo asociado o bajo cualquier otra modalidad, que termine por afectar los derechos constitucionales de los trabajadores.

Por su parte el Decreto 0722 del 2013 establece la organización de los operadores del Servicio Público de Empleo y a su vez se reglamenta la actividad de la intermediación laboral. (Decreto 0722 del 2013)

Más adelante, bajo la promulgación del Decreto 583 de 2016, el Estado prevé los mecanismos para vigilancia y el control de la tercerización laboral, en cualquiera de las modalidades, lo que indica que en relación con la intermediación y su evolución, se ha retrasado en el entorno jurídico, al interpretar la misma bajo el marco de la tercerización.

Sin embargo el Decreto 583 de 2016 fue derogado, lo cual permite establecer en el presente apartado las siguientes conclusiones en relación con el estudio realizado. La primera de ellas, es que la figura de la intermediación laboral en Colombia, se encuentra vinculada y asociada con los parámetros legales de la tercerización y el outsourcing, incluso confundiéndose una figura con la otra.

Así mismo, es importante precisar que bajo el contexto del Decreto 2025 de 2011, donde se conceptúa puntualmente el objetivo de la intermediación laboral en Colombia. De Esta manera, reza la norma que se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. (Decreto 2025 de 2011)

En el contexto del Decreto 2025 de 2011, de deja claridad en que la intermediación es una figura que solo puede ser prestada por las empresas de servicios temporales, y se encuentra prohibida para las Cooperativas o Precooperativas y respecto a las actividades misionales, hace referencia la norma que son aquellas funciones o actividades que se

encuentra relacionadas directamente con la producción de bienes o servicios característicos de las empresas.

De esta manera, es importante precisar que dicha figura se entrelaza con las disposiciones que se dan en materia de tercerización y bajo algunas normas que regulan ambas figuras, pero de las cuales en ningún momento se reconoce la existencia de una relación laboral.

En razón de lo dicho, la Corte Constitucional ha elaborado una línea jurisprudencial en la que se han establecido criterios a favor de los derechos de tales trabajadores y enfática en el hecho de que debe aplicarse el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

En relación con los efectos que tiene la intermediación laboral, la Corte Constitucional hizo precisión en Sentencia T-962 de 2008 que la facultad para contratar terceros no es absoluta, y por lo tanto por expreso mandato legal, ni las cooperativas ni las precooperativas se encuentra facultadas para actuar como intermediarios laborales o empresas de servicios temporales. (Corte Constiticional, Sentencia T-962 de 2008)

Al respecto es preciso citar la Sentencia T-351 de 2015, donde la Corte Constitucional fijo el criterio en relación con la figura de la intermediación, donde asegura que cuando durante la ejecución del contrato de trabajo asociado se infringe la prohibición consistente en

que estas organizaciones solidarias no pueden actuar como empresas de intermediación laboral. (Corte Constitucional, Sentencia T-351/15)

Desde la concepción del Consejo de Estado, la intermediación laboral enmarca la prestación de servicios personas por partes de personal que se encuentran vinculados directamente con un contratistas, y en favor de un contratante. De esta manera concluye el Consejo de Estado, que la intermediación opera cuando se envían trabajadores a cumplir unos objetivos o actividades específicas a empresas del Sector Privado o instituciones de carácter público. (Consejo de Estado, Sentencia 00485 de 2017)

Asegura el Consejo de Estado que en Colombia la intermediación es una actividad desarrollada a través de las Empresas de Servicios Temporales y que la misma puede ser gratuita o ser onerosa. En el mismo contexto, establece la Corporación que dicha figura se encuentra prohibida para ser desarrollada por las Cooperativas y las Precooperativas, así como para las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares. . (Consejo de Estado, Sentencia 00485 de 2017)

De esta forma, podemos concluir que el marco normativo de la intermediación laboral se permea bajo las disposiciones del Decreto 2025 de 2011, y las norma que regulan las empresas temporales de servicios en Colombia, y que bajo la jurisprudencia se han dado precisiones en relación con la conceptualización de la figura y el algunos criterios en el marco de la protección al trabajador, cuando se pretende disfrazar una figura en el marco de la otra, es decir que como ya el ordenamiento jurídico, ha dado precisiones en relación con las empresas que puede intermediar laboralmente y las que se puede tercerizar, es entonces ilegal, cunado bajo la figura de las cooperativas o precooperativas se busque ejecutar contratos de

intermediación laboral o que las empresas que mercericen utilicen la empresas de servicios temporales, para hacer uso del mismo.

Finalmente, bajo la exposición de la temática planteada, existe claridad sobre cómo se desarrollan cada una de estas figuras en el marco del ordenamiento jurídico colombiano y cuáles son los fines bajo los cuales se legaliza la operación de las mismas, buscando ser competitivos en el mercado laboral, pero dejando escenarios de preocupación en relación con la protección del trabajador.

A continuación, daremos paso al estudio de la figura del outsourcing, para finalmente dar por terminado el presente capitulo y dar paso al contexto del problema jurídico.

1.3 La figura del outsourcing en el contexto doctrinal, jurídico y jurisprudencial colombiano

La figura del outsourcing se establece en el marco doctrinal, como una figura de subcontratación laboral en la que una empresa u organización provee a otra los servicios de tipo operativo, generando una externalización de las actividades en los sectores público y privado.

En otras palabras, se ha indicado respecto de esta figura contractual lo siguiente:

> Responde al acto mediante el cual una organización contrata a un tercero para que realice un trabajo en el que está especializado, con los objetivos de reducir costos y/o, evitar a la Organización la adquisición de una infraestructura propia que le permita la correcta ejecución del trabajo. (Martinez, 2008)

Dicha figura, se desarrolla en diferentes modalidades, clasificadas en la doctrina como

> Outsourcing Táctico. Es aquel que busca reducir los costos internos y/o reducir los gastos de operación. (Mestre, 2013)

> Outsourcing Estratégico. Es aquel que se realiza con el fin de obtener mejoras estratégicas para la organización. (Mestre, 2013)

En relación con el contrato de outsourcing, es aquel acuerdo de voluntades mediante el cual una empresa cliente encarga al outsourcer la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitirán la realización de su corre business.

En Colombia, como lo hemos venido estudiando alrededor del presente capítulo, se ha abordado el tema legislativo y jurisprudencial en relación con la tercerización, sin embargo, en materia de la figura del outsourcing no existe reglamentación clara al respecto, no obstante, eso no implica que no pueda ejercer en el marco del derecho interno, con base en las reglas expuestas en materia de cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales y contrato de prestación de servicios, lo que nos permite concluir que dicha figura se enmarca bajo las condiciones de la tercerización laboral y la intermediación, sin que el legislativo haya trazado los límites y alcances de dicha figura dentro del orden jurídico.

En el escenario jurisprudencial encontramos algunas posiciones del Consejo de Estado en relación con el outsourcing, donde se asocia la figura con la tercerización, en relación con la prohibición de utilizar dichas figuras para desmejorar las condiciones laborales del trabajador. Al respecto la Sentencia Exp. 1482-2011 de 2018, el Consejo de Estado expuso que en Colombia se encuentra prohibido que se contraten cooperativas de trabajo asociado para desarrollar actividades o procesos misionales permanentes con entidades públicas o empresas privadas, de acuerdo con las limitaciones que se establece en el primer inciso del

artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, y por lo tanto dichas funciones le son permitidas a actividades de intermediación laboral o bajo otra modalidad que afecte los derechos laborales vigentes. (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 1482-2011 de 2018)

Dentro del mismo contexto de la providencia citada, el Consejo de estado, estima que la prodición total e contratación que se encuentra contenido en el artículo 2 del Decreto 2025 de 2011, afecta la actividad lícita o la libertad de contratación de los asociados a la precooperativas y cooperativas de trabajo asociado dentro de sus posibilidades legales, pues lo que protege el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 es que no se incurra en la utilización de ese mecanismo cooperativo para disfrazar la intermediación laboral y, con ello, se vulneren los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 1482-2011 de 2018)

Conforme a lo dispuesto en el escenario doctrinal y jurídico en relación con el outsourcing en Colombia, es preciso dejar claridad que la figura se asocia con la externalización de funciones, que pueden darse en el sector privado y público, y que se regulan bajo el mismo marco normativo del a tercerización laboral, que ha estudiamos en el primer apartado de este capítulo, y que no sería asertivo volver a citar en estece escenario. Lo que si podemos precisar es que las tres modalidades estudiadas se encuentran desarrolladas en el ámbito laboral colombiano, bajo las limitaciones y alcances establecidos en el orden jurídico, como lo han señalado las Altas Cortes en relación con el desarrollo de actividades de intermediación, tercerización y outsourcing que busquen disfrazar relaciones laborales, lo que constituiría una vulneración a los derechos laborales del trabajador.

De conformidad con el estudio del presente capítulo, es posible inferir algunas situaciones en relación con el tema de estudio de nuestra monografía.

La primera situación que se evidencia es que la tercerización es la actividad que más se encuentra regulada y desarrollada jurisprudencialmente dentro del ordenamiento jurídico, enmarcándose en la prestación de servicios a través de la cooperativas de trabajo y las precooperativas, donde se prohíbe la intermediación y donde se dan parámetros claros para desarrollar la misma, sin que exista a la fecha un marco jurídico estable en la materia, puesto que el mismo se sustenta en situaciones cambiantes mediante decretos, leyes, resoluciones y demás, donde se han dejado algunos vacíos que permean directamente sobre la afectación de los derechos del trabajador.

En relación con la intermediación, podemos concluir que también encuentra un marco normativo claro en la materia, limitaciones en relación con que su ejercicio solo se puede dar mediante empresas de servicios temporales, y no bajo las mismas modalidades de la tercerización. Así mismo, dentro del escenario jurisprudencial, la posición se enmarca en la protección del trabajador, siendo exigente en los criterios legales sobre los cuales media en el marco jurídico la intermediación laboral.

Y finalmente cuando hablamos de outsourcing hacemos referencia al ejercicio de funciones de externalización de actividades, que se enmarcan en las mismas disposiciones de la tercerización, lo cual ocurre debido a que el mismo ordenamiento jurídico no ha dado los criterios claros en relación con estas figuras. El outsourcing es una figura que se encuentra presente desde el contexto internacional, y que se introduce en el marco jurídico colombiano a partir de las necesidades del mercado laboral, pero donde evidentemente existen aún

situaciones por dejar claras, toda vez que mientras siga aumentando las practica de esta modalidad, tanto en el sector público como en el privado, se seguirán disminuyendo las oportunidades de los trabajadores de acceder al empleo de manera formal y bajo mejores condiciones laborales.

Capítulo 2. Postulados doctrinales y jurídicos de la estabilidad laboral reforzada en Colombia

2.1 Reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada dentro del escenario doctrinal y jurídico en Colombia

En la doctrina jurídica, existen posiciones muy similares, en relación con la definición de la estabilidad laboral reforzada. Desde la Organización Internacional del Trabajo, se estableció un concepto en relación con este principio. Al respecto Román, Castaño, & Villamizar citan que:

> La estabilidad laboral tradicionalmente se ha defendido como un objetivo deseable por cuanto fomenta la seguridad económica de las personas y les permite reducir la incertidumbre para trazar sus planes de vida. Sin embargo, según un estudio de la OIT, los países con regulaciones estrictas para proteger la estabilidad en el empleo no necesariamente son aquellos donde se presenta el mayor nivel de seguridad económica (OIT, 2004).

Desde este ámbito internacional, la visión de la OIT, se enmarca en una concepción clásica en la que la estabilidad laboral se configura bajo la premisa de la seguridad económica de las personas y permite además disminuir la incertidumbre sobre los plantes de vida. No obstante, asegura dicha organización, que la regulación de la misma no garantiza altos niveles de seguridad económica.

En el ámbito de la misma doctrina, Jaramillo & Santana, (2019) citan a Sanabria (2014), quien concluye que la estabilidad laboral reforzada es:

> un instrumento de origen jurisprudencial que busca garantizar el derecho al trabajo en personas con afecciones de carácter físico o mental, afirmando que no es necesario que la persona que goce de dicho fuero, tenga la calidad de discapacitado, dado que basta con tener una dolencia significativa que le impida ejercer sus obligaciones y labores con total normalidad. (Pág. 12)

De esta forma, es la estabilidad laboral un instrumento dentro del ámbito jurídico, que tiene su origen dentro de la jurisprudencia, y que busca principalmente materializar las garantías y fines del Estado Social de Derecho, en materia de estabilidad económica a quienes presentan por algunas de las causales reconocidas en cada precedentes, disminución en su capacidad laboral. Así las cosas, si bien su procedencia tiene orígenes desde la Carta Política de 1991, existen lineamientos jurisprudenciales que definen los límites y alcances de dicho principio de las garantías laborales de los trabajadores en Colombia.

Dentro de este escenario, es preciso citar la definición que sobre estabilidad laboral reforzada cita Solano, (2019), de la siguiente manera:

> La estabilidad laboral, es definida como aquella seguridad de permanencia que tiene una persona en su trabajo u ocupación, está también se puede entender como la duración percibida por las persona al mantener su trabajo actual sin factores externos (Marín, 2015).

Bajo este contexto, es entonces en la doctrina jurídica, un instrumento jurídico que sustenta la seguridad laboral del empleado, es decir, que le permite al empleado la permanencia dentro del ámbito laboral, y además de ello, la seguridad del pago de sus salarios y prestaciones, a pesar de encontrarse en cualquiera de las situaciones que se reconocen como fueros para la estabilidad laboral.

En Colombia el derecho al trabajo se constituye bajo la adopción de los cambios que se daban en el escenario internacional, las diferentes revoluciones y demás, hasta llegar a la consagración del Código Sustantivo del Trabajo regulado en l**os** Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951, y modificado por diferentes normas posteriores.

En este escenario, ya Colombia previo a la Constituyente de 1991 tenía establecidas las garantías laborales de los trabajadores, incluyéndose dentro de las mismas, algunas precisiones en materia de estabilidad laboral, como la prohibición del despido y otras figuras.

Sin embargo, la estabilidad laboral reforzada nace en el ordenamiento jurídico colombiano, bajo el papel proteccionista del Estado Social de Derecho en materia de algunas situaciones puntuales, como son los sindicatos o asociaciones sindicales, las mujeres en estado de gestación o lactancia y las personas en situación de discapacidad, para quienes se aplica un fuero de estabilidad laboral reforzada, y regulada en la Carta Política y en la legislación interna, incluyéndose los criterios jurisprudenciales de las Altas Cortes.

Bajo este escenario la estabilidad laboral reforzada se encuentra asociada directamente con los fines perseguidos por el Estado Social de Derecho, consagrado en la Constitución Política de 1991.

Dentro de la Carta Política se preceptuaron algunas disposiciones especiales en el marco de los derechos consagrados a los trabajadores y los principios que se consagran en dicha materia, cabe resaltar algo muy importante en nuestra carta magna como lo es en el preámbulo, allí el trabajador goza de una amplia protección en la carta política, el constituyente quiso que el derecho al trabajo fuera una de los valores y propósitos del estado, al consagrar en él todos los valores del estado.

Bajo este entendido, encontramos en la Constitución Política que el artículo 53 se consagra como el fundamento de la estabilidad laboral reforzada, a pesar de no reconocerse como un derecho, si se sitúa como un principio de las relaciones contractuales laborales en Colombia y que busca principalmente evitar que los trabajadores sean expuestos a un tratamiento arbitrario por parte de los empleadores y que sean despedidos sin que medie la justa causa.

En síntesis, la posición doctrinal sobre la estabilidad laboral reforzada, comprende una concepción amparada en su surgimiento desde el ámbito jurisprudencial, y en elementos precisos donde se reconoce que el empleado tiene derecho a conservar su empleo, siempre y cuando no se cumplan las causales del despido justificado. Además de conservar el empleo, afirma la doctrina, que la estabilidad configura que el empelado no dejara de percibir sus salarios y tampoco las prestaciones propias de su labor o función, toda vez que si dejara de percibir, entonces no estaríamos frente a la figura de estabilidad laboral reforzada.

2.2 Construcción normativa de la estabilidad laboral reforzada en Colombia

De acuerdo con las precisiones dadas sobre el origen de la estabilidad laboral reforzada en Colombia, hemos de determinar cuáles son los compendios normativos donde se reconoce dicho principio, por lo que es importante y elocuente comenzar por la Carta Política de 1991, respetando la teoría de Kelsen y las disposiciones de la Constitución, donde se reconoce ser norma de normas.

Dentro del marco de la Constitución Política de 1991, se establecieron un sinfín de garantías dentro del fines que persigue la construcción de un Estado Social de Derecho, Frente al tema de nuestro interés, hemos de reconocer que en materia de estabilidad laboral reforzada, se encuentra el artículo 47, donde se hace referencia a la obligación que tiene el

Estado para implementar políticas de previsión, rehabilitación e integración para las personas que por diferentes causas han disminuido su capacidad laboral, previendo una especial protección, que implica también su ámbito laboral.

Dentro del artículo 54 el Estado reconoce la obligación que tiene para garantizar a las personas en situación de discapacidad física, mental o psíquica su derecho al trabajo. En el artículo 68 se prevé la obligación de insertar políticas educativas para dichos colectivos.

No obstante, también encontramos el artículo 1 donde se reconoce como principio, derecho y valor la dignidad humana, que sustenta la base de la estabilidad laboral reforzada. Así mismo, los demás derechos fundamentales, el derecho al trabajo, a la seguridad social y demás garantías que promueve la formación del Estado Social de Derecho.

Con base en dicho planteamiento de la Carta Política, el legislador promulgo la Ley 361 de 1997, mediante la cual se crean política enmarcadas en la protección de las personas con limitaciones en diferentes aspectos como la educación, la libre locomoción, la salud y otros.

Dentro de la norma, el articulo 1 consagro el ámbito de aplicación para las personas con limitaciones severas y profundas, estableciendo unos porcentajes de pérdida de capacidad laboral conforme a las disposiciones del Decreto 2463 de 2001, que con posterioridad fueron derogadas en el Decreto 1352 de 2013.

Dentro de la misma norma, se dio el reconocimiento de garantías en materia tributaria para las empresas que contrate con personas con limitaciones físicas y en su artículo 26, consagra la prohibición de despedir a las personas que se encuentren en estado de discapacidad, lo cual resulta coherente si entendemos que la norma se refiere a las personas

que sufren una pérdida de capacidad laboral superior al 25%, debido a que son personas que claramente necesitan de los servicios de la seguridad social y que además de ser despedidos les sería casi imposible conseguir trabajo. (Román, Castaño, & Villamizar)

Así las cosas, es claro que el legislador al crear la Ley 361 de 1997, dio paso a la materialización de las disposiciones que se habían establecido en la Constitución Política y en los derechos fundamentales busca proteger a las personas que presenten una discapacidad, limitación física o invalidez, para ello se respalda en el sistema de seguridad social como mecanismo para hacer cumplir los derechos de éstas personas, y con el propósito de garantizar el acceso de estas a los servicios de salud, se asegura de que el vínculo laboral permanezca vigente, exigiendo a los empleadores un trámite previo, ante el Ministerio del Trabajo, para la terminación del contrato. (Román, Castaño, & Villamizar)

2.3 Exposición de postulados de la Corte Constitucional en materia de estabilidad laboral reforzada en Colombia

Desde el ámbito de la jurisprudencia, también existen algunas precisiones importantes dentro del desarrollo de la monografía. A continuación daremos a conocer diversas posiciones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

Tabla 1. *Jurisprudencias de la Corte Constitucional en el marco del derecho a la estabilidad laboral en Colombia*

	En esta jurisprudencia la Corte Constitucional, estudio una demanda contra la empresa CAPRECOM. La importancia de la misma reviste en que dentro de los argumentos la Corte invoco las disposiciones del

Sentencia T-427 de 1992	Convenio 159 de la OIT y que Colombia adopto dentro de la legislación interna en relación con la reincorporación del trabajador, cuando el mismo haya tenido pérdida de su capacidad laboral, lo que implica su situación de vulnerabilidad o cuando el mismo se haya recuperado después de un proceso de rehabilitación. En este escenario la Corte hace un estudio de la aplicabilidad del principio de estabilidad laboral, en situaciones donde se declara al trabajador insubsistente. Dentro de la providencia, afirma la Corte Constitucional, que el objeto principal de la protección que se da mediante el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, es construir un marco legal en el cual se dé un trato idéntico dentro de una concepción matemática y se elimine factores de diversidad, que puedan generar situaciones de discriminación
Sentencia T-780 de 2008	Según la Sentencia T-780 de 2008 , un acontecimiento que pone a un sujeto ante una situación de debilidad manifiesta es aquel que le sucede a un trabajador cuando en cumplimiento de su labor sufre un accidente de trabajo, y por ende, ante sus afectaciones de

	índole físico se ubica en una condición especial. Condición que el Estado colombiano favorece al encajar en una situación de debilidad manifiesta respecto de su empleador. (Corte Constitucional., Sentencia T-780 de 2008)
Sentencia T-320 de 2016	Bajo este escenario ha asegurado la Corte Constitucional que para la existencia de «estabilidad laboral reforzada», no son necesarias patologías calificadas de origen laboral ni ser formalmente declaradas (dictamen), o cuantificada por una junta de calificación. (Corte Constitucional, Sentencia T-320 de 2016)
Sentencia T-405 de 2015	En dicha Sentencia la Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia de la Corporación según la cual cuando el juez constitucional comprueba que el empleador desvinculo al empleado titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada sin que medie la autorización del inspector de trabajo o no logro que se desvirtuara la presunción de despido discriminatorio, deberá reconocer al mismo la declaración de la ineficacia de la terminación de la vinculación o del despido, así mismo el derecho a ser reintegrado al cargo en el cual se puedan dar las condiciones iguales o mejores de la que desempeñaba el trabajador previo de dicha situación.

	Además, se encuentra el Juez facultada para reconocer el derecho a la capacitación que permita que pueda cumplir con las actividades del nuevo cargo y el pago de "una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo." (Corte Constitucional,. Sentencia T-405 de 2015)
Sentencia SU-049 de 2017	Bajo dicha providencia, la Corte aseguro que cuando se habla de la estabilidad laboral reforzada, más que reconocerse como un principio, el mismo se eleva a un derecho fundamental, por ser una denominación más amplia y comprehensiva." (Corte Constitucional, Sentencia SU-049 de 2017)

Fuente: Corte Constitucional

Bajo estos parámetros se ha sostenido que (i) una persona con padecimientos de salud que involucren, de forma transitoria o variable, una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada; por lo general, se exige también que (ii) el empleador hubiese conocido tal condición en un momento previo al despido.

Los fundamentos doctrinales, legales y jurisprudenciales, evidencian que el ordenamiento jurídico colombiano se ha destacado en el reconocimiento de las garantías fijadas en la Constitución Política de 1991, en el marco de la estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta que dicho derecho configura la realización de los fines del Estado Social

de Derecho y específicamente en relación con la especial protección a las personas en situación de vulnerabilidad.

Desde el análisis de la Corte Constitucional, se han mantenido los criterios en materia de protección, siendo cada uno de los pronunciamientos una posición acorde con las disposiciones de la Constitución Política, es decir, que se enmarca hacia la protección del trabajador, que bajo diferentes modalidades de contratación se ha visto vulnerado en sus derechos, y suprimido de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, y que serán objeto de estudio en el desarrollo del problema jurídico en la presente monografía.

Capítulo 3. Consecuencias jurídicas en relación con la desnaturalización de los derechos laborales en Colombia bajo las modalidades de tercerización, intermediación y el outsourcing en el sector público y privado

Como se ha venido estudiando dentro del desarrollo de la monografía, existe en Colombia un principio prevalente denominado estabilidad laboral reforzada, mediante la cual se busca enmarcar el orden jurídico bajo la protección del trabajador de manera igualitaria, y no discriminándose por diferentes circunstancias.

Así mismo, en el segundo capítulo se dio un estudio en relación con las figuras de la tercerización laboral, la intermediación laboral y el outsourcing, donde se establecen criterios jurídicos claros y precisos en relación con cada uno de ellos. Ahora entraremos a contextualizar el problema jurídico planteado dentro de la investigación, y que se enmarca dentro de la pregunta ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas en relación con la desnaturalización de los derechos laborales en Colombia bajo las modalidades de tercerización, intermediación y el outsourcing en el sector público?

Al respecto debemos hacer precisión en algunas situaciones importantes que permitirán dar respuesta a la pregunta formulada.

El marco jurídico colombiano se enmarca en una dirección concreta en relación con la protección del trabajador, pero también implementa políticas que buscar mejorar la productividad de la economía, donde nacen las figuras de la tercerización, la intermediación y el outsourcing que socaban en los preceptos del Estado Social de Derecho en relación con

condiciones laborales de subsistencia y una vida digna, que le son negadas bajo el escenario d la vinculación del trabajado bajo el marco de dichas figuras.

Así mismo, es importante precisar que bajo el marco de los fines del Estado Social de Derecho y el precepto de la dignidad, se le reconoce al ciudadano unas condiciones de estabilidad laboral en la cuales se busca reducir el marco de contingencias asociadas a la incertidumbre e inseguridad del trabajador para permanecer en su cargo.

De esta forma, emerge en el orden jurídico figuras como la tercerización, intermediación y outsourcing que desvirtúan los preceptos del marco jurídico constitucional, y que se sitúan en el contexto de detrimento de las condiciones de calidad del empleo en Colombia, donde se busca garantizar al mismo una estabilidad y garantías dignas para el ejercicio de sus actividades laboral, pues esta forma de vinculación desconoce la existencia de una relación laboral, lo cual impide que el trabajador acceda a las erogaciones sociales que legalmente se le han reconocido en el escenario jurídico, puesto que no se puede amparar en el marco jurídico laboral, sino bajo las normas de carácter civil, comercial o las disposiciones en este escenario, donde inicialmente se desconoce la relación laboral, y así mismo, las garantías de la estabilidad laboral del trabajador.

Durante las últimas dos décadas se han venido realizando diferentes modificaciones en materia de la regulación de la tercerización, intermediación y el outsourcing en Colombia. A partir de dichas regulaciones jurídicas, existen diferentes criterios en dicho escenario que han sido objeto de discusiones en materia política y de protección laboral a nivel nacional.

De acuerdo con las disposiciones del Ministerio de Trabajo, la intermediación está prohibida para algunas empresas en Colombia, mediante la Resolución 2021 de mayo de

2018. La tercerización de otra parte, se encuentra amparada en varios criterios normativos, y de manera reciente el Consejo de Estado derogo la vigilancia y control que se establecían sobre la misma en el Decreto 583 de 2016.

Sin embargo, en la práctica las figuras de la tercerización, intermediación y el outsourcing, son más comunes de lo que se cree, y si bien es cierto configuran un avance para la vinculación laboral, de ella se desprenden otras situaciones que devengan las necesidad de un estudio jurídico, toda vez que las diferentes posiciones normativas en relación con las mismas, pueden configurar casos de vulneración a los derechos laborales de los trabajadores en Colombia.

De esta forma podemos comenzar a contextualizar las consecuencias de la implementación de las modalidades de tercerización, intermediación y el outsourcing en el sector público, hacia la desnaturalización de los derechos laborales, bajo el desconocimiento de la relación laboral, lo cual genera un impacto en las garantías y condiciones dignas del trabajador que se reconocen en el ordenamiento jurídico colombiano en el escenario del derecho laboral, y que además han sido el resultado de innumerables lucha de los trabajadores, para mejorar sus condiciones laborales, y que bajo la primacía de producción económica, se socaban bajo la mirada omisiva del Estado Social de Derecho.

Conforme al desconocimiento de la relación laboral, se establece la inexistencia de condiciones dignas para el trabajador, y también se establece que dichas modalidades de empleo, generan un vulneración al principio laboral de la estabilidad, toda vez que tanto trabajadores protegidos en el marco de la estabilidad laboral reforzada, como los demás trabajadores en el sector público, no podrán acceder a las convocatorias de acceso a empleo

en carrera administrativa y demás modalidades, pues la no vinculación directa con las entidades públicas, cohíbe al trabajador de dichas disposiciones

Otra situación que también debemos precisar dentro del contexto del problema jurídico es que las tres modalidades, es decir, tanto la tercerización , la intermediación y el outsourcing no tienen precisiones claras y definitivas en el marco jurídico, si bien se establecen con claridad los parámetros legales y los alcances de cada una, las tres figuras siguen siendo confusas en el ordenamiento jurídico, lo cual genera también una consecuencia jurídica, en relación con la falta de claridad y precisión en la aplicación de cada una, lo cual pudiese socavar derechos laborales, al no tenerse claridad, vigilancia y control sobre las mismas en el orden jurídico de la aplicación en el sector público.

De lo anterior, podemos encontrar evidencia en la promulgación del Decreto 583 de 2016, donde se asimilaron dos tipos de tercerización en una sola figura, unificando el término y habilitando de esta forma a toda persona natural o jurídica a manejar trabajadores a terceros bajo la figura de la tercerización de procesos de bienes y de servicios sin diferenciación alguna., lo cual genera el descontrol total para la vigilancia y el control de la operación de dichas figuras en el sector público, lo cual permea en la vulneración del principio de estabilidad laboral al trabajador, al permitirse el planteamiento con tanta facilidad para ejercer la tercerización, limitando cada vez el acceso a empleos con instituciones estatales en condiciones de calidad y dignidad como lo plantea la Constitución Política.

Ante dicha situación fue el Consejo de Estado quien a través de sus pronunciamiento dio claridad respecto a la “tercerización”, que aplica a la de bienes y de servicios como

resultado final, y la “intermediación laboral”, que se refiere al envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en sus actividades misionales permanentes.

> Bajo este mismo, contexto el Ministerio de Trabajo, expidió la Resolución 2021, donde da claridad en relación con “la figura de la tercerización, subcontratación u “outsourcing”, estableciendo que la misma se encuentra encaminada a que mediante una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, a que requiere se le suministre bienes y /o servicios contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia, situación igualmente establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 34, el cual no solo establece lo señalado sino que presenta la figura de la solidaridad como garantía de los derechos de los trabajadores”.

Lo que permite establecer que la tercerización se encuentra lejos del concepto de intermediación, porque como lo plantea el marco jurídico, esta última debe entenderse como “el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades, y enmarcada en las disposiciones del 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 hoy incorporado en el decreto único reglamentario número 1072 de 2015, lo que permite establecer que dicha esta actividad no está permitida a ninguna persona natural o jurídica que no esté debidamente acreditada como Empresas de Servicios Temporales a través de una autorización otorgada por este Ministerio y solo de adelantar en los casos que la Ley así lo haya autorizado”.

De esta manera, es importante precisar que:

De acuerdo con los lineamientos jurídicos establecidos en la última década y las precisiones de las Altas Cortes, ya no puede existir confusión en las figuras de tercerización e intermediación, porque se ha dado claridad en relación con sus límites y alcances.

En relación con la problemática propuesta, la actividad laboral en Colombia ha perdido el fundamento de la estabilidad contractual siendo desplazado por modelos como la tercerización, la intermediación y el outsourcing, que se rigen bajo normas ausentes de garantías laborales, al desconocerse el vínculo contractual laboral. El auge de las Cooperativas de Trabajo Asociado, la contratación a término fijo y los trabajadores en misión o temporales, se debe al debilitamiento de la figura contractual tradicional convirtiéndose en un estrategia obligatoria de parte del Estado y los empleadores.

Como consecuencia, es importante precisar que con el auge de las cooperativas de trabajo y las empresas de servicios temporales, es más evidente la deslaboralización del trabajo y su forma de contratación, toda vez que para el Estado la protección laboral se constituye como un costo adicional y perjudicial en la producción de bienes y servicios, desnaturalizando las condiciones dignas de trabajo y estableciendo una primacía de las necesidades y competencias del mercado global generando al debilitamiento del empleo de buena calidad por parte del gobierno y empresarios.

Es innegable que los fenómenos de tercerización han llegado al derecho laboral removiendo las relaciones existentes, han modificado la manera de contratar la mano de obra, han flexibilizado las rigideces del típico contrato de trabajo, afectan la estabilidad del trabajador, modifican su jornada, atan el salario a la productividad aunque no dependa de ellos el mayor o menor nivel productivo, se introduce el salario integral, se recompone el

salario excluyendo componentes de la remuneración como factor salarial, se eliminan beneficios prestacionales, reducen las indemnizaciones por despido y la sustituyen por auxilio de desempleo, llegan a desnaturalizar por completo la relación de trabajo al ofrecer autonomía bajo el velo de nuevas formas de contratación atípica; en fin se violentan los elementos esenciales del contrato de trabajo, principalmente el de la subordinación, lo que podríamos llamar impacto de la tercerización sobre la estructura de la relación laboral.

Conclusiones

En Colombia se han generado un sinnúmero de cambios en materia laboral, siempre en busca de armonizar la protección constitucional que demanda el Estado Social de Derecho promulgado mediante la Carta Política de 1991, e incluso previo a la misma, ya en el ordenamiento jurídico se reconocía la estabilidad laboral reforzada y otros principios de protección a los derechos adquiridos por los trabajadores.

Sin embargo, la dinámica de la economía, obligo a que se comenzaran a introducir en Colombia, algunas figuras en materia laboral como la tercerización, la intermediación y el outsourcing, y de las cuales aún existen vacíos normativos sobre la materia, pues de manera reciente el Consejo de Estado derogo las disposiciones que existían en materia de vigilancia y control de la tercerización.

Respecto a las otras dos modalidades, también se configuran de manera habitual en el sector público, desplazando de manera constante la materialización del principio de estabilidad laboral, y a su vez configurando un escenario de vulneración a los derechos establecidos como garantes en el Estado Social de Derecho, y sumado a lo anterior violándose otras disposiciones de tipo normativo, puesto que en el sector público, se tienen ciertas limitaciones en dicha materia.

En conclusión, es posible afirmar que el escenario al que puede llevar toda política encaminada a la mejora productiva de la economía, en detrimento de las condiciones esenciales de subsistencia y vida digna que le son inherentes a la persona trabajadora, es el fundamento central de toda reivindicación asociada al derecho de los trabajadores, tal y como lo ha planteado la Corte Constitucional. Bajo el precepto de dignidad que se le asigna a toda persona, se ha extendido esta prerrogativa al ámbito del derecho al trabajo digno, cuyas

condiciones implican la estabilidad laboral de las personas o, de otra manera, la reducción al máximo de las contingencias asociadas a la incertidumbre e inseguridad del trabajador para permanecer en su cargo.

A través de la figura que le apuesta a la flexibilidad del empleador para contratar y se evidenció que, si bien en la actualidad sale avante la protección de los derechos inalienables de los trabajadores en el sentido de su estabilidad laboral, no sucede lo mismo con la calidad del empleo. Por lo anterior, y en reconocimiento de la facilidad que brinda la figura de la intermediación laboral para la contratación de personal, se plantea que esta no sea en Colombia extinta de los modelos de contratación de personal en la legislación colombiana, empero, y ante el eventual detrimento de la estabilidad del empleo del trabajador o la dignidad que subyace al desarrollo de la actividad laboral, se podría plantear el uso restringido de la misma, sea porque así lo defina la normatividad o porque exista un comportamiento ético por parte del empleador para hacer uso excepcional de esta.

Referencias

Calle, H. M., & Vieco, G. (2017). *TERCERIZACIÓN LABORAL EN COLOMBIA. UNA FIGURA PROBLEMÁTICA EN SU ÁMBITO DE APLICACIÓN DEBIDO A LA NORMATIVIDAD VIGENTE*. UNIVERSIDAD EAFIT, Medellín. Recuperado el 02 de Junio de 2020, de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12174/CalleHernandez_MariaAlejandra_ViecoGiraldo_Juanita_2017.pdf?sequence=2

CASTAÑEDA, E. E. (2016). *LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN COLOMBIA.* UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA. Recuperado el 08 de Mayo de 2020, de https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14489/Casta%C3%B1edaEspinosaJohannaElizabeth2016.pdf?sequence=1

Consejo de Estado, Sentencia 00485 de 2017. Recuperado el 12 de Septiembre de 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85941

Consejo de Estado, Sentencia 2016-00485/2218-2016 de julio 6 de 2017 (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez). Recuperado el 13 de Junio de 2020, de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_983aebf0c4214aa9bc4dcdf145eb5ad0

Consejo de Estado, Sentencia Exp. 1482-2011 de 2018 (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter). Recuperado el 12 de Septiembre de 2020, de

http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_882d72d79ae149dfb264baaea6028b8b

Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente). Recuperado el 5 de Septiembre de 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153

Corte Constitucional, Sentencia T-962 de 2008, Referencia: expediente T-2418271 (M.P.Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA). Recuperado el 4 de Septiembre de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-962-09.htm

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-614 de 2009, Referencia: expediente D-7615 (M.P. Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB). Recuperado el 12 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm

Corte Constitucional, Sentencia C - 606 de 2012 (M.P. ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO). Recuperado el 05 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-606-12.htm

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 049 de 2017, Referencia: expediente T-4632398 (M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA). Recuperado el 01 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU049-17.htm

Corte Constitucional, Sentencia SU-049 de 2017 (M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA). Recuperado el 23 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU049-17.htm

Corte Constitucional, Sentencia SU-049 de 2017, Referencia: expediente T-4632398 (M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA). Recuperado el 02 de Septiembre de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU049-17.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-198, 2006 (M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA). Recuperado el 16 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-198-06.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-320 de 2016 (M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS). Recuperado el 22 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/T-320-16.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-351/15, Referencia: Expediente T-3.010.397 (M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO). Recuperado el 03 de Septiembre de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-351-15.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-427 de 1992 (M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ). Recuperado el 12 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-427-92.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-441 de 1993 (M.P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO). Recuperado el 15 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-441-93.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-449/08 (M.P.Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.). Recuperado el 03 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-449-08.htm#:~:text=T%2D449%2D08%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Esta%20Corte%20en%20diferentes%20pronunciamientos,o%20de%20un%20da%C3%B1o%20consumado.

Corte Constitucional, Sentencia T-936 de 2009 (M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO). Recuperado el 15 de Junio de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-936-09.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2015, Referencia: Expedientes T-3919246, T-3921904 T-3925289 y T-3928410 (M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA). Recuperado el 2 de Septiembre de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-405-15.htm

Corte Constitucional., Sentencia T-780 de 2008 (MAGISTRADO PONENTE: DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA.). Recuperado el 28 de Junio de 2020, de https://www.arlsura.com/index.php/jurisprudencias/1225-sentencia-t-780-de-2008#:~:text=ASESOR%20VIRTUAL-,Sentencia%20T%2D780%20de%202008,de%20Trabajo%20Asociado%20(CTA).

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 10 de agosto de 1994, Rad. 6494 (M. P.: ERNESTO JIMÉNEZ DÍAZ). Recuperado el 05 de Junio de 2020, de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920415039f034e0430a010151f034

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 22 de abril de 2004, Rad. 21074 (M. P.: CARLOS ISAAC NADER). Recuperado el 03 de Junio de 2020, de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_75992041f518f034e0430a010151f034

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL467-2019, Radicación n.° 71281 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo). Recuperado el 03 de Junio de 2020, de https://www.laboraldia.com/2019/03/sala-laboral-define-cuando-es-ilegal-la.html

Decreto 0721 de 2013, Por medio del cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 7° de la Ley 21 de 1982 y se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al Sistema de Compensación Familiar. (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA). Recuperado el 2 de Agosto de 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=52630

Decreto 0722 del 2013, Por el cual se reglamenta la prestación del Servicio Público de Empleo, se conforma la red de operadores del Servicio Público de Empleo y se reglamenta la actividad de intermediación laboral. (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA). Recuperado el 3 de Agosto de 2020, de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0722_2013.htm

Decreto 2025 de 2011, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA). Recuperado el 3 de Septiembre de 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43032

Decreto 2616 de 2013, Por medio del cual se regula la cotización a seguridad social para trabajadores dependientes que laboran por períodos inferiores a un mes, se desarrolla el mecanismo financiero y operativo de que trata el artículo 172 de la Ley 1450 de 2011 (MINISTERIO DEL TRABAJO). Recuperado el 03 de Agosto de 2020, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2616_2013.htm

Decreto 2663 de 1950, CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Recuperado el 09 de Mayo de 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=33104

Decreto 3115 de 1997, por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de intermediación laboral. (Presidente de la República de Colombia). Recuperado el 12 de Septiembre de 2020, de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1514532

Decreto 583 de 2016. Recuperado el 2 de Septiembre de 2020, de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30020300

Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo, FEDESARROLLO. (2017). *Informe Mensual del Mercado Laboral.* Recuperado el 01 de Mayo de 2020, de

https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3374/IML_Marzo_2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Jaramillo, Q. J., & Santana, A. S. (2019). *Estabilidad laboral reforzada, como una manifestación del ordenamiento jurídico colombiano, para garantizar el derecho humano al trabajo, en personas en estado de vulnerabilidad manifiesta.* Universidad Cooperativa de Colombia. Recuperado el 01 de Junio de 2020, de https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/11074/1/2019_estabilidad_laboral_reforzada.pdf

Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. (CONGRESO DE LA REPÚBLICA). Recuperado el 10 de Agosto de 2020, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html

Ley 50 de 1990, “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.” (CONGRESO DE COLOMBIA). Recuperado el 02 de Septiembre de 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=281

Ley 79 de 1988, "Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa". (Congreso de Colombia). Recuperado el 2 de Septiembre de 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9211

Martínez, C. E. (2008). *Tesis de grado: La Naturaleza Jurídica del Outsourcing.* . Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. .

Mestre, B. A. (2013). *NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE OUTSOURCING.* CORPORACIÓN UNIVERSIDAD RAFAEL NÚÑEZ. Recuperado el 2 de Septiembre de 2020, de file:///C:/Users/YERLI/Downloads/silo.tips_naturaleza-juridica-del-contrato-de-outsourcing-ayda-luz-mestre-baron-trabajo-de-grado-para-obtener-titulo-de-abogada.pdf

Molina, O. O., & Ospitia, M. Y. (2011). *Tercerización estratégica en los de procesos TI.* Recuperado el 01 de Julio de 2020, de https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/67976/5/tercerizacion_estrategica_procesos.pdf.txt

Obregón, S. T. (2012). *Informes Laborales No 248.*

Organización Internacional del trabajo. (1997). *Informe VI (1) Trabajo en Régimen de Subcontratación, CIT 85.* Recuperado el 02 de Septiembre de 2020, de https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2b.htm

Ponce, D. A. (2013). *La tercerización Laboral.* Universidad Empresarial Siglo 21. Recuperado el 14 de Junio de 2020, de https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12077/Ponce%2C%20Daniel%20Alejandro.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Porras, R. C. (2017). Tercerización laboral. *Revista Dinero*. Recuperado el 2020, de https://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/tercerizacion-laboral-por-carolina-porras-ramirez/246569

Román, S. Y., Castaño, Q. J., & Villamizar, T. N. (s.f.). *POSTULADOS DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN COLOMBIA.* Recuperado el 02 de Junio de 2020, de file:///C:/Users//Downloads/168-541-1-PB.pdf

Solano, B. E. (2019). *Estabilidad ocupacional reforzada en Colombia: Una mirada crítica desde la jurisprudencia.* Recuperado el 01 de Junio de 2020, de https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/2480/2273