ARTÍCULO "LA SOLIDARIDAD LABORAL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN COLOMBIA: DE LO LEGAL A LA REALIDAD"

PROYECTO DE GRADO

INGRID AFANADOR CASTRO
LUZ ADRIANA LIBREROS ARANA

Asesor Investigación
Dr. MAURICIO LENIS

UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL PARA NO ABOGADOS
SANTIAGO DE CALI
2012

Contenido

1. INTRODUCCIÓN 3
2. ANTECEDENTES 4
3. SOLIDARIDAD LABORAL CON CONTRATISTAS INDEPENDIENTES 6
4. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA 10
5. CONCLUSIONES 14
6. BIBLIOGRAFÍA 16

“LA SOLIDARIDAD LABORAL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN COLOMBIA: DE LO LEGAL A LA REALIDAD”

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se relacionará el concepto de Solidaridad Laboral en la Contratación Externa. Todos los argumentos presentados son basados principalmente en el Capítulo III del Código Sustantivo del Trabajo (Representantes del Empleador y Solidaridad), el Principio de la Realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales[1] y Jurisprudencia relacionada. Lo anterior, con el fin de visualizar el panorama actual de la contratación, la cual puede disfrazarse mediante una intermediación laboral, con consecuencias jurídicas, que tiene como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo.

En materia laboral, la solidaridad implica una relación de responsabilidad compartida, de obligación conjunta. El sentido de la figura es propender por la protección de la parte débil de dicha relación, y es a partir de éste objetivo como la legislación ha entrado a regular las distintas modalidades de contratación y sus implicaciones a nivel jurídico, social y económico.

Dentro de una persona jurídica, se entiende que sus socios son solidarios cuando todos son individualmente responsables por la totalidad de las obligaciones.[2]

El derecho del trabajo ha sufrido cambios de importancia a partir de la influencia de la flexibilización laboral. Esto provocó modificaciones en las modalidades contractuales entre los trabajadores y los empleadores, originando la aparición de nuevas figuras en el derecho laboral como el fraude y la simulación.

Tanto el fraude como la simulación son consideradas "conductas antijurídicas" que persiguen como objetivo esencial tener un resultado similar al previsto por la ley. El fraude se caracteriza por ser un vicio de los actos jurídicos y quien lo ejecuta lo realiza con la mera intención de causar un daño o perjuicio a otro o a terceros, persiguiendo como objetivo eludir lo verdadero.

La simulación es otra conducta antijurídica que tiene por función realizar un acto bajo la apariencia de otro, que en la realidad de los hechos no existe.

Ambas conductas reflejan una mera intencionalidad de parte de quienes quieren reducir costos económicos y sociales, pero en el largo plazo se ven perjudicados

---

[1] Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

[2] Arteaga, Carmen. “La Solidaridad: Un gran Valor que no se debe Perder”. 2009. Disponible en la página web: http://corpcomunicacion.blogia.com/

por las futuras acciones legales que pueden realizar los trabajadores cuando se advierten irregularidades en los contratos laborales.

La finalidad de la figura de la solidaridad en general, es la de facilitar el cobro del acreedor, figura de total actualidad en tiempo de incumplimientos constantes, dificultades económicas, fraude y simulación, lo que resulta aún más complejo cuando se trata de incumplimientos de carácter laboral, relacionados con derechos fundamentales tales como: ingreso mínimo vital y móvil, vida, seguridad social y el más importante de todos: el principio-derecho de la dignidad humana.

Para puntualizar en éste trabajo, el término solidaridad hará referencia a dos líneas básicas: una centrada en la solidaridad que se desliga de la esencia misma de la legislación y las implicaciones según los contratos existentes, y la otra desde el fraude laboral, en donde el empleador o contratista disfraza las condiciones para ocultar el verdadero vínculo laboral y evadir sus responsabilidades. Estas líneas se ven plasmadas en los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Constitucional y la legislación colombiana.

La intermediación de mano de obra es un tema tradicional en el Derecho del Trabajo, ya que se conecta íntimamente, en principio, con el recurrente asunto del fraude laboral. En ese rango de ideas se colocan, además la generación de figuras no laborales, precarias o simuladas. A estas formas de eliminar, oscurecer, enrarecer la responsabilidad y la identificación misma del empleador, se agregan los llamados fraudes societarios.

Es preocupante observar que algunos de los usuarios de la figura de la intermediación laboral, en especial de las empresas de servicios temporales, se han valido de este medio para simular la existencia de verdaderos contratos de trabajo indefinidos en el tiempo. La legislación y la jurisprudencia han dedicado esfuerzos para evitar que la figura de la intermediación laboral sea empleada para cometer actos irregulares.

2. ANTECEDENTES

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

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

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

Las transformaciones productivas de las últimas dos décadas han agregado nuevos motivos de preocupación. El tratamiento prioritario en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo (París, 2006)[3] del tema de la descentralización productivas y la pérdida o deformaciones de la protección laboral, revelan la universalidad de la cuestión. La fragmentación, externalización, diversificación y deslocalización productivas o la generación de redes societarias, diluyen la identificación misma del sujeto empleador que parece haber quedado nublada por la diversidad de apariencias que adquiere el fenómeno.

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

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

En términos laborales en Colombia, la solidaridad es un tema de gran importancia, ya que aún en el caso de que la contratación externa se haga de manera clara y sin vicios en el consentimiento, y que la naturaleza de la prestación se haga de tal

[3] Congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad social: Paris, Septiembre 2006. Revista Gaceta Laboral › Vol. 12 Nbr. 3, Septiembre 2006

forma que no se configure una relación laboral, el empresario puede llegar a tener que pagar salarios y prestaciones de los empleados de sus contratistas.

Aunque la regla general es que los contratistas independientes respecto de sus empleados son verdaderos patronos y asumen en su totalidad los salarios y prestaciones sociales, la ley prevé ciertos eventos en los cuales el contratante puede llegar a ser solidariamente responsable con los costos laborales de los empleados del contratista que no han sido satisfechas[4].

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

"...La responsabilidad solidaria se predica legalmente cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada sea inherente o también conexa, con la actividad ordinaria del beneficiario. El Código Sustantivo del Trabajo en Colombia, al referirse a "labores extrañas a las actividades normales, de la empresa o negocio", para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario".[5]

3. SOLIDARIDAD LABORAL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERMEDIACIÓN

Disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones de la seguridad social. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta. Una relación de trabajo encubierta también puede servir para ocultar la identidad del empleador, cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debiera asumir ante su personal.

El encubrimiento más radical consiste en hacer aparecer una relación de trabajo con el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, sea civil, comercial, cooperativa, de base familiar o cualquier otra. Algunos de los arreglos contractuales de uso más frecuente para disfrazar la relación de trabajo incluyen una amplia variedad de contratos civiles y comerciales que hacen creer que se está realizando un trabajo en forma independiente.

---

[4] Prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo.
[5] REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Laboral, Sent. Mayo 25 de 1968.

El encubrimiento puede versar no ya sobre la naturaleza jurídica de la relación, sino sobre la modalidad utilizada para establecerla. No desaparece la relación de trabajo, pero deforma su naturaleza la forma que se le da. El contrato será entonces manipulado de modo que prive a los trabajadores dependientes de ciertos derechos y prestaciones. A los fines del presente informe, este género de manipulación se presta a la creación de otro tipo de relación de trabajo encubierta cuyo resultado es la privación de protección. Es lo que sucede cuando el contrato de trabajo es aparentemente convenido por un período determinado, o para realizar una tarea precisa, pero luego es renovado repetidas veces, en forma sucesiva o no. A raíz de esto, el trabajador no puede beneficiarse de ciertas ventajas previstas por la ley de trabajo o el contrato colectivo.

La tendencia reciente a sustituir el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza con miras a evadir la protección que dispensa el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)[6], fue señalada en 1995 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

El contratista independiente es aquel que contratado por un precio determinado, ejecuta una obra o presta un servicio asumiendo todos los riesgos del objeto del contrato, realizando la obra o servicio con sus propios medios, libertad y autonomía técnica y directiva. Generalmente, éste contrata para la ejecución de la obra o servicio, personal que colabore en su realización, a quienes puede vincular mediante contrato laboral, caso en el cual se convierte en el verdadero empleador y directo responsable de las obligaciones laborales para con sus trabajadores; pero también podría vincularlos mediante contratos de prestación de servicios, caso en el cual estará obligado al pago de la remuneración estipulada y a la realización de los aportes de la seguridad social que de forma voluntaria el trabajador independiente haya comunicado al contratante en materia de Riesgos Profesionales.

Como beneficiario de la obra se definen aquellas personas naturales o jurídicas en cuyo beneficio se ejecuta la obra o se presta el servicio por parte del contratista independiente. Es el llamado a responder solidariamente con el contratista por el valor resultante del incumplimiento de este último en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a sus trabajadores, siempre y cuando se den los supuestos establecidos legalmente, tales como la existencia de dos relaciones jurídicas, una de carácter civil o comercial entre el beneficiario y el contratista, y otra laboral entre este último y sus colaboradores.

Así mismo, es necesario que el que interpone acción laboral de solidaridad, logre probar que la obra y/o el servicio contratado guarda relación con actividades

[6] Véase OIT: Protección contra el despido injustificado, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995, párrafo 56.

normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra. Dicho requisito se configura como la relación de causalidad entre el contrato de obra y el laboral.[7]

Se debe fijar y establecer qué hace un trabajador que ha sido vinculado a una obra determinada, cuando el contratista encargado de su ejecución, se declara insolvente o no paga los salarios y prestaciones correspondientes.

La ley laboral previendo tal acto, que perjudica al trabajador, extremo débil de la relación contractual, ha establecido una responsabilidad solidaria entre el dueño de la obra y el contratista que la ejecuta, a fin de hacer valer siempre los derechos del trabajador e impedir la violación de los mismos.

En principio quien ejecuta una obra o contrata la prestación de un servicio a favor de un tercero, bajo su responsabilidad, con la dirección técnica de la misma y por precio único, es un verdadero empleador y por ende asume el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores que vincula o contrata.

Esta figura presenta a diferencia del simple intermediario, la siguientes características que le son propias: se trate de una obra contratada a precio determinado, el contratista asume todos los riesgos en la ejecución de la misma y debe tener plena libertad para designar y vincular otros trabajadores o empleados, así mismo tiene plena autonomía en la ejecución de la obra tanto en los aspectos técnicos, como en los administrativos que le son propios y por último, el contratista debe realizar y ejecutar la obra con sus propios medios y elementos, tal como lo dispone el artículo 34 del código sustantivo del trabajo.

Faltando uno o varios de los elementos enunciados no aparece la figura del contratista independiente para efectos laborales y por ende dicho contratista no será empleador y no tendrá responsabilidad laboral alguna.
La importancia radica en hacer responsable en materia laboral, no solo al contratista sino también al beneficiario de la obra, tal como lo dispone el citado artículo 34, al disponer que el beneficiario de la obra o del servicio así contratado, es responsable solidario por el pago de los salarios y prestaciones sociales de los empleados del contratista independiente, salvo que se trate de actividades o labores extrañas a las que generalmente realiza o que no son normales en su empresa.

La solidaridad implica que tanto el empleador como el contratista son responsables directos de los salarios y prestaciones debidos a los trabajadores y por ende, el trabajador podrá demandar a los dos, o indistintamente a uno de ellos, para obtener el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

---

[7] Rojas Chávez, Armando. “La Intermediación Laboral”. Revista De Derecho, Universidad Del Norte, 22: 167-210,2004

Tanto el ordenamiento jurídico, como la práctica comercial han permitido a las empresas la contratación de parte de su actividad productiva con terceras personas. Ésta llamada “descentralización de la unidad productiva”, por la cual una empresa decide por razones diversas no realizar directamente ciertas actividades, y opta por desplazar a otras personas naturales o jurídicas tales tareas, se hace posible mediante la celebración de ciertos contratos de tipo comercial o civil. Sin embargo, pueden presentarse problemas con la contratación externa de las empresas, toda vez que es posible que los derechos económicos de los trabajadores corran peligro, al intervenir terceras personas en la actividad empresarial.

Por esta razón, si bien es posible tal contratación, también el ordenamiento jurídico establece las garantías necesarias para defender esos derechos que puedan verse alterados (pagos de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, seguridad en términos de prácticas de salud ocupacional, disminución de riesgos laborales, etc). En base a esto, existe en el ordenamiento jurídico colombiano la figura de la responsabilidad solidaria del contratista independiente y el beneficiario de la obra, por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores del primero y eventualmente los subcontratistas del contratante; esto se enmarca dentro de las normas laborales cuyos principios se fundamentan en la protección del trabajador como parte débil de la relación laboral; adicionalmente cabe mencionar que dicha protección se extiende a los trabajadores independientes.[8]

Otro aspecto importante, por cuanto se debe fijar y establecer qué hace un trabajador que ha sido vinculado a una obra determinada, cuando el contratista encargado de su ejecución se declara insolvente o no paga los salarios y prestaciones correspondientes. La ley laboral, previendo tal acto que perjudica al trabajador, extremo débil de la relación contractual, ha establecido una responsabilidad solidaria entre el dueño de la obra y el contratista que la ejecuta, a fin de hacer valer siempre los derechos del trabajador e impedir la violación de los mismos.

En principio quien ejecuta una obra o contrata la prestación de un servicio a favor de un tercero, bajo su responsabilidad, con la dirección técnica de la misma y por precio único, es un verdadero empleador, y por ende asume el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores que vincula o contrata.

La legislación laboral encomienda en manos de la empresa de servicios temporales, de las agencias de empleo y del simple intermediario, el ejercicio de la actividad de intermediación laboral. Estas entidades tienen como objeto ofrecer a los demandantes de mano de obra, el personal requerido para satisfacer sus necesidades de trabajo calificado, ofreciendo personal temporal o permanente,

[8] Artículo 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

sea que los demandantes de mano de obra asuman la calidad de empleador del personal suministrado o no lo adquiera, siendo el agente intermediador el auténtico empleador. Es necesario conocer la responsabilidad que en el ámbito del contrato de trabajo tienen los partícipes de la intermediación laboral.

El poder fiscalizador del Estado llega al campo de la intermediación laboral; en algunos eventos, el ejercicio de dicha actividad sin autorización conlleva a sanciones de carácter económico y legal; esa actividad fiscalizadora se justifica por la prevalencia de los derechos laborales a favor del personal de la empresa contratada.

4. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Constitución Política de 1991, el trabajo es un derecho que requiere especial protección del Estado; de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público; según la Ley 50 de 1990, artículos 95 y siguientes, corresponde al Gobierno Nacional expedir los reglamentos que rijan la actividad de intermediación laboral; y en virtud del Decreto 2145 de 1992 corresponde a la Subdirección Técnica de Servicios y Gestión de Empleo, proponer y recomendar políticas y normas que rijan la intermediación de empleo.

La normatividad vigente se debía actualizar con el fin de regular, coordinar y vigilar la actividad de intermediación de empleo, y por tanto el gobierno mediante el Decreto 3115/97 definió lo siguiente: “Intermediación Laboral: 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 en disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de mano de obra, el requerimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacantes sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas.”

El decreto anterior fue legislado para regular la intermediación laboral con las Agencias de empleo; vendría entonces la Ley 1429/10 Art. 63, y el Decreto 2025 de 2011, que reglamentaria la contratación con las CTA.

Teniendo claras las anteriores reglamentaciones, se debe hacer énfasis en la normatividad que rige la relación con los contratistas independientes. Para tal efecto se empieza por decir que el Decreto 2351 de 1965 los define de la siguiente manera “ARTICULO 3o. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de

una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.[9]

Pero la regulación no es absoluta pues dichas reglamentaciones, como es apenas obvio, pueden llevar a desconocer los derechos de las personas en general y de los trabajadores en forma especial, contrariando los principios y valores constitucionales.

En consecuencia, como algunas de esas regulaciones podrían infringir la Constitución y las leyes, corresponderá a las autoridades competentes analizar en cada caso particular y concreto si éstas se ajustan a sus preceptos y, en especial, si respetan o no los derechos fundamentales del trabajador.

La Corte Constitucional en sentencia T- 026 de 2001, señaló: .(.) El artículo 53 de la Constitución señala como postulado insustituible en el Estatuto del Trabajo que debe expedir el legislador, el de la "primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales", cuyo alcance ha sido definido por la jurisprudencia: .La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). "La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato".

[9] Ley 80 de 1993; Art 492 CST; Decreto 1128 de 1999; Ley 1429 de 2010

Los contratistas independientes, que contraten una obra o labor con una empresa, y a la vez contraten empleados para desarrollar el objeto contratado, son verdaderos empleadores y por tanto debe asumir todas las responsabilidades laborales propias de un empleador, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 34 del código sustantivo del trabajo.

En efecto, contempla el artículo 34 del código sustantivo del trabajo:

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Uno de los requisitos esenciales, es quizás el hecho que el contratista debe ejecutar sus labores con sus propios medios, sin utilizar los de la empresa contratante. Quiere decir esto que si el contratista hace uso de medios de producción, herramientas, o recursos del contratante, no se podrá considerar como un empleador, sino que se convertirá en un simple intermediario, según como lo establece el artículo 35 del código sustantivo del trabajo, en lo relacionado al Simple Intermediario.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes sentencias, siendo reiterativo en la prohibición de la intermediación laboral como herramienta para disfrazar una verdadera relación laboral; constituye de esta forma la medida para la protección de esta, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación.

La intermediación laboral es una modalidad de trabajo, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función en las relaciones contractuales, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes debe realizarse con el personal de planta.

En diversas oportunidades la Corte Constitucional ha manifestado que el trabajo goza de amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

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 o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas, 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.

En razón de las diferencias en las modalidades de los contratos laborales, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, debe aplicarse el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado. En éste caso, es importante demostrar que existe una verdadera relación de trabajo, independientemente de la causa que la origine o el modo de contratación usado.

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la Intermediación. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los trabajadores vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la intermediación; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la intermediación; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de

prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.[10]

5. CONCLUSIONES

- ✓ Podemos reconocer tres aspectos de suma importancia en la finalidad de las normas laborales, a saber: la justicia en las relaciones empleador-empleado; la coordinación económica y el equilibrio social, aspectos que han de conjugarse en forma armónica, teniendo en cuenta las condiciones de cada empleador y empleado, el desarrollo de la economía del país y la forma de contratar sin abusar de la parte más débil en la relación laboral, que siempre será el empleado.
- ✓ La responsabilidad solidaria constituye la herramienta que la legislación pone a disposición del trabajador para asegurar sus derechos y en ciertas ocasiones se reconoce su eficacia y amplitud. Pero cuando la dinámica productiva, la debilitación de riesgos empresariales o el simple fraude, desmenuzan la bilateral de contrato de trabajo, el remedio de la solidaridad es insuficiente si el trabajador debe atravesar capas de responsabilidad para encontrar –muchas veces tardíamente-- la respuesta a la pérdida del empleo o de sus derechos adquiridos.
- ✓ La naturaleza administrativa y económica del outsourcing lleva a la conclusión de que se debe implantar sólo cuando un estudio administrativo, técnico y financiero de la empresa determine su necesidad y efectividad y no por la simple y ligera observación de la aparente reducción de costos laborales. No puede admitirse que esta tendencia se convierta en una herramienta para el abuso de la posición del empresario frente a la del trabajador dependiente, quien en la nueva relación estaría en una gran desventaja, con la sola protección de un nuevo contrato civil.
- ✓ La intermediación laboral, como medio de generación de empleo temporal, se ha consolidado como una de las formas de contratación más apetecida por parte del sector empresarial. El traslado de la responsabilidad laboral en cabeza del agente intermediador, la inmediatez en la obtención del personal calificado, entre otras razones, han sido las causas que han motivado su utilización.
- ✓ Tal como lo ha esbozado la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral en sentencia del 29 de abril de 1986: “el simple intermediario, según el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, interviene en el acto de contratación de personal, pero no lo hace para sí, no percibe un beneficio proveniente de los servicios que presta el trabajador que ha enganchado, no imparte órdenes ni instrucciones al mismo, no es receptor directo de los

[10] Sentencia C-614 de 2009; Sentencia C- 901 de 2011; Sentencia del 25 de Mayo de 1968

servicios personales del empleado y no es el responsable directo de la remuneración salarial correspondiente, llegando a serlo sólo a través de la figura de la solidaridad bajo condiciones especiales y por no anunciar su condición de intermediario en el momento del enganche. El intermediario vincula personal para un tercero y este último es quien recibe los servicios, ejerce activamente la subordinación y paga la retribución".

- ✓ El gran desafío ante el cual se encuentra el derecho laboral es la necesidad de reorganizar sus instrumentos de protección y tutela sin desconocer los cambios de la realidad social, económica y administrativa, y de alguna manera proteger a los prestadores de trabajo jurídicamente autónomos, pero cuya situación económica es similar a la de un trabajador subordinado. En este evento el abandono de este grupo de personas a la sola protección civil resulta insuficiente, y el derecho deberá entrar a proteger al trabajo, independientemente de que sea subordinado o no, por el hecho de que él implique para la persona una dependencia económica.
- ✓ El riesgo de la solidaridad prevista por la ley, para el pago por parte del beneficiario de la obra de las obligaciones laborales incumplidas por el contratista, puede ser trasladado a una compañía de seguros mediante la exigencia de la suscripción de una póliza de cumplimiento por parte del contratista. Debe tenerse en cuenta que la ley solo exceptúa la solidaridad en el caso de que la obra o labor contratada sea extraña al objeto de la empresa. La jurisprudencia agrega que son labores propias de la empresa aquellas relacionadas o conexas con su objeto; las inherentes al mismo y que han sido habitualmente realizadas por ella. Una salida a las empresas que deciden en aras a una mayor especialización y efectividad acudir al outsourcing, es la de hacer un cambio en su objeto social, para que la actividad a contratar no se defina posteriormente como parte de objeto principal.

6. BIBLIOGRAFÍA

1) Arteaga, Carmen. “La Solidaridad: Un gran Valor que no se debe Perder”. 2009. Disponible en la página web: http://corpcomunicacion.blogia.com/
2) Artículo 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo.
3) Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.
4) Bernal, Mariana. “El Solidarismo Contractual – Especial referencia al derecho Francés”. 2007.
5) Cardozo Cuenca, Hernán. “Gestión Empresarial del Sector Solidario”. ECOE Ediciones. ISBN: 9789586484893. Colombia. 2007.
6) Congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad social: Paris, Septiembre 2006. Revista Gaceta Laboral › Vol. 12 Nbr. 3, Septiembre 2006
7) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Laboral Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader. Acta Nº 14 Radicación Nº 25717, Bogotá, D.C., Veintidós (22) de Febrero del dos mil seis (2006)
8) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Laboral Proceso 0073 Sentencia de 29 de abril de 1986 Magistrado Ponente: Germán Valdez Sánchez
9) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Sentencia del 10 de noviembre de 1995. Radicación No. 7885. Magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara.
10) Demogue, René, Traité des obligations, T. III 1931, citado por M. Briot de la Crochais L’abus dans les contrats http://blogs.univ-paris5.fr/briot/files/82/495/0_thabus+dissert+2006_ok.pdf
11) ISAZA CADAVID, Germán. Derecho laboral aplicado. Décima edición, editorial Leyer. Bogotá. 2007.
12) Ley 80 de 1993; Art 492 CST; Decreto 1128 de 1999; Ley 1429 de 2010
13) LIZARRALDE MONTOYA, Rubén Darío. El Outsourcing como un sistema de mejoramiento empresarial y de distribución de la propiedad y el ingreso. Santa Fe de Bogotá. 1999
14) MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL Y SUPERINTENDENCIA DE ECONOMIA SOLIDARIA. Circular Conjunta No. 067 del 27 de agosto de 2004.
15) RÉGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Legis Editores S.A., Bogotá Colombia. 2006.
16) REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Laboral, Sent. Mayo 25 de 1968.
17) Revista Clase Empresarial Número 14. Outsourcing. Santa Fe de Bogotá. s.n. 1994., p. 58 y 59.
18) Revista Derecho del Trabajo, Agosto de 2008. Ponencia oficial en el “II Encontro Internacional de Proffesores de Direito do Trabalho” y “II Semirário Internacional da AMATRA”, Campinas, Brasil, 14 y 15 de febrero de 2008.
19) Rojas Chávez, Armando. “La Intermediación Laboral”. Revista De Derecho, Universidad Del Norte, 22: 167-210,2004

20) VALDÉS SÁNCHEZ, Germán. Principios de derecho laboral. Artículo publicado en la revista Derecho Social número 36.Colegio de abogados del trabajo. Santa Fe de Bogotá. Diciembre de 1993.