

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 24

RESPONSABILIDAD LABORAL DE LA EMPRESA USUARIA DE LOS SERVICIOS DE OUTSOURCING

DAVID ARROYAVE CORREA
 Institución Universitaria de Envigado
 E-mail: arroyave_david@hotmail.es

ELIZABETH CARDONA VALENCIA
 Institución Universitaria de Envigado
 E-mail: dona-0917@hotmail.com

LUZ IDELBA GIRALDO FERNÁNDEZ
 Institución Universitaria de Envigado
 E-mail: idelbagiraldo@hotmail.com

2016

Resumen: El propósito del presente artículo consiste en determinar los alcances y limitaciones de la responsabilidad laboral de la compañía usuaria de servicios de outsourcing, respecto de los trabajadores tercerizados; para ello, se parte de la identificación de la relación jurídica que surge entre la empresa usuaria de servicios de una compañía Outsourcing y el trabajador tercerizado; de igual manera se conocen las obligaciones que surgen entre la compañía Outsourcing y el cliente; y a su vez, se lleva a cabo una comparación entre la empresa de servicios temporales (EST) y la empresa Outsourcing. El presente escrito se desarrolla desde un enfoque cualitativo, ya que corresponde al estudio de situaciones, fenómenos, casos, etc., que ponen en relación directa al derecho con su práctica social en comunidades, colectivos, instituciones; sistemas sociales, jurídicos, políticos, etc.

Palabras claves: *outsourcing, responsabilidad laboral, contratos, derecho laboral, empleador, trabajador, tercerización, BPO, prestación de servicios, solidaridad, empresa de servicios temporales (EST).*

Abstract: The purpose of this article is to determine the scope and limitations of the job responsibility of the user outsourcing services company, for outsourced workers; for this, it is part of the identification of the legal relationship that arises between the user enterprise services company Outsourcing and outsourced worker; likewise the obligations arising between the company and the customer Outsourcing known; and in turn, it carried out a comparison between the temporary service company (EST) and Outsourcing company. This letter is developed from a qualitative approach, since it corresponds to the study of situations, phenomena, cases, etc., which put in direct relation to their social practice law in communities, groups, institutions; social, legal, political, etc. systems

Keywords: *outsourcing, job responsibility, contracts, labor law, employer, worker, outsourcing, BPO, service, solidarity, temporary service company (EST).*

1. INTRODUCCIÓN

En el actual proceso globalizador y de internacionalización se han construido toda

una serie de figuras contractuales, frente a las cuales la legislación de los países de la región, y por ende Colombia, se han quedado cortas, lo cual ha llevado a que el comercio

siempre permanezca un paso adelante de la aparición de nuevas formas contractuales, siendo una de ellas el outsourcing, entendido éste como un método administrativo, que cada vez cobra más popularidad extendiéndose a toda la industria, y que consiste en “transferir la planeación, la administración y la operación de ciertas funciones a una tercera parte independiente” (Rothery y Robertson, 2006, p. 9).

Es en este contexto en el cual se inscribe el Outsourcing, el cual en Colombia se ha implementado a través de figuras como las Bolsas de Empleo, Empresas Temporales, Cooperativas de Trabajo Asociado, Contratos de Colaboración empresarial, Sociedades por Acciones Simplificadas, entre otras, las cuales se constituyen en formas de lo que significa la prestación de servicios como alternativa para atender las necesidades laborales de las empresas, las cuales hacen parte de un mercado globalizado.

Según Blanco (2009), uno de los conflictos que suscita esta forma de contratación, en virtud del Artículo 39 de la Constitución Política de Colombia, lo

constituye la precariedad y temporalidad de este vínculo laboral que impone algunas restricciones o limitaciones al libre ejercicio del derecho de sindicalización y a la negociación colectiva en Colombia.

En consecuencia, resulta imprescindible, llevar a cabo un estudio sobre el Outsourcing o Tercerización teniendo como base la normatividad comercial colombiana, así como los aspectos generales de las diferentes tipologías de outsourcing existentes.

Desde esta perspectiva, la presente propuesta investigativa apunta al desarrollo de un artículo de síntesis en el cual se aborde una de las figuras contractuales atípicas como lo es el outsourcing, el cual, debido a la falta de regulación del mismo resulta perentorio conocer alcances y limitaciones de la responsabilidad laboral de la compañía usuaria de servicios de outsourcing, respecto de los trabajadores tercerizados, más aún teniendo en cuenta que esta prestación personal del servicio es en favor de un tercero.

Para el abordaje del objeto de estudio en comento se parte de la identificación y análisis de la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia nacional e internacional, aplicando para ello como herramienta de análisis la hermenéutica jurídica.

2. OUTSOURCING O TERCERIZACIÓN

2.1 ETIMOLOGÍA Y RESEÑA HISTÓRICA DEL OUTSOURCING

De acuerdo con Peña (2012), la mejor forma de encontrar el significado de un anglicismo es traducir sus componentes; en el caso del outsourcing, las palabras out y source. Out quiere decir por fuera, exteriormente; source, procedencia, fuente. De esta manera outsourcing es aquello que procede de afuera.

El outsourcing encaja dentro de los fenómenos contractuales y económicos, que han dado origen a los contratos de colaboración empresarial, cuyo auge, se conoció en las dos últimas décadas del siglo XX, y en éste sigue en pleno desarrollo, dada la necesidad que tienen las empresas de concentrar su capacidad y optimizar el objeto social, delegando, otras operaciones a terceros, las cuales hacen más eficientes y menos costosas sus actividades (Peña, 2012, p. 448).

Este contrato se desarrolló alrededor de la década de los setenta como una especie de contrato de administración, conforme al cual se otorgaba la operación de ciertas instalaciones o la ejecución de labores menores en una compañía, como podría ser el departamento de procesamiento de datos o un comedor. A partir de la década de los ochenta, este contrato evolucionó aproximándose a un concepto de sociedad, hasta alcanzar el carácter de contrato asociativo en los noventa, donde el outsource se convirtió en verdadero aliado para el desarrollo de una actividad.

2.2. OBJETIVOS DEL OUTSOURCING

Entre los objetivos del Outsourcing o Tercerización, podemos establecer varios. Según Peña (2012), el Outsourcing denota el revertimiento de beneficios económicos a las empresas o compañías asociadas, gracias a su acción conjunta en el desarrollo de la producción.

El Outsourcing implica compartir todos los recursos, para apuntar a una finalidad: ceder a otra empresa actividades y lograr de

esta forma la concentración en una sola actividad o negocio, es decir, la empresa se puede concentrar en sus competencias internas.

La reducción, no sólo del factor gasto, sino también del tiempo, en la producción de actividades o prestación de servicios. Con esto se logrará reducir al máximo el desperdicio del tiempo, de los costos y mejorar a su vez la calidad de los servicios.

Contribuir a la creación de clústeres, es decir, de cadenas interrelacionadas de empresas en algún sector específico, de esta forma se le asignará mayor valor al producto o servicio.

2.3. RELACIÓN JURÍDICA QUE SURGE ENTRE LA EMPRESA USUARIA DE SERVICIOS DE UNA COMPAÑÍA OUTSOURCING Y EL TRABAJADOR TERCERIZADO

En la actualidad, las empresas, preocupadas por mejorar su producción, su rentabilidad y eficiencia, con la correlativa disminución de costos y gastos, encuentran en el outsourcing una buena opción,

entendida como la práctica o acción de transferir la planeación, administración u operación de ciertas funciones o actividades que antes realizaba la empresa, para que un tercero, independiente, llámese aliado, subcontratista o proveedor, las realice, permitiendo así que la empresa concentre su actividad en las funciones que le son más relevantes y especializadas.

Destaca Peña (2012) que esta práctica comercial nace al amparo y como desarrollo de los contratos comerciales, cuando el empresario decide trasladar a un tercero la acción de fabricar, comprar, administrar, operar, ciertas funciones, asesorar o proveer, para que éste sea quien en forma independiente realice la actividad propia del empresario, que puede ser ejecutada total o parcialmente.

En los últimos años ha venido adquiriendo fuerza la llamada subcontratación de servicios, Tercerización o simplemente Outsourcing, la cual busca agilizar y economizar los procesos productivos para el cumplimiento eficiente de los objetos sociales de las instituciones, a través de la

subcontratación con terceros de variados servicios, de modo que las empresas se centren, en lo que les es propio. A dicha realidad no han escapado las empresas en todo el mundo, donde se destaca, especialmente el crecimiento que ha tenido América Latina en los últimos años:

De acuerdo con Pérez y Aragón (1999), el Outsourcing se podría definir como:

(...) la acción de acudir a una agencia exterior para operar 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 (p. 91).

En este caso, el énfasis se hace en la relación comercial y lo que caracteriza la figura es el resultado final en productos, bienes o servicios de un tercero que actúa con tal autonomía y sus propios recursos humanos y técnicos, frente a un usuario.

La palabra Outsourcing traduce “fuera de la fuente” o “fuera del origen”, lo que apunta llevar a terceros, delegar en otros diferentes,

es así como Zabale (2001) define el concepto como “aquel por el cual una parte, generalmente una empresa, a la que llamaremos tercerizante, contrata con otra especializada a fin de que ésta realice ciertas tareas, recibiendo en contraprestación un canon” (p. 37).

De otra parte, Rodríguez y Villamizar (2000) sostienen que Outsourcing significa realmente encontrar nuevos proveedores y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes y servicios. Así mismo, significa utilizar el conocimiento, la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores a los que anteriormente no se recurría. Outsourcing se equipara con términos como “subcontratación, administración adelgazada, cofabricación, empresas de manufactura conjunta” (Rothery y Robertson, 2001, p. 4). Es contratar con terceros algunos procesos que anteriormente se hacían dentro de la empresa, para responder a las exigencias del mercado, en cuento a la especialización de servicios, a la eficiencia y flexibilización. Esta es justamente, la premisa en que se fundamenta el Outsourcing, una empresa no

siempre puede realizar en forma eficiente y segura todos los procesos necesarios para obtener sus productos o prestar servicios.

En este orden de ideas, el Outsourcing hace referencia a:

(...) cualquier situación en la cual una organización (cliente) contrata con otra firma (proveedor), la realización de ciertas funciones, de tal forma que el proveedor asuma la responsabilidad por los procesos que hacen parte de las funciones gestionadas mediante esta estrategia (Rodríguez y Villamizar, 2000, p. 12).

También es “la incorporación a la empresa de aquellas competencias que no ha escogido como centrales o nucleares mediante la colaboración con otra empresa” (Rodríguez y Villamizar, 2000, p. 12). Así, este sistema puede aplicarse a todo proceso o función de negocio que no sea estratégico para una empresa y que, consecuentemente, no debe ocupar tiempo de gestión por parte de la dirección.

Siendo entonces en todo caso diferente a la relación entre la empresa usuaria de servicios outsourcing y los empleados tercerizados, puesto que como explicamos

anteriormente, no existe una relación directa con los empleados, ya que el contrato se basa en un servicio general de la compañía y no en el desarrollo de una labor específica, por lo que la empresa usuaria no tiene un vínculo directo con los empleados tercerizados, así pues, no se ve obligada ante estos.

Esta distinción la podemos identificar plenamente en el mismo CST, en su artículo 34, en el que se habla de los contratistas independientes, describiendo entonces que estos son:

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.

De esta manera podemos identificar como nuestra legislación de una manera muy particular denominó a las compañías de Outsourcing, empleadores independientes, pues al comparar el objeto del contrato de Outsourcing, con lo que la legislación Colombiana, denomina Contratistas

Independientes, podemos concluir que es un tercero encargado de prestar un servicio de manera autónoma, ajena en, pero necesaria, en cuanto al objeto social.

3. OBLIGACIONES Y AFECTACIONES ENTRE LA COMPAÑÍA DE OUTSOURCING Y EL CLIENTE

3.1. AFECTACIÓN DE LAS GARANTÍAS LABORALES

A pesar de las diferentes ventajas que ofrece el outsourcing para las organizaciones empresariales y los empresarios en la actualidad, ésta sigue siendo una figura que afecta de manera ostensible las diferentes garantías laborales de los trabajadores de las empresas, en especial, si la tercerización es realizada por particulares que actúan bajo su propia personería jurídica o por pequeñas industrias que evaden el cumplimiento de ciertas garantías laborales. De igual forma, dicha afectación también se hace evidente en la empresa que contrata el servicio de terceros, pues no sólo disminuye cargas laborales, sino también de nómina y

prestacionales que afectan los intereses de los trabajadores mismos.

Y es que precisamente, en toda relación laboral, deben tenerse en cuenta dos principios que son evidentes: la irrenunciabilidad de derechos y la primacía de la realidad que rigen la relación laboral.

Lo primero que hay que establecer es que la figura del outsourcing no puede dar lugar a la renuncia de ciertas garantías y derechos laborales.

Tanto la Constitución Política, en el artículo 53, como la legislación laboral colombiana, en el artículo 14, consagran el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. Este principio va de la mano con el carácter de orden público de la normatividad laboral; es decir que hay un mínimo de derechos consagrados que son de obligatorio cumplimiento, en los cuales no hay un espacio para modificaciones por la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo tanto, bajo ninguna circunstancia, ni el empleador ni el trabajador pueden pactar condiciones por debajo de lo establecido como mínimo por la ley (Moncada y Monsalvo, 2000, p. 63).

Respecto al principio de la primacía de la realidad, éste hace énfasis en la prevalencia de los hechos reales sobre los pactos o

convenciones estipulados entre las partes. El mencionado principio no sólo queda fundamentado en el artículo 53 de la Constitución Política que lo consagra, sino también en la normatividad laboral se mencionan los elementos esenciales del contrato de trabajo: actividad laboral, subordinación y salario. Ahora, “una vez reunidos los tres elementos (...) se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen” (Código Sustantivo del Trabajo, art. 23).

Por su parte, De la Cueva (2009), define este principio así:

La existencia de una relación de trabajo, depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado (...) de donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, pues, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de valor (p. 474).

De todas formas, si se llegare a acordar en contra, este acuerdo se tendrá por no hecho; menos aún pueden ser impuestas condiciones

menores unilateralmente por ningún empleador, so pena de considerarse inválidas, sin perjuicio de una serie de sanciones previstas por la ley: los derechos mínimos que tiene todo trabajador en Colombia, y que se consideran irrenunciables tales como el derecho a un salario no inferior a la suma mínima establecida por el gobierno cada año, la afiliación al sistema de seguridad social integral, las prestaciones sociales, los descansos remunerados, entre otros.

Las cláusulas del contrato de trabajo que contengan renuncia de derechos conferidos por las leyes a los trabajadores son absolutamente nulas, lo cual no implica la nulidad de todo el contrato, como sí sucede en el derecho civil. Si la renuncia es previa al desarrollo de la actividad contratada, el contrato estaría afectado de objeto ilícito. Y si el trabajador renuncia cuando ya ha realizado el servicio y solo falta su reconocimiento y pago, se producirá un abuso o explotación injusta por parte del empleador, aun cuando la renuncia sea aparentemente voluntaria y lícita.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 9 de 24

3.2. VICIO EN EL CONSENTIMIENTO Y SIMULACIÓN

De acuerdo con Moncada y Monsalvo (2000), cuando una empresa contrata obras o servicios por medio de contratistas independientes, que es una de las modalidades utilizadas por la moderna tendencia de la administración llamada outsourcing, se debe tener en cuenta que hay dos casos diferentes.

En primer lugar, cuando la obra o servicio se contrata externamente con personas naturales o jurídicas ajenas a la empresa. En estos eventos, siempre y cuando el contratista sea realmente autónomo en la realización de su labor, no se presenta el riesgo de estar ante la presencia de un contrato de trabajo encubierto.

Sin embargo, si lo que la empresa requiere es la prestación del servicio o ejecución de una labor bajo un estricto control, es decir bajo una relación de dependencia, bajo horarios preestablecidos, con materiales y elementos de trabajo suministrados por la compañía contratante, lo que se configura es un contrato de trabajo, independientemente

de la denominación que se le dé. Es preciso analizar si es posible, que el contratista pueda llegar a configurarse como un simple intermediario.

El Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 35, los define de la siguiente manera:

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

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

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

La característica fundamental del simple intermediario es que, aunque en ocasiones pueda comportarse como patrono, en realidad nunca lo es; ellos no se obligan directamente ni a título personal con los trabajadores en ningún caso, y sólo son responsables

solidariamente con el patrono en el evento de que oculten su calidad de intermediarios.

El simple intermediario no recibe el beneficio de los servicios de los trabajadores, y no responde por su remuneración; viene a ser el tercero para quien trabaja, quien ejerce la subordinación, recibe los servicios y paga. Cuando una empresa opta por el outsourcing, por medio de la contratación independiente, de alguna de sus actividades, pero dicha contratación se hace sin el estudio adecuado, puede configurarse la intermediación con todos los efectos que ello conlleva. Si el empresario independiente tiene un grupo de personas que laboran para él, para efectos de prestar el servicio a la empresa contratante, pero en la práctica es la empresa la que dirige, coordina y supervisa a los empleados del contratista y adicionalmente efectúa el pago, lo que realmente ocurre es que dichos empleados son trabajadores de la empresa directamente; con el efecto de ser responsable de sus obligaciones laborales.

Si los trabajadores tenían una vinculación anterior con la empresa y fueron transferidos al contratista, sus contratos de trabajo no han

terminado realmente. Si los trabajadores son nuevos, se configura un contrato de trabajo directamente con la empresa. Esta situación es de gran importancia para tener en cuenta por las empresas para evitar la confusión de creer que la modalidad de outsourcing, a través de contratistas independientes, se reduce a conseguir una persona a través de la cual sigue ejerciendo sus actitudes de patrono.

El segundo evento que se puede presentar es cuando una actividad o servicio que se realizaba dentro de la empresa decide contratarse externamente pero con los mismos empleados de la empresa que venían realizando la labor, previa cancelación del contrato de trabajo con éstos. En este punto es preciso un cuidadoso examen para determinar si realmente terminó el contrato de trabajo anterior y si en el nuevo contrato se configura o no una relación laboral

Habría que examinar en primer lugar, las circunstancias de la renuncia del empleado. Si fue libre o si por el contrario, fue el producto de una presión del empleador con el argumento de reducción de nómina y de ser

el único mecanismo para mantener trabajo con él. Si la renuncia se dio bajo este tipo de circunstancias, podría alegarse falta de validez por vicio en el consentimiento y por ende no tendría la virtualidad de terminar la relación laboral; en este caso le corresponde demostrar el vicio a quien lo alega. Adicionalmente, el nuevo contrato también sería cuestionado.

Si los contratistas son los mismos ex-empleados, la labor se presta en las mismas dependencias, con materiales y elementos de la empresa, y con un buen nivel de control, aunque se haya constituido una persona jurídica, un examen de un juez de trabajo podría llevar a la declaración de la existencia de una relación laboral, desconociendo el acto simulado.

En un examen de la figura de la simulación desde el punto de vista laboral, se observa que esta opera a través del principio de la primacía de la realidad, la cual, como ya se explicó, hace prevalecer lo realmente acaecido en una relación jurídica sobre los pactos y acuerdos. Una diferencia que se puede establecer aquí entre la simulación y el

principio de primacía de la realidad lo constituye, en que en una acción de simulación se pide al juez la declaración de simulación en un acto jurídico y la declaración del realmente querido por las partes, es decir se le da reconocimiento al acto para el cual verdaderamente se prestó el consentimiento. En el principio de la primacía de la realidad se busca es reconocer la figura que realmente se dio, aunque ello no haya sido el querer de una de las partes (que es precisamente el acto cuyos efectos el empleador pretende eludir).

Al respecto, Cabanellas, citado por la Corte Suprema de Justicia colombiana (1981), afirma que:

Muchas veces se trata de dar a un trabajador subordinado la apariencia de un trabajador autónomo. Esta situación es tan frecuente que obliga a los tribunales a determinar no que el conjunto es simulado y si simplemente establecer la verdadera naturaleza de la prestación. En esta forma, las disposiciones del Código Civil sobre la simulación de los contratos se borran para penetrar en el contrato realidad; esto es, en la ejecución en la prestación de un trabajo para llegar a la determinación de la naturaleza del vínculo que liga a las partes (Corte Suprema de Justicia, 1981).

De este modo, si la empresa continúa utilizando los servicios de los empleados, bajo su supervisión, con cumplimiento de órdenes directas, con la exigencia del cumplimiento de determinadas horas de trabajo y en general, ejerciendo actitudes propias del empleador, no estaría variando la relación laboral inicial. Lo que se podría estar presentado sería el incumplimiento de las obligaciones que la misma implica y, estaría expuesto abiertamente a las respectivas sanciones previstas en la ley para los casos de incumplimiento. Se configuraría en éste caso una simulación en el sentido de aparentar una relación civil o comercial, cuando en realidad no hubo solución de continuidad en la relación laboral.

En este caso entra a operar el principio de la primacía de la realidad por encima del ropaje jurídico y se reconocería por parte del juez laboral la existencia de un contrato de trabajo. Un peligro en el cual están cayendo numerosas empresas en Colombia que siguen la tendencia del outsourcing, es la falta de cuidado en la contratación externa, con la ingenuidad de creer que al haber una persona jurídica de por medio, no se generará ningún

efecto laboral. No puede pretenderse que por el hecho de que se constituya una persona jurídica para que sea la que contrate con una empresa, pero bajo subordinación, horario preestablecido y el pago, no se pueda probar una relación laboral.

3.3. SOLIDARIDAD SALARIAL Y PRESTACIONAL

Un evento cuyo análisis es de gran importancia es el de la solidaridad. Aún en el caso de que la contratación externa se haga de manera clara y sin vicios en el consentimiento, y que la naturaleza de la prestación se haga de tal forma que no se configure una relación laboral, el 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.

La normatividad laboral contempla que:

(...) 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 (C.S.T., art. 34, núm. 1).

González (1997), respecto a las labores extrañas a las actividades normales de la empresa, sostiene que se aplica cuando las labores contratadas son aquellas que se consideran habituales para el desarrollo social de la empresa y que hay dos situaciones diferentes a tener en cuenta:

Si se trata, por ejemplo, de una persona jurídica, cuyos fines u objetos se deben encontrar en el texto del contrato social habrá que estudiarlos para saber si la obra ejecutada o contratada encuadra dentro de tales finalidades. Y si se trata de una persona natural (...) habrá que buscar cuáles son sus actividades comerciales o económicas habituales o principales (González, 1997, p. 150).

La Corte Suprema de Justicia (1968) 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. Así las cosas, ha señalado que:

La responsabilidad solidaria se predica legalmente cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada sea inherente (forma empleada en la legislación laboral Argentina), o también conexas (fórmula aún más amplia en la legislación laboral venezolana), con actividad ordinaria del beneficiario. Nuestro Código Sustantivo del trabajo...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 (Corte Suprema de Justicia, 1968).

Al hablar de conexidad se está haciendo alusión a la relación de una cosa con otra; esto implica que en actividades complementarias puede aplicarse también la solidaridad, ya que una cosa es complementaria de otra cuando entre ellas existe una relación.

La jurisprudencia ha indicado que labores no extrañas a la empresa son aquellas inherentes y conexas a la misma. Esta extensión al significado del artículo lleva a

que en cada caso concreto en que se demande solidaridad de la empresa beneficiaria y del contratista por los pagos a los empleados del último, se haga un exhaustivo análisis para determinar hasta qué punto la labor contratada se considera o no extraña. También ha dicho la Corte que la labor no es extraña a la empresa, cuando la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de la empresa.

Sobre lo dicho, la Corte Suprema de Justicia (1968) ha determinado que quien se presente a juicio a reclamar la solidaridad debe probar tres cosas: contrato de trabajo con el contratista independiente, contrato de obra de su empleador con el contratante o empresa y una relación de causalidad entre los dos (que no es más que la demostración de que la obra contratada pertenece a las actividades normales o corrientes de la empresa).

De este modo, si en una eventual demanda por solidaridad se demuestra que entre el contratista y sus colaboradores no media un contrato de trabajo, se desvirtúa la solidaridad. Es importante mencionar que la

norma contempla que dicha solidaridad se presenta aún en el evento de que el contratista haya subcontratado personal para la obra o labor sin autorización del contratante. Esto significa que aunque se prohíba la subcontratación de personal, y contrariando tal pacto se subcontrate, en el evento de presentarse los requisitos para la solidaridad, el contratante está obligado al pago. Sin embargo, la norma también contempla que el contratante o beneficiario de la obra puede pactar con el contratista, garantías para que en el evento de presentarse la solidaridad y haber tenido que pagar, pueda repetir contra el contratista dichas sumas.

Hoy en día, la manera más práctica de establecer dichas garantías se hace a través de una póliza de seguros, llamada póliza de cumplimiento, en la cual una compañía de seguros acepta el traslado del riesgo del eventual incumplimiento del contratista de no pagar los salarios y prestaciones a sus empleados. En este caso es pues, pertinente que dentro de las condiciones del contrato se exija la presentación de dicha póliza por parte del contratista, cuyo beneficiario sería

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 15 de 24

el contratante. Es importante reiterar que en el caso de la contratación para labores que no son parte del objeto principal de la empresa, por ejemplo la contratación de informática y sistemas en una fábrica de zapatos, no se aplica dicha solidaridad.

3.4. SUSTITUCIÓN PATRONAL

Por último, puede presentarse un evento diferente a los mencionados y es aquel que se da cuando una empresa decide transferir actividades a otra persona natural o jurídica, no con el ánimo de evadir responsabilidades laborales, sino buscando en cambio, un servicio con un alto grado de especialización. Cabe aquí la cuestión de si es aplicable la figura de la sustitución patronal.

La sustitución patronal es el cambio de un empleador por otro, por cualquier causa. Se configura cuando se cumplen tres requisitos como son: la continuidad de la empresa, continuidad del trabajador y cambio de patrono. El principal efecto de la figura es que el contrato original de trabajo no se extingue.

La Corte Suprema de Justicia (1981a) se ha pronunciado frente a esta figura de la siguiente manera:

(...) la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa. Por consiguiente cuando media la sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono. Por eso, no puede haber solución de continuidad entre el contrato de trabajo que rigió entre el trabajador y el sustituido, respecto del contrato de trabajo que pueda haber entre aquel y el sustituto. De allí que una continuidad de servicios del trabajador, pero mediante distinto contrato con el nuevo patrono, no configura el fenómeno de la sustitución patronal (Corte Suprema de Justicia, 1981).

De acuerdo con lo dicho, no es sólo la transferencia de la propiedad o dominio de todo o parte de la empresa lo que se prevé como necesario para la existencia de la figura. Toda otra enajenación como arrendamiento, cesión, fusión, etc., pueden configurarla. Vale la pena preguntarse qué

sucede en el caso de que una empresa quiera subcontratar, por ejemplo, la labor de telemarketing, para lo cual llama a una empresa experta en el tema.

Sin embargo, los equipos de comunicaciones con los cuales venía operando resultan altamente efectivos y decide arrendarlos a la firma con la cual contratará la labor. Para que no se presente la figura de sustitución patronal en el evento de que se decida transferir parte de sus labores a otra, es necesario según lo reitera la jurisprudencia, la liquidación del contrato que se venía desarrollando con las indemnizaciones de ley, y la elaboración de un nuevo contrato con el consentimiento sin vicios de las partes.

4. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (EST) FRENTE AL OUTSOURCING

En este escrito es necesario identificar la figura de la Empresa de Servicios Temporales, teniendo en cuenta las similitudes que existen con el contrato de

Outsourcing y con las constantes y erróneas confusiones de las personas entre estas dos instituciones jurídicas.

Por lo anterior procedimos a indagar al respecto y encontramos que de conformidad con el artículo 2 del Decreto No. 4369 de 2006, las EST son :

Empresa de Servicios Temporales "EST" es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador.

De igual forma pretendemos conocer cuáles son las diferencias entre una EST y la compañía outsourcing, porque sus relaciones laborales son diferentes y como afectan a sus empresas usuarias desde un punto de vista laboral.

Por lo que investigamos cuales son las obligaciones laborales que tiene una empresa frente a sus empleados tercerizados y sus empleados temporales o en misión. Evidenciando así que por disposición de la Ley, los trabajadores en misión si tienen una

relación directa con la empresa usuaria, así como lo plantea el artículo 5 del decreto anteriormente citado, en el que se estipula que los empleados en misión tienen derecho a percibir el mismo salario que los empleados de planta, obligando así a las EST a entregar una remuneración equivalente a la de los empleados de la empresa usuaria que se encuentren en igualdad de condiciones. De igual forma evidenciamos que de conformidad con el artículo 6 de esta norma, esta relación entre empresa usuaria y trabajador en misión, tiene un duración predeterminada en el tiempo, la cual nunca podrá superar 1 año.

Para hacer esta investigación contamos con la normatividad laboral colombiana, la normatividad de las EST y las manifestaciones jurisprudenciales de las altas cortes colombianas, respecto a los conflictos que han surgido al respecto.

Es por lo anterior que al consultar la Corte Constitucional, encontramos casos en los que, la honorable corporación se manifestó al respecto y declaró en algunos de ellos la solidaridad de empleadores al referirse a las

empresas usuarias de los servicios de outsourcing al igual que de empresas usuarias de los servicios de las EST.

Así como se puede evidenciar en la Sentencia T-307 de 2010, sentencia en la que la honorable corte declara a la empresa outsourcing Expertos Servicios Especializados y a Panamco Indega, como empleadores solidarios del demandante, indicando así que:

Pues bien, en este caso, la Sala procederá a conceder la tutela y a ordenar solidariamente a Expertos Servicios Especializados (Outsourcing) y a Panamco Indega que le garanticen al tutelante las citadas prestaciones sociales. Esto se justifica porque, aun cuando la relación laboral formal se dio entre el accionante y la entidad Outsourcing, lo cierto es que también la entidad empresarial que hoy recibe el nombre de Panamco Indega ha sido beneficiada por el trabajo permanente de José Yesil Borja. De hecho, este último ha prestado sus servicios a Panamco Indega durante más de doce (12) años, si bien contratado como trabajador por distintas empresas de consecución de personal y, entre ellas, por Expertos Servicios Especializados (Outsourcing). No ha sido solamente la empresa outsourcing la que se ha favorecido con el servicio que ha prestado el tutelante, por la vía de ofrecer su fuerza de trabajo (Corte Constitucional, 2010).

De igual forma es necesario aclarar que para la Honorable Corte Constitucional, la tercerización laboral no infringe ni las normas ni principios constitucionales, declaración que se hace evidente en la Sentencia C-593 de 2014, sentencia en la que la corte manifiesta:

La Corporación consideró que, a diferencia de lo sostenido por el actor, la distinción realizada por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, busca proteger al trabajador de posibles encubrimientos de verdaderas relaciones laborales a través de contratistas independientes. En otras palabras, lo que persigue el legislador es diferenciar y hacer viables los derechos de los trabajadores contratados por terceros, que desarrollan actividades propias y misionales de la empresa beneficiada, a través de la imposición de su responsabilidad solidaria en el pago de los salarios y demás prestaciones sociales. Esta distinción es además razonable y proporcionada (Corte Constitucional, 2010).

Siendo así como la Corte aclara que serán responsables solidarios de las obligaciones laborales de los trabajadores tercerizados, aquellas empresas usuarias de los servicios de Outsourcing, cuando aquellos ejecuten labores misionales.

Al ser el Outsourcing una figura que carece de denominación en la Legislación colombiana, se hace indispensable enmarcarla en figuras que han sido creadas al amparo de sus lineamientos, porque a pesar de que nuestra legislación no habla específicamente de la figura del Outsourcing o Tercerización, en el medio hay muchas formas que dejan ver los lineamientos que lo constituyen generando así su aplicabilidad; entre éstas se expondrán las siguientes:

Es importante señalar que, la creación de nuevos cargos genera muy altos costos en algunas empresas, más si se considera que en muchas ocasiones no se requiere contratar a un empleado en forma definitiva cuando el trabajo a realizarse sólo implica la utilización de él durante un periodo temporal definido, o durante parte de la jornada de trabajo.

La segunda mitad del siglo XX se ha caracterizado por la desagregación de las diferentes actividades de la economía, lo que ha conducido a la especialización, y a la tendencia en este sentido, de la oferta especializada de mano de obra, a través de empresas, en este caso, las de servicio

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 24

temporal, que cubren las diversas necesidades del sector productivo.

Para lograr una comprensión de los antecedentes de la legislación actual sobre el servicio temporal, es necesario ubicar el contexto político de 1990, presidido por el presidente Dr. César Gaviria Trujillo y por el Ministro del Trabajo y Seguridad el Dr. Francisco Posada de la Peña, quienes promovieron una amplia reforma laboral para adecuar la legislación a las nuevas circunstancias de la economía mundial, en la que el Gobierno, tuvo en cuenta la importancia adquirida por el servicio temporal y su incidencia en el contexto industrial colombiano.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicio Temporal, el Art. 71 de la Ley 50 de 1990, les confiere a éstas el carácter de verdaderas empresas prestadoras de servicios, expresando que “es Empresa de Servicios Temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios”, de lo que se infiere que un usuario o tercero beneficiario contrata o

solicita a la Empresa de Servicios Temporales un servicio.

Una vez establecida la relación contractual entre el usuario y la Empresa de Servicios Temporales, viene el compromiso que ésta última adquiere y que tiene que ver con la prestación del servicio contratado y el proporcionar el personal adecuado que se requiera para su realización, el cual debe contratar directamente, y establecer así una relación laboral, lo que implica que la relación contractual con el trabajador es directa por parte de la Empresa de Servicios Temporales y la empresa usuaria no tiene responsabilidad en este aspecto,

la relación con las Empresas de Servicios Temporales, es en cuanto al servicio solicitado y en desarrollo de este servicio, ésta contrata directamente al personal que se requiere, porque en esto la Ley sí le está dando una especialidad, cual es la de colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades del usuario a través de personas naturales contratadas directamente por la Empresa de Servicio Temporal (Pérez, 1992, p. 46).

Según Herrera (1994), por definición legal, las Empresas de Servicio Temporales, tienen por objeto colaborar temporalmente con terceros beneficiarios en el desarrollo de

sus actividades, mediante la labor desempeñada por personas naturales que contratan directamente aquéllas. Esta es una de las razones por las cuales las Empresas de Servicio Temporales se ubican dentro de la figura de Tercerización u Outsourcing, ya que los sujetos que intervienen allí son dos: uno de los cuales reviste la calidad de cliente y el otro de proveedor, partes fundamentales en el negocio de Outsourcing. Asume la forma de cliente la parte que decide contratar con la Empresa de Servicios Temporales la actividad desarrollada por ésta, delegándole así en cierta forma, la contratación de determinado tipo de personal. Por otra parte, el proveedor es quien se encarga de la prestación del servicio especializado, que implica la selección del personal específico que la empresa- cliente requiera.

Entre las razones fundamentales que motivan a las empresas usuarias a contratar con las Empresas de Servicios Temporales, se pueden aludir las siguientes: la reducción de los costos laborales, producto de la rebaja de los salarios; así mismo, se evita la sindicalización; se evitan toda clase de riesgos laborales, ya que éstos corren por

cuenta de la empresa de Servicios Temporales; los derechos quedan desestimados, pues en muchos casos, las Empresas de Servicios Temporales se constituyen como sociedades de responsabilidad limitada, resultando insuficiente su capital y su póliza de garantías exigidas, en caso de inconvenientes, no serán suficientes para atender las obligaciones de sus trabajadores, quienes además están imposibilitados para emprender cualquier acción ante la empresa usuaria.

Estas razones para contratar con las Empresas de Servicios Temporales, a su vez, son las mismas causales que vulneran la estabilidad de los trabajadores que desarrollan actividades para las Empresas de Servicios Temporales. Entre otras, porque las empresas temporales, contratan a los trabajadores en misión, bajo contratos por duración de la obra o labor contratada, bastando que la empresa usuaria manifieste a la temporal que ya no requiere el servicio, para que se de por terminado el vínculo entre la empresa Temporal y el trabajador.

Las razones expuestas, demuestran pues, porque los negocios celebrados entre las Empresas de Servicios Temporales y las empresas usuarias, son ejemplos típicos de Tercerización u Outsourcing, en donde la búsqueda de reducción de costos laborales y el traslado de actividades específicas para que sean desarrollados por terceros especializados, desembocan en la negación de muchas garantías de los trabajadores, todo ello, aunado a la gran demanda laboral ante una reducida oferta de trabajo, que lleva necesariamente a rebajar o a prescindir de los trabajadores vinculados.

Igualmente, la consagración legal de las Empresas de Servicios Temporales, no parece proteger el principio constitucional del trabajo consagrado en los art. 25 y 53 de la Carta Política, ya que, ante el actual panorama económico colombiano, los trabajadores renuncian a la posibilidad de una contratación directa vinculándose a las Empresas de Servicios Temporales donde su estabilidad es incierta.

5. CONCLUSIONES

En nuestro objetivo por establecer la manera como influye el Outsourcing o Tercerización sobre las responsabilidades laborales en materia de la precariedad y temporalidad del vínculo laboral, teniendo como base la actual normatividad colombiana, hemos realizado un acercamiento a lo que significa este mecanismo administrativo para los empleados.

El outsourcing es una especialidad de los contratos de prestación de servicios que carece de regulación concreta, por lo que, por defecto, se habrá de aplicar para éste la normatividad del contrato que más se asemeje, así como las obligaciones que demanda la normatividad civil y de contratos.

La flexibilidad laboral, producto de las prácticas de Outsourcing, designa esencialmente los nuevos tipos de contratos laborales a término fijo y con empresas de servicio temporales, cuyas condiciones laborales ofrecen un alto grado de

inestabilidad, afectación de las prestaciones sociales y de la seguridad social.

La subcontratación de trabajadores y de actividades por parte de las empresas constituye hoy uno de los factores que más afecta en forma negativa los derechos laborales. Los trabajadores que se vinculan a través de procesos de contratación tipo Outsourcing sólo tienen con la empresa o el empleador una relación de tipo comercial o civil, aumentando la precarización de las condiciones laborales.

Es por ello que la recomendación general es que el outsourcing debe ser una herramienta para que todos los actores en una relación de trabajo, subordinado o no, resulten ganadores tanto a nivel económico, como profesional y personal.

Los empleados por outsourcing se sienten con menores posibilidades que las personas que son vinculados directamente, lo cual repercute en la motivación del empleado. El manejo burocrático desequilibra la balanza; el hecho de pertenecer a otra empresa, con otras manejos, pero con casi las mismas

condiciones en el desempeño laboral que los vinculados, genera conflicto y malestar percibido.

Si bien es cierto el derecho laboral se ocupa de la regulación jurídica resultante de un contrato de trabajo, no está al margen de la situación del trabajador independiente que desarrolla su labor en forma individual o asociada.

En Colombia, frente a las empresas de servicios temporales su acogida y su posicionamiento ha sido prácticamente nulo; sólo bajo el outsourcing prima la producción, el comercio, etc.; la parte económica, el rendimiento, es propio del capitalismo salvaje.

REFERENCIAS

- Blanco R., O. (2009). El trabajo en régimen de contratación, evolución y tendencias del empleo temporal. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, (19), 1-12.
- Broseta P., M.; & Martínez S., F. (2012). *Manual de derecho mercantil. Vol. II, contratos mercantiles, derecho de los títulos-valores, derecho concursal*. Madrid: Tecnos.

- Camacho L., M. (2005). Régimen Jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revista e-Mercatoria*, 4 (1).
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-307*. Bogotá: Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-593*. Bogotá: Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sec. Primera. (1981). *Sentencia del 1 de diciembre*. Bogotá. Magistrado Ponente: Fernando Uribe Restrepo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (1968). *Sentencia del 25 de mayo*. Bogotá. Magistrado Ponente: Juan Manuel Pallares.
- De la Cueva, M. (2009). *Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I*. México: Porrúa.
- Echaiz M. D. (2008). El contrato de outsourcing. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41(122), 763-793.
- Gallego G., Ll., y Arango G., A. (2006). *Cultura organizacional en empleados por outsourcing entre dos culturas organizacionales*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- González C., G. (1997). *Derecho laboral colombiano: relaciones colectivas*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Herrera, J. (1994). *Conceptos Laborales aplicables a las Empresas de Servicio Temporales*. Bogotá: Acoset.
- Martínez G., O. (2012). *Outsourcing*. Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional.
- Medina E., G., y Muñoz O., D. (2009). *Del outsourcing y la consecuente deslaborización*. Envigado: Institución Universitaria De Envigado.
- Mestre B., A. L. (2013). *Naturaleza jurídica del contrato de outsourcing*. Cartagena: Corporación Universitaria Rafael Núñez.
- Moncada L., M. C. y Monsalvo B., Y. (2000). *Implicaciones laborales del outsourcing*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Ospina F., G.; & Ospina A., E. (2002). *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis.
- Peña N., L. (2012). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Temis – Universidad Santo Tomás.
- Pérez G., M. (1992). *Las Empresas de Servicios Temporales frente a la reforma laboral*. Bogotá: Acoset.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 24 de 24

Pérez G., M. y Aragón, V. (1999). *Flexibilización laboral y Outsourcing*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Picazo de la Rosa, M. P. (2012). *El tipo de contratación (contrato de outsourcing vs. contrato individual de trabajo) como elemento de compromiso del personal hacia la organización*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León.

Riveros C., R. E. (2011). *Plan estratégico de negocio para ofrecer servicios de "outsourcing" en el área administrativa y financiera para la pequeña y mediana empresa*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Rodríguez C., M. y Villamizar R., J. (2000). *El Outsourcing: alternativa de gestión administrativa y financiera*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Rojas, C. I., Vera V., A. y Salcedo, M. P. (2010). Outsourcing formal: gestión para la competitividad. *Carta Financiera*, (149), 13-19.

Rothery, B., y Robertson, I. (2006). *Outsourcing*. México: Noriega.

Velásquez V., F. (2004). La estrategia, la estructura y las formas de asociación: fuentes de ventaja competitiva para las pymes colombianas. *Estudios gerenciales*, 20(93), 73-97.

Zabale, E. (2001). El contrato de Outsourcing. *El contador público*, (91), 37-40.

Zapara D., Á., Murillo V., G., Martínez C., J., Salas P., J., Ávila D., H. y Caicedo D., A. (2008). *Teorías contemporáneas de la organización y del management*. Bogotá: ECOE.

CURRICULUM VITAE

David Arroyave Correa: Estudiante del derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautora del presente artículo, el cual hace parte del Diplomado de Contratos Atípicos de dicha universidad.

Elizabeth Cardona Valencia: Estudiante del derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautora del presente artículo, el cual hace parte del Diplomado de Contratos Atípicos de dicha universidad.

Luz Idelba Giraldo Fernández: Estudiante del derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautora del presente artículo, el cual hace parte del Diplomado de Contratos Atípicos de dicha universidad.