
**LA NUEVA REALIDAD DE LA CONTRATACIÓN A
TRAVÉS DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES**

Juan Pablo Toro

TABLA DE CONTENIDO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. TERCERIZACIÓN A TRAVÉS DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.**
 - 2.1. Definición*
 - 2.1.1. Tercerización vs Trabajadores Misionales Permanentes*
 - 2.1.1.1. Actividades Misionales Permanentes*
 - 2.2. Regulación Jurídica*
 - 2.3. Contratación y Gestión del Empleo*
- 3. INTERMEDIACION LABORAL**
 - 3.1. Definición*
 - 3.2. Elementos Estructurales*
 - 3.3. Empresas de Servicios Temporales e Intermediación.*
 - 3.3.1. La OIT frente a la Intermediación*
 - 3.4. Experiencias Significativas de las Empresas de Servicios Temporales*
 - 3.4.1. Caso Español*
 - 3.4.1.1. La EST en la Unión Europea.*
 - 3.4.2. Caso Colombiano*
- 4. SANCIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO POR INTERMEDIACIÓN LABORAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.**
 - 4.1. Regulación Normativa*
 - 4.1.1. Sanciones a las empresas de Servicios Temporales*
 - 4.2. Aplicación de las Sanciones*
 - 4.3. Fallos emitidos por las principales Cortes frente a la contratación de Servicios Temporales*
 - 4.4. Informes frente a las sanciones*
 - 4.4.1. Informe VI. Trabajo en régimen de subcontratación, CIT 85 (1997)*
 - 4.4.2. Concepto 313786 de 2011. Ministerio de Protección Social hoy Ministerio de Trabajo.*
- 5. CONCLUSIONES**
- 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo principal analizar cuál ha sido la evolución histórica de la contratación a través de Empresas de Servicios Temporales, con el propósito de determinar cómo esta figura ha incidido en los trabajadores en misión y en las empresas usuarias. De acuerdo a lo anterior, la tesis que se propone es que es común encontrar que varias Empresas de Servicios Temporales se comportan como simples intermediarios en donde el trabajador en misión lleva prestando servicios de manera permanente a la empresa usuaria, en el mismo cargo y con las mismas funciones. Por tal razón se sugiere que se debe intensificar y fortalecer la inspección, vigilancia y control por parte del Ministerio de Trabajo.

Las Empresas de Trabajo Temporal o Empresas de Servicios Temporales (EST) en Colombia son aquellas “*dedicadas a suministrar personal a otras empresas, manteniendo la titularidad del contrato de trabajo con los trabajadores cedidos*”¹. Dicha definición coincide con lo estipulado en el ordenamiento jurídico colombiano, que define a la EST en el artículo 71 – Ley 50 de 1990 y en el artículo 2 – Decreto Reglamentario 4369 de 2006 como “*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*” . Lo anterior, quiere decir que las Empresas de Trabajo Temporal -figura incorporada por la Ley 50/90- suplen una necesidad empresarial de la sociedad actual, como “*la de resolver, en forma rápida y eficiente, las necesidades ocasionales de personal, mediante el envío de trabajadores que dependían de la empresa temporal y no ocasionaban responsabilidades laborales a la empresa que utilizaba el servicio*”², por especializarse en el manejo de la

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. LA DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. España: Editorial La Ley. 2010. Pág. 278

² ARENAS MONSALVE, Gerardo. La contratación de trabajadores a través de empresas de servicios temporales. En: Precedente. Revista jurídica. Universidad ICESI. 2002. Pág. 210

mano de obra que requiere la integración de mercados y la globalización.³ En otras palabras, se observa que las EST suplen las necesidades imprevisibles o imprevistas surgidas del giro normal de las actividades económicas. La ley 50 de 1990 fue concebida como una norma flexibilizadora, en tanto facilita la creación de nuevos empleos, “la ley 50 de 1990 estuvo orientada a facilitar la creación de nuevos empleos, al introducir modificaciones a la legislación para hacer menos costosa la contratación y el despido de personal”⁴.

No obstante, esta primera posición frente a la necesidad y funcionalidad de esta figura es opuesta a la que tienen los sindicatos, ya que éstos sugieren volver a la prohibición de ellas y a las agencias u oficinas de empleo, y por lo cual serán garantizadas relaciones contractuales directas entre una y otra parte. Ello hace parte de una crítica general hecha a esta figura, que tiene que ver con una diversificación de los poderes del empresario usuario respecto al trabajador en misión que puede generar confusión y perjudicar al empleado, dado que puede tener dos empresarios en lugar de uno: por un lado, un empresario formal, y por el otro, un empresario material. Esto hace que se genere una diferenciación entre los beneficios de los trabajadores de planta y los trabajadores en misión. En este sentido, es necesario llevar a cabo un orden metodológico para llegar a una conclusión frente al tema.

Para ello entonces, se llevará inicialmente: (i) un análisis conceptual y jurisprudencial de la tercerización a través de las empresas de servicios temporales; (ii) seguidamente del análisis de la figura de intermediación laboral que está prohibida en Colombia para el uso de Empresas de Servicios Temporales; (iii) para finalmente abordar el alcance de las sanciones del Ministerio del Trabajo sobre esta materia. En procura de realizar un análisis más conciso, dejamos a un lado las demás formas de tercerización entre las que se

³ ARAGÓN DE PÉREZ, Victorio y PÉREZ GARCÍA, Miguel. *Flexibilización Laboral y Outsourcing*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Diké. 1999. Pág. 12.

⁴ ISAZA CASTRO, Juan Guillermo. Flexibilización Laboral: *Un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano*. *Revista Equidad y Desarrollo*, Nro. 1, Pág. 12.

encuentran las contratistas independientes (CI), las (CTA), las empresas asociativas de trabajo (EAT) y el contrato colectivo sindical (CCS)⁵.

2. TERCERIZACIÓN A TRAVÉS DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

2.1. Definición

La tercerización⁶, es la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que se desempeñaba originalmente en una compañía, en la que se deben asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo; contar con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales; ser responsable por los resultados de sus actividades y tener bajo su exclusiva subordinación a sus trabajadores.

La Tercerización es una “forma de organización empresarial por la que una empresa denominada PRINCIPAL encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal (proceso productivo) a una o más empresas denominadas TERCERIZADORAS, para que estas lleven a cabo un servicio u obra a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación.”⁷ Considerándose como empresas tercerizadoras, tanto las empresas contratistas, como las subordinadas, estas últimas entendidas como “aquellas organizaciones que dependen para la toma de decisiones de otra organización la cual ejerce control sobre sus operaciones, funcionamiento y administración”⁸.

La empresa tercerizadora se hace cargo de una parte o varias partes del proceso productivo de manera integral, bajo su cuenta y riesgo; deberá contar además con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, debiendo ser responsable de

⁵ Ámbito Jurídico. *Tercerización, intermediación, labores misionales permanentes y formalización*. 2015

⁶ http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnit/tercerización_servicios.pdf. Fecha de Consulta: Viernes, 15 de Enero de 2016.

⁷ Ministerio del Trabajo. Tercerización Laboral. 2012.

⁸ Artículo 260, C.Co.

los resultados de sus actividades y de que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

La Sentencia C-171 de 2012⁹ declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 del 2011¹⁰, señalando que la facultad que otorga esa norma a las empresas sociales del Estado para operar mediante terceros solo es posible *“siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados”*. La mencionada jurisprudencia conmina a todos los empleadores, de los sectores público y privado, a que para el desempeño de funciones permanentes y propias de las empresas *“se respeté el vínculo laboral”*, garantizando, *“el contrato laboral y se protejan los derechos laborales de los trabajadores”*

2.1.1. Tercerización vs Trabajadores Misionales Permanentes

El Decreto 2798 de 2013¹¹, regula en gran parte las Empresas de Servicios Temporales. Concretamente el artículo 63 expresa que *“El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”*

Dicho decreto estaba en concordancia con lo regulado en la Ley 1429 de 2010, la cual dispuso enfáticamente que *“el personal requerido en instituciones y empresas públicas y privadas para el desarrollo de actividades misionales y permanentes no*

⁹ Revista Ámbito Jurídico. Octubre de 2015

¹⁰ Ley 1438 de 2011. Congreso de la República.

¹¹ Decreto 2798 de 2013. Presidencia de la República.

podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral” Es decir, aquellas Empresas de Servicios Temporales que incumplan dicho mandato, estarán sujetas a las sanciones del Ministerio de Trabajo.

“En los términos de la Ley 1429 de 2010, está prohibido el uso de sociedades, asociaciones, corporaciones, fundaciones y la contratación de servicios de colaboración o manejo de recurso humano, Empresas de Servicios Temporales, Compañías de Servicios de Colaboración, o personas naturales, que utilicen modalidades de vinculación que impliquen desconocimiento o violación de derechos laborales constitucionales, legales y extralegales, de carácter individual o los colectivos de asociación sindical, negociación y huelga. Esta prohibición se aplica a instituciones y empresas públicas y privada”¹². Esta nueva normatividad, prohíbe todo tipo de uso de asociaciones, corporaciones, fundaciones y la contratación de Servicios de Colaboración, o personas naturales, que utilicen modalidades de vinculación que impliquen el desconocimiento o violación en forma general de los derechos laborales incluidos desde el ordenamiento superior.

Las **Actividades Misionales Permanentes** están prohibidas legalmente, por lo cual un trabajador no puede estar vinculado a través de una Empresa de Servicio Temporal bajo la figura de intermediación laboral, so pena de las sanciones correspondientes del Ministerio de Trabajo que más adelante profundizaremos. Es por ello que resulta fundamental diferenciar la actividad misional permanente de la que no se configura como tal, a partir de lo cual se entra a definir las sanciones a las mismas. A continuación pasaremos a definir las actividades misionales permanentes.

¹² Decreto 1025 de 2014. Presidencia de la República.

2.1.1.1. Actividades Misionales Permanentes

El Decreto 2025 del 2011 entiende por actividad misional permanente, en el tercer párrafo del artículo 1º, “... *aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicio característicos de la empresa...*”, y lo hace, tal como lo menciona el mismo artículo, “... *para los mismos efectos...*”, es decir, “*para los efectos de los incisos 1º y 3º del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, o sea, para la intermediación laboral entendida como el envío de trabajadores en misión a través de EST, proscribiendo para ello a las CTA y a cualquier otra modalidad que, al estar por fuera de la ley, vulnere los derechos laborales de los trabajadores tercerizados*”.

La definición del Decreto 2025 de 2011, respalda jurídicamente la implementación de sanciones implementadas por el Ministerio de Trabajo. Se tipifica la actividad misional permanente, en el evento de haberse realizado entre un trabajador y la temporal empleadora. Para entender un poco las sanciones del Ministerio de Trabajo, a continuación se analizará la regulación jurídica de las EST, es en ese contexto donde se enfocará el marco regulatorio que permitirá ejercer un control adecuado sobre las temporales y analizar el alcance de operación de las mismas.

2.2. Regulación Jurídica de las EST

En Colombia, el Decreto 4369 de 2006, reglamentó el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales en todas sus disposiciones. Esta normatividad es innovadora en el ámbito de **TERCERIZACIÓN** de los trabajadores en misión, regulando su operación y los casos en los que las empresas usuarias pueden contratar los servicios de las empresas temporales, por ejemplo,

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más¹³, entre otras.

2.3. *Contratación y Gestión del Empleo en las EST*

2.3.1. La gestión del empleo, implica el apoyo de las entidades en los procesos de planificación, desarrollo y la gestión del recurso humano, se tiene que esta figura surge para crear un capital humano de trabajadores que circulen, para que las Empresas de Servicios Temporales perciban un beneficio en cada contrato, y por lo cual, existe un interés en todo tipo de cesiones. Sin embargo, la agilidad y movilidad de dichos trabajadores muestra que las empresas tienden a precarizar sus nóminas de trabajadores haciendo uso de esta figura, para evadir, en alguna medida, los contratos de trabajo a término indefinido.

2.3.2. En cuanto al papel de la contratación, el dilema consiste en determinar “hasta qué punto se lleva a **fortalecer y dar nitidez al empresario que es contraparte del trabajador**”¹⁴. Ojeda Avilés indica que las EST no hay que prohibirlas sino considerarlas como un recurso excepcional de las empresas. Es decir, la contratación directa debe ser la regla general y no la tercerización laboral. No

¹³ DECRETO 4369 DE 2006, Artículo 6°. Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales.

¹⁴ OJEDA AVILÉS, Antonio. Óp. Cit. Pág. 280

obstante, a lo anterior es claro el aumento en la **GENERACIÓN DE EMPLEO** proporcionado por las Empresas de Servicio Temporal. Para Santiago Martínez¹⁵, “*Los principales empleadores en Colombia no son las grandes organizaciones que conocemos sino las empresas de servicios temporales, que pueden llegar a tener hasta 40.000 trabajadores en su nómina.*” Es, decir, si una de las políticas públicas del Estado Colombiano es fortalecer la Transformación Productiva a través del fomento del Comercio , la Industria, y los negocios¹⁶ , no se puede desconocer el beneficio que generan los fenómenos de tercerización permitidos por la ley.

La tercerización de procesos, es un acierto que beneficiaría la economía del país y que desde luego genera buena parte de empleo. El artículo 77 de la ley 50 de 1990, define claramente en qué casos las empresas usuarias pueden contratar con las empresas temporales, los servicios de trabajadores en misión. Cualquier empleo que se encuentre fuera de estos parámetros estaría vulnerando los principios laborales de los trabajadores.

¹⁵ MARTINEZ, Santiago. *La tercerización es la Gran fuente de empleo en el País*. Septiembre 19 de 2015.

¹⁶ Programa de Transformación Productiva. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

3. INTERMEDIACIÓN LABORAL

En este aparte se procederá a describir lo que es la intermediación laboral en los términos del artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo y cómo esta es una forma de tercerización que se diferencia de las Empresas de Servicios Temporales. Lo anterior, con el fin de demostrar cómo la homologación de estas dos figuras se puede derivar en sanciones a la Empresa de Servicios Temporales y a las Empresas usuarias por parte del Ministerio de Trabajo.

3.1. Definición

Según el artículo 35 del CST¹⁷, *“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 hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas”*.

El Decreto 2025 del 2011¹⁸, indicó que *“Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por*

¹⁷ Art. 35. Código Sustantivo del Trabajo

¹⁸ Decreto 2025 de 2011. Presidencia de la República.

lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado...”.

La Corte Suprema de Justicia¹⁹, la ha definido como la persona natural o jurídica que contrata personal para prestar sus servicios en beneficio y por cuenta de un empleador, dueño de los elementos, máquinas y materias de trabajo, es decir que los trabajadores contratados no laboran para el denominado intermediario éste no se aprovecha de esos servicios; tampoco tiene poder subordinante sobre aquellos y carece de la calidad de empleador. En sentencia de 25 de mayo de 2010, **la Sala confundió los términos intermediación laboral y suministro de trabajadores en misión** al utilizarlos en su argumentación como similares; expresando *“la intermediación laboral o suministro de trabajadores en misión las pueden ejercer legalmente las empresas autorizadas para ello, que deben tener la calidad de empresas de servicios temporales. Actividad que, por otra parte, no se enmarca dentro de aquellas labores a las que, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, vigente para la época de los hechos, se vincula el trabajo personal de los asociados a las cooperativas de trabajo asociado, esto es, la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios.”*

3.2. Elementos Estructurales de la Intermediación Laboral

Para Rojas²⁰ dentro de la intermediación laboral siempre participan tres elementos: el oferente, el demandante y el intermediario. El oferente es el trabajador que pone a disposición sus servicios. El intermediario es la persona natural o jurídica que sirve como vínculo para ubicar al oferente en la empresa que necesita el servicio. Actúa como representante del empleador. La responsabilidad del oferente en principio se limita exclusivamente al suministro de personal. Sin embargo, podrá responder solidariamente con el empleador por las obligaciones laborales, cuando no manifieste

¹⁹ Sentencia del 25 de Mayo de 2007. Corte Suprema de Justicia. Colombia

²⁰ ROJAS CHAVEZ, Armando Mario. Óp. Cit.

su calidad de intermediario. Por último, el demandante es la persona natural o jurídica que requiere la prestación de la mano calificada. Es el empleado y debe asumir las obligaciones como tal. En principio se limita exclusivamente al suministro de personal.

3.3. Empresas de Servicios Temporales VS Intermediación

La Corte Suprema de Justicia, al diferenciarlas las EST del simple intermediario, ha dicho en sentencia de febrero 28 de 1985, adoptada con ponencia del eminente ex presidente de la Corte, doctor Fernando Uribe Restrepo:

"Las empresas de servicios temporales... no son... simples intermediarios, pues a diferencia de estas, ofrecen al trabajador un vínculo laboral estable".

En sentencia del 29 de abril de 1986, el Magistrado Ponente Germán Valdez, estableció las diferencias con el simple intermediario:

"El artículo 23 del C.S. T. prescribe que siempre que se dé la prestación personal de un servicio bajo la continuada subordinación o dependencia y el pago retributivo del mismo (salario), se configura una relación laboral que presupone la existencia de un contrato de trabajo".

El simple intermediario, según el artículo 35 de C.S.T., 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, ni imparte órdenes ni instrucciones al mismo, no es receptor de los 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 para la retribución. *"Las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos, no simples intermediarios"*. En suma, las empresas de servicios temporales no pueden ser calificadas como intermediarias salvo el caso de las actividades misionales permanentes, pues la Corte Suprema de Justicia ha dejado claramente su diferencia.

Las empresas de servicio temporal por regla general NO son intermediarias, es decir, las Empresas de Servicios Temporales son una forma de tercerización más no de intermediación según el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo. Si una EST, realiza intermediación en Colombia, es sancionada por el Ministerio de Trabajo, como ya fue mencionado en el análisis sobre actividades misionales permanentes.

De lo anterior se desprende que las nuevas regulaciones, deben ser orientadas a que las EST sean constituidas legalmente y conforme a los requisitos establecidos por las normas creadoras, imponiendo que se dediquen exclusivamente para las actividades para las cuales fueron creadas y conforme a su objeto. Se debería propender por la creación de un control estricto de las empresas del sector, en cuanto a la obligación de mantener una estructura organizada, una estabilidad financiera y la publicación de sus contratos.

3.3.1. La OIT frente a la Intermediación

La OIT se ha pronunciado y ha manifestado que solo en algunos casos la intermediación hace alusión al comercio de trabajadores en sentido negativo, la OIT ha desarrollado el tema por medio de convenios que responden o respondieron a las particularidades sociales de cada época. El primero de ellos fue el Convenio No 34, de 1993, el cual exhortaba a los Miembros a eliminar las *agencias retribuidas de colocación de empleo* como formas de intermediación laboral, con excepción de algunos casos. Sin embargo, aquel convenio sólo

estuvo ratificado por 10 países, muestra clara de la percepción general que tuvo aquél en la creciente economía liberal del siglo XX. Terminada la segunda guerra mundial, la OIT se fue suavizando frente a ésta figura.

Para evitar lo sucedido con el convenio anterior, la Organización en el Convenio No 96 de 1994, dispuso que dichas agencias no debían ser acabadas, hasta tanto no existiera un *servicio público de empleo*, su enfoque fue hacia la vigilancia y de nuevo permitía excepciones cuando el servicio público no fuera efectivo. El resultado fue la ratificación por más de 35 Estados. Sin embargo, pese a la creación de servicios públicos de colocación, algunas actividades o profesiones (espectáculo o domésticas) obligaron a la permanencia de las *agencias retribuidas-lucrativas*. Algunos países buscaron refugio en las bolsas de empleo sindicales, otros por el contrario, adecuaron su legislación, haciéndola permisiva con las *agencias lucrativas*. Tan sólo España, Italia y Grecia mantuvieron su restricción, pero fueron dejándola – Grecia en el año 2001- .

Ahora bien, el cambio más radical de la OIT se presenta con el Convenio No 181 de 1997, el cual tiene una apuesta doble: por un lado permitiendo el funcionamiento de las *agencias de empleo privado*, incluso resaltando su importancia “para el buen funcionamiento del mercado del trabajo” y por el otro la función protectora del trabajador, resaltando el deber de reglamentación de los Estados en aspectos como las obligaciones de las agencias, las autorizaciones, las prohibiciones en ciertas áreas, etc. Anotando que esas prescripciones caen en matizaciones que han de dar la fama al derecho de la OIT de pertenecer al *soft law*.

3.4. *Experiencias Significativas de las EST*

3.5.1. *Caso Español*

En cuanto a las legislaciones o reformas que se dan en los 90s en la mayoría de los países europeos, estas trajeron consigo dos grandes problemas en su momento – diferenciándolo del problema principal actual, consistente en el fraude de la contratación temporal-. El primero, la identificación plena de los sujetos de la

relación, y el segundo, tener claridad sobre las obligaciones y responsabilidades de los mismos.

El concepto que mejor distingue las relaciones en las EST, es el de OPACIDAD. No se tiene seguridad sobre el empleador, las condiciones de trabajo, el tiempo de servicio, las obligaciones y responsabilidades, entre otras. En el caso Español por ejemplo, la ley 14 de 1994 que reguló el tema, dejó un campo de acción a estas agencias muy grande, dejando también muchas lagunas sobre aspectos como los mencionados anteriormente. La solución la encontraron las EST en los convenios colectivos, la mayoría bajo la interlocución de trabajadores fijos, cabe mencionar que el fenómeno se desbordó, incluso, en las empresas “normales”, lo que generó una preocupación general. Mientras en España las condiciones se negociaron a nivel de empresa, en otros países como Alemania y Francia se hacía por negociaciones sectoriales. Las dos vías con una característica en común; baja o nula participación de los verdaderos trabajadores *en misión*.

La solución que se planteó, fue la de acuerdos marco, entre la patronal y los sindicatos, para así, construir parámetros generales que guíen los convenios o negociaciones de empresa. A pesar de ellos, los acuerdos marco padecían de dos problemas: primero el sector carecía de la fuerza sindical o de asociación para tales negociaciones y segundo, si se lograran, podrían ser inutilizados por acuerdos empresariales, sustentados en prerrogativas legales.

Así fue, como el primer convenio Estatal, no mencionó en su articulado, a los trabajadores que eran enviados en misión. Sólo con la negociación de algunos convenios sectoriales, se fueron poco a poco introduciendo aspectos propios de los trabajadores en misión de las EST, el primero y principal; la nivelación de salarios. Pretensiones recogidas en el segundo convenio Estatal en el año 1997 y culminado en el tercer convenio, llamado *convenio de equiparación*, promulgado en el año

2000, dispone él, la equiparación al punto de igualar a los trabajadores en misión con las mismas condiciones de los convenios colectivos de la empresa usuaria.

Sin embargo, los problemas de dar claridad a las relaciones laborales en casos de EST, no se terminan con los convenios de equiparación. Surge ahora la posibilidad de que las empresas temporales incumplan, la solución que planteó la doctrina, fue una estrecha vigilancia y control sindical. Fue entonces que se conformaron dos comisiones específicas en el marco del tercer convenio de Cataluña: la de seguimiento a las empresas temporales y la de salud laboral.

3.5.1.1. Las EST en la Unión Europea

Las EST han tenido gran trascendencia en el ámbito de la Unión Europea, al presentarse un fenómeno exclusivo y único en los acuerdos entre estados miembros, por ejemplo, se presentó un desplazamiento de trabajadores de otros países (aunque no fueran estados miembros) a un país determinado, donde les ofrecían y sostenían el salario mínimo del país de origen, presentándose una competencia desleal en el ámbito laboral, al obtener una mano de obra de inferior valor, a la que se conseguía por trabajadores nacionales.

Sobre este tema en particular, es dable indicar que el desplazamiento de trabajadores a otros países, por intermedio de las empresas temporales, afecta la normatividad laboral del país en donde se preste la relación laboral, pues no solamente causaría una disminución en el empleo de los nacionales, sino también la inequidad en materia de relaciones comerciales entre las demás EST.

De esta manera, se evidencia una regulación insatisfactoria puesto que las empresas pertenecientes a estados “no miembros” no deberían contar con

una situación más favorable, es por ello que se reglamentó, con el fin de una regulación más específica de las EST en la Unión, la Directiva 2008/104/CE, la cual suprime limitaciones innecesarias para las EST, pero regula en materia de igualdad de oportunidades, actividades y condiciones laborales para los trabajadores en misión.

Por otra parte, las regulaciones realizadas en la EST han sido más enfocadas a la flexibilidad que orientadas al fondo de la necesidad y garantías de los trabajadores, siendo de esta manera liberado el recurso para las empresas del sector público, que se trató anteriormente, y se reconoció el derecho a los trabajadores en misión consiste en poder acceder a los trabajadores de planta, así como la solidaridad compartida en caso de indemnizaciones a la finalización del contrato.

3.5.2. *Caso Colombiano*

En Colombia las EST (empresas de servicios temporales) siguen la suerte de sus semejantes europeas de los años 90. No existen organizaciones de trabajadores de las EST, ni convenios colectivos. En principio los trabajadores no pueden afiliarse al sindicato de base de la empresa usuaria, en cambio sí podrían hacerlo al sindicato de industria de la empresa según los estatutos del sindicato.

Según estudio de la Universidad del Rosario sobre el déficit de trabajo decente en Colombia, indica que *“la tasa de afiliación sindical del 4,5% evidencia un déficit en materia de libertad sindical, aunado a la verificación de 36 casos de violencia sindical en lo que va corrido del año 2015, que contrastan con la tasa de judicialización de los anteriores crímenes en el período 2010-2015 con tan solo 6 sentencias en materia de conductas antisindicales”*.

Existe una cultura propia anti-sindicalista del país, que implica incluso, y en los casos más extremos, la muerte de los trabajadores sindicales, los trabajadores no sólo no buscan la asociación sino que ven ella un eminente peligro, tanto económico, como de la integridad y vida propia. Así lo concluyó la Confederación Sindical de las Américas (CSA) en estudio realizado en 2013:

“Algunas experiencias de sindicalización entre trabajadores temporales desarrolladas, por ejemplo en el sector de la minería, por parte de sindicatos fuertes en este sector, han terminado con la desaparición de las organizaciones sindicales, pues una vez concluido el término del contrato, las empresas no les han renovado a los sindicalizados los contratos de trabajo, incluidas las juntas directivas de estos sindicatos. Mención especial merece el sector público. En el sector de la salud, al igual que en su componente privado, en los hospitales públicos, vino ocurriendo un fenómeno preocupante: la transformación de las falsas cooperativas en falsos sindicatos para continuar e incrementar la tercerización laboral. Principalmente la salud pública a cargo del Estado, fue objeto durante la primer década de este siglo de un fuerte proceso de “reestructuración”, proceso que modificó radicalmente la correlación de fuerzas entre las empresas y los sindicatos, y que afectó gravemente los derechos y las condiciones de trabajo, principalmente remuneraciones, estabilidad laboral y Campaña Libertad Sindical, Negociación Colectiva y **AUTORREFORMA SINDICAL**, los derechos de libertad sindical.

En este punto se debe resaltar la importancia de que en Colombia se permita la creación de un comité que realice el control y vigilancia del cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores en misión y **que estos derechos se equiparen en igualdad de condiciones a los trabajadores de planta de una empresa**, de igual forma, vigilar la estabilidad laboral de los trabajadores en misión mientras la actividad laboral para la cual fue contratado el trabajador, se mantenga dentro de la empresa. Uno de los fines de las empresas de servicios temporales puede ser ofrecer personal para ejercer cargos que realmente requieren una actividad

permanente y encubrir una verdadera relación laboral directa con los trabajadores (contrato realidad), de tipo indefinido, fijo u obra o labor contratada²¹.

“1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio²².

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo, de tal manera que se torna relevante las sanciones del Ministerio del Trabajo en dichos casos.

²¹ Art. 23 Código Sustantivo de Trabajo. Elementos Esenciales del Contrato de Trabajo.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-903 de 2010

4. SANCIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO POR INTERMEDIACIÓN LABORAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES y EMPRESAS USUARIAS

4.1. Regulación Normativa

4.1.1. Sanciones a las empresas de servicios temporales

Le corresponde al Ministerio del Trabajo, imponer sanciones a las empresas de servicios temporales; las cuales, se hacen efectivas a través de multas, suspensión de la autorización de funcionamiento y cancelación de la misma. Se imponen multas diarias sucesivas de hasta cien (100) salarios mínimos mensuales por cada infracción en los siguientes casos²³:

1. Cuando cualquier persona natural o jurídica realice actividades propias de las Empresas de Servicios Temporales, sin la autorización de funcionamiento emitida por el Ministerio del Trabajo
2. Cuando se contraten servicios para el suministro de trabajadores en misión con Empresas no autorizadas, caso en el cual, la multa se impondrá por cada uno de los contratos suscritos irregularmente.
3. Cuando la empresa usuaria contrate Servicios Temporales con el fin de evitar alguna carga prestacional, contratando trabajadores de manera caprichosa, sin tener en cuenta que solo se puede contratar con las empresas de servicios temporales en las tres situaciones descritas anteriormente.
4. Cuando la Empresa de Servicios Temporales preste sus servicios con violación a las normas que regulan la actividad. Se suspende la autorización de funcionamiento en los siguientes casos:

²³ Decreto 4369 de 2006. Presidencia de la República. 2006.

5. Cuando no actualice y envíe la póliza de garantía, dentro del mes siguiente a la fijación del salario mínimo mensual legal vigente o a la ejecutoria de la resolución que ordene su ajuste.
6. Cuando no envíen los informes estadísticos en la forma y términos establecidos.
7. Cuando la EST haya sido sancionada con multa y la infracción persista.
8. Cuando habiendo reformado sus estatutos, no lo informe al Ministerio correspondiente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su protocolización.
Empresas de Servicios Temporales.
9. Cuando no informe sobre la constitución de sucursales, dentro del mes siguiente a la inscripción en la respectiva Cámara de Comercio.
10. Cuando se presten servicios diferentes a los establecidos en su objeto social.
11. Cuando el funcionario competente del Ministerio respectivo, compruebe la reiterada elusión o evasión en el pago de los aportes a la seguridad social.
12. Cuando venza el plazo de dos meses para que la EST cambie su nombre debido a que induce a error o confusión con otra ya existente. Por último, las actuaciones que generan cancelación de la autorización de funcionamiento son:
 - Cuando haya reincidencia en los eventos de suspensión.
 - Por disolución y liquidación de la sociedad.
 - Por cambio de objeto social.
13. Cuando incurra en mora superior a cuarenta y cinco (45) días, en el pago de las obligaciones con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, Servicio

Nacional de Aprendizaje, Sena, las cajas de compensación familiar o los Sistemas de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, a menos que la Empresa de Servicios Temporales alcance a pagar la obligación junto con sus intereses, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del acto administrativo que ordena la cancelación de la autorización de funcionamiento.

- 14.** Cuando estando suspendida por más de seis (6) meses consecutivos, el representante legal no demuestre interés en poner en funcionamiento la empresa.
- 15.** Cuando se cumpla(n) alguna(s) de las hipótesis previstas en el artículo 18 del decreto 4369 de 2006, o un estudio económico que se realice arroje como resultado la iliquidez de la Empresa, de todas formas la póliza de garantía se hará efectiva para los trabajadores en misión.
- 16.** Cuando se compruebe que la EST contrate con empresas usuarias, con las cuales tenga vínculo económico.
- 17.** Cuando celebre contratos de prestación de servicios con usuarios cuyos trabajadores se encuentren en huelga, salvo que se contrate para aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo Inspector de Trabajo.
- 18.** Cuando se demuestre ante el Ministerio correspondiente que algunos de los socios, el representante legal, o el administrador han pertenecido, en cualquiera de estas calidades, a una Empresa de Servicios Temporales sancionada con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, dentro de los últimos cinco (5) años.

4.1.2. Sanciones a las Empresas Usuarias

Como bien se mencionó anteriormente, el simple intermediario, 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, ni imparte órdenes ni instrucciones al mismo, no es receptor de los servicios personales del empleado y no es el responsable directo de la remuneración salarial correspondiente. Lo cuestionable en el presente caso, es la utilización de la figura actividad misional de forma PERMANENTE, lo cual lleva a la configuración del Contrato de Trabajo. A continuación veremos un ejemplo de ello.

4.1.2.1. Gecolsa y Dimantec

El Ministerio del Trabajo sancionó²⁴ “con una multa de 3 mil salarios mínimos (1.848 millones de pesos) a la empresa colombiana General de Equipos de Colombia, Gecolsa S.A., la cual brinda asistencia técnica y suministra equipos a los sectores de la construcción, minería, generación de energía, petróleo, agropecuario e industrial en razón a que las dos empresas tienen contratos con compañías mineras”

Según el Ministerio, la sanción adoptada por la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio del Trabajo, “*se impuso conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo o Ley de Primer Empleo. Gecolsa S.A., tiene actualmente vinculados de manera directa un total de 1.269 trabajadores y por intermedio de la empresa Dimantec Ltda, 3.382, con tan solo 39 afiliados a un sindicato a nivel nacional.* Dicha sanción se dio en el marco de la realización de actividades misionales permanentes en el ejercicio de cargo, configurándose intermediación ilegal de trabajadores. Por tal motivo, se configuro el supuesto sancionatorio por la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo.

²⁴ <http://www.mintrabajo.gov.co/abril-2014/3342-gecolsay-dimantec-multadas-por-violar-normas-laborales.html>. 2015.

4.2. Aplicación de las Sanciones

En cuanto a las sanciones, en el Año 2012, el Ministerio del Trabajo²⁵ “sancionó a cinco empresas temporales por violar derechos laborales”. Una del sector floricultor; dos, de la actividad minera, y el resto del área de transporte. No obstante, el informe de Inspección, vigilancia y control del mismo ministerio, indica que solo fueron dos las empresas sancionadas durante ese año

Dichas sanciones fueron realizadas en el marco del plan de acción para combatir el uso abusivo de las cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales suscrito con EE.UU, y otras violaciones de los derechos laborales de los trabajadores. En el 2011 se impusieron por ese motivo 16 sanciones. No obstante, Richard Trumka, miembro de la central sindical de Estados Unidos, realizó la enfática manifestación de que dicho plan no era del todo exitoso.

Las sanciones en el año 2012, eran mínimas frente a los casos investigados, tal y como se observa en la siguiente gráfica:

Figura 1

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES	
Empresas de Servicios Temporales Autorizadas	3
Empresas de Servicios Temporales Visitadas	62
Empresas de Servicios Temporales Investigadas	65
Empresas de Servicios temporales Sancionadas	2
Empresas de Servicios Temporales Suspendidas	1
Empresas de Servicios Temporales Canceladas	2

Tomado de: Ministerio de Trabajo. Inspección, Vigilancia y Control. Boletín 2. 2012

²⁵ Ministerio del Trabajo. 2012

En el año 2014, el Ministerio emitió decreto reglamentario, definiendo aquellos casos en los cuales procede sanción legal en las instituciones, empresas públicas o privadas que contratan y en las contratadas cuando en forma objetiva, se compruebe lo siguiente:

- a.** Desarrollar actividades misionales permanentes de la institución y/o empresa pública y/o privada que contrata.
- b.** Suministrar trabajadores para la prestación de servicios a la institución y/o empresa pública y/o privada que contrata.
- c.** No ejercer subordinación jurídica laboral con sus trabajadores, incluyendo la potestad reglamentaria y disciplinaria frente al trabajador contratado y la potestad instructiva para la ejecución de la labor en circunstancias de tiempo, modo y lugar.
- d.** Condicionar la vinculación laboral de los trabajadores a la contratación a través de un tercero.
- e.** No tener independencia financiera y tener vinculación económica con la institución y/o empresa pública y/o privada que contrata.
- f.** No tener solidez económica suficiente para garantizar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores.
- g.** No tener la propiedad y autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten.
- h.** Fraccionar o dividir a grupos de trabajadores asociados o en proceso de asociarse en una organización sindical, mediante su vinculación en una o varias instituciones y/o empresas públicas y/o privadas contratadas.
- i.** Crear diferencias, que violen el derecho a la igualdad laboral entre los trabajadores de la institución y/o empresa pública y/o privada que contrata y los trabajadores de la institución y/o empresa pública y/o privada contratada.
- j.** Incurrir en otras conductas que afecten los derechos laborales constitucionales, legales, prestacionales y extra legales, de carácter individual o colectivo, incluyendo los de la asociación sindical, negociación colectiva y el derecho de huelga.

Frente a esta normatividad y pese a las intenciones del Ministerio de Trabajo por generar estabilidad laboral y creación de empleo, se observa primero i) la falta de sanciones frente a los casos investigados a las EST. ii) la existencia de normatividad flexible para la contratación temporal, de tal manera que se hace necesario un cambio normativo, que daría lugar al fortalecimiento de la contratación laboral por parte de empresas de servicios temporales.

4.3. Fallos emitidos por las principales cortes frente a la contratación de servicios temporales

Frente a los trabajadores en misión, la sala laboral de la CSJ ha evaluado lo siguiente:

4.3.1 Coexistencia de Trabajo: Sentencia del 12 de marzo de 1997, radicación 8978, la Sala Laboral (aparte de la sentencia)²⁶ la cual indica que está autorizado la pluralidad de contratos diferentes (artículo 26 CST), cuando se desempeñaron las funciones del trabajador como moldeador de prensa para la usuaria y la relación laboral para el servicio de arreglo de tejados.

Estima la Sala, que no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta.

Es clara entonces, la importancia sobre las funciones asignadas en el contrato de trabajo celebrado entre el empleado y la empresa de servicios temporales y el no desconocimiento de las obligaciones legales en torno a las garantías con las que goza el trabajador. En este caso, la pluralidad de funciones genera nuevas obligaciones por parte del trabajador y no es posible desconocer las obligaciones legales derivadas de la misma.

²⁶ PRIETO, William. Op. Cit.

La responsabilidad que se tiene en el cumplimiento de las funciones dentro del contrato de trabajo y del contrato de prestación de servicios son inherentes a las obligaciones que surgen de los mismos y que no se puede menospreciar el alcance que la ley ha otorgado a los mismos.

4.3.2. Obligación Pago Acreencias Laborales: En cuanto a las acreencias laborales, la obligación de Pago de Acreencias Laborales al trabajador, está en manos de las Empresas de Servicios Temporales, en virtud de la delegación emanada por la ley, siempre y cuando dichas empresas de servicios temporales se encuentren autorizadas previamente por el Ministerio del Trabajo. Es decir, es el Ministerio quien controla, vigila y castiga las eventualidades que contraríen las disposiciones legales.

Dicha postura se evidencia en Sentencia del 24 de abril de 1997, radicación 9435, Sala Laboral:²⁷ en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo , debe excluirse tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión. y más adelante se subraya la obligatoriedad de la licencia de funcionamiento de las temporales indicando que la EST funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, artículo 82)

Es importante tener en cuenta que la empresa usuaria no tiene ningún vínculo laboral con el trabajador en misión, ya que es la EST, quien ostenta la calidad de verdadero empleador, por tal motivo, es responsable de todas las acreencias laborales que se generen con ocasión del contrato de trabajo. La empresa usuaria le paga a la empresa de servicios temporales el valor que corresponde por la prestación del servicio temporal que se ha concertado. Adicional a lo anterior, las Empresas de Servicio Temporal deben ceñirse

²⁷ PRIETO, William. Op. Cit.

obligatoriamente a los requerimientos del Ministerio del Trabajo, para evitar irregularidades en las empresas de servicio temporales, es decir, hay total autonomía del Ministerio en cuanto a la potestad sancionatoria se refiere.

- 4.3.3. ***Contratación de Servicios Temporales:*** En cuanto al Contrato Realidad, El Consejo de Estado ha sido enfático en señalar la protección jurídica que goza un trabajador que cumple con los requisitos para que exista dicho contrato, no se deben tener en cuenta las formalidades, esto es, solo interesa que subsista una verdadera relación laboral, esto es, que en el fondo, lo que exista sea un contrato de trabajo.

En Sentencia del 27 de Noviembre de 2014²⁸, el Consejo de Estado ha dicho: **“las actividades propias de las entidades estatales no pueden desarrollarse por trabajadores de las empresas temporales, la necesidad de personal temporal de las entidades públicas debe ser satisfecha mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en la ley, y no mediante el empleo de la contratación de servicios personales con terceros”**

El personal temporal de una entidad pública tiene un tipo de personal que desarrolla actividades propias de la entidad estatal y otro tipo que desarrolla actividades que deben suplirse por la temporal, para lo cual es requisito sine qua non que se respete dicha situación y no se vulneren los derechos de estabilidad laboral que gozan los trabajadores que cumplen funciones propias de la entidad.

Es decir, la ley ha permitido el uso de las Empresas Temporales en materia de contratación. Sin embargo, no es viable contratar el suministro de trabajadores en misión cuando se refiere a la ejecución de labores

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 05001233300020120027501 (32222013), nov. 27/2014, C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

permanentes o autónomas del fin de la entidad, dado que se estaría desconociendo el orden constitucional.

4.3.4. Temporalidad: La Sentencia C-330 de 1995²⁹ es incisiva en expresar que la legitimidad de las EST, está acorde con la carta magna, para ello La demandante solicita la declaratoria de inexecutable del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, referido a la contratación con empresas de servicios temporales, por cuanto es violatorio del Estatuto Superior al establecer: "...por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más" la prestación del servicio temporal. Sobre la demanda la Corte considera EXEQUIBLE lo establecido en la norma.

4.3.5. Responsabilidad: En Sentencia T- 426 de 1998³⁰ queda clara, la exoneración de responsabilidad de la empresa usuaria frente al contrato con la EST y la improcedencia de la acción de tutela, para ello las actoras interpusieron acción de tutela contra una empresa usuaria de Servicios Temporales, por considerar vulnerados sus derechos al trabajo, igualdad y maternidad por cuanto siendo trabajadoras en misión con contrato a término fijo, al comunicar su estado de embarazo fueron despedidas.

La Corte Constitucional determina la improcedencia de la acción de tutela al confirmar fallos anteriores y niega el amparo solicitado por los accionantes, bajo la consideración de **“que no puede exigirse de una empresa usuaria ajena jurídicamente a la relación laboral entre las accionantes y la empresa de servicios temporales el cumplimiento de las obligaciones laborales”**.

²⁹ Ministerio del Trabajo. Inspección, vigilancia y Control.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-426 de 1998.

La accionante recurre a la usuaria alegando que su responsabilidad debe ser principal, cuando es la empresa de trabajo temporal quien debe hacerse cargo de la responsabilidad del despido y esta debe ser solicitada a través de los medios idóneos que se han regulado a través de la norma. Para todos los efectos la Empresa de Servicios Temporales sería la presunta responsable de la vulneración de los mencionados derechos laborales, dado que la EST es el empleador frente a los trabajadores en misión.

4.3.6. Derechos de la mujer embarazada: En Sentencia T-308 de 2002³¹, se protegen los derechos de una mujer embarazada, dada la vulneración de los derechos a la vida (art. 11), a la seguridad social (art. 48), al trabajo y la estabilidad reforzada (art. 25), a la familia (art.42), y a la igualdad (art.13) y a la igualdad (art.13), los cuales estimó violados por la EST y la empresa usuaria. Según la actora éstos derechos fueron vulnerados al terminársele sin justa causa su contrato de trabajo durante su embarazo, estando vinculada como trabajadora en misión.

La sala tercera de Revisión de la Corte Constitucional al analizar la violación o amenaza a los derechos fundamentales de la actora como estabilidad reforzada de la mujer trabajadora despedida en estado de gravidez, derecho a la vida, a la seguridad social, al trabajo, la familia y a la igualdad, considera que³²: del análisis del problema jurídico se establecen situaciones fácticas de violación, que si bien es cierto no fueron lo suficientemente probadas por la actora, ninguna fue desvirtuada o siquiera controvertida por alguna de las empresas que se ubican en el extremo pasivo del proceso.

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-308 de 2002.

³² Corte Constitucional de Colombia. *Ibídem*

4.3.7. Temporalidad: La Sentencia 25717 de 2006 (CSJ)³³ lleva evidencia la indiscutible línea de la Corte Suprema, en materia de prórroga de los tiempos de contratación superiores a un año. En este caso, se protege al trabajador que ha sido empleado por más de este tiempo: Una trabajadora que solicita ser considerada como funcionaria oficial debido a que se le contrató por más de dos periodos de 6 meses, la corte decide que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de Empresas de Servicios Temporales trabajadores en misión también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores.

4.4. Informes frente Sanciones

4.4.1. Informe VI (1) trabajo en régimen de subcontratación, CIT 85 (1997)³⁴

En 1997 la conferencia examinó un punto sobre “trabajo en régimen de subcontratación”. Esta cuestión había sido objeto de repetidas muestras de preocupación desde mediados del decenio de 1950, en diversas comisiones de industria y reuniones sectoriales, así como en la Conferencia Internacional del Trabajo misma, en su discusión general sobre la cuestión de la promoción del empleo por cuenta propia.

“... Si no existen, deben instituirse y aplicarse medidas de protección a los trabajadores, con inclusión de los trabajadores por cuenta propia aparentes, frente a los arreglos de subcontratos y contratos laborales que acaban en explotación”

³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25717 de 2006

³⁴ Informe VI. El ámbito de la relación del trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 2003

La definición del «trabajo en régimen de subcontratación» adoptada por la Comisión tenía por objeto aclarar que dicha expresión debería referirse al trabajo realizado personalmente por el trabajador, y que debería aplicarse tanto a las relaciones de trabajo bilaterales (directas) como trilaterales (indirectas), pero no a las relaciones comerciales. Los proyectos de instrumento tratan de considerar las siguientes situaciones, que son distintas entre sí:

1) una relación bilateral directa entre un trabajador y una empresa usuaria, sin que medie una intención mutuamente expresada de establecer una relación laboral, y

2) una relación triangular indirecta en la que:

a) un trabajador efectúa un trabajo para una empresa usuaria en virtud de una relación contractual entre dicha empresa y la empresa que es la empleadora del trabajador (denominada a veces subcontratista), o

b) un trabajador efectúa un trabajo para una empresa usuaria a la que ha sido enviado por un intermediario que no es el empleador del trabajador.

En cada uno de estos casos, el trabajo se efectúa en condiciones de dependencia o de subordinación respecto de la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral.

4.4.2. *Concepto 313786 de 2011. Ministerio de Protección Social hoy Ministerio de Trabajo.*

Dicho concepto fue enfático en resaltar los límites de la contratación de personal en misión a través de una Empresa de Servicios Temporales: El concepto advierte sobre las restricciones frente a la contratación de personal a través de una EST, así: *“Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales solo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias”*³⁵.

Rectifica el concepto que cuando una empresa utiliza los servicios de envío de personal a través de una EST, solo lo debe hacer para situaciones ocasionales, accidentales, transitorias, para reemplazos y aumentos en la producción, casos en los cuales la contratación no podrá ser superior de seis meses, prorrogables por otros seis

³⁵ *Concepto 313786 de 2011. Ministerio de Protección Social. 2011*

CONCLUSIONES

1. Si bien, las empresas de servicios temporales son una fuente principal de generación de empleo en nuestro país, es cuestionable la tendencia a la flexibilización del mercado laboral en donde los empleos temporales se han constituido en la fórmula más utilizada por los empleadores para optimizar los rendimientos financieros y así generar incertidumbre frente a la duración en el empleo. Se concluye que las EST en algunas ocasiones cubren a las empresas usuarias para permitirles eludir sus responsabilidades, ya que al no tener un contrato directo con el trabajador en misión, la gama de derechos de éste respecto a un trabajador de planta del usuario, no son los mismos, sino que disminuyen.
2. El Derecho de Asociación que les asiste a los trabajadores actualmente está rezagado dado que es imposible que personas que están vinculadas de esta forma tan incierta, puedan ejercer el Derecho de Asociación, los trabajadores en esta situación no se pueden afiliar al sindicato base de la empresa pero si al sindicato de industria. Es necesario que los sindicatos se pongan en sintonía con los cambios laborales esforzándose en realizar actividades novadoras, encaminadas a proteger a los trabajadores que cada día son más que están siendo vinculados laboralmente por medio de figuras como las EST.
3. Si uno de las políticas públicas del Estado Colombiano es fortalecer la Transformación Productiva a través del fomento del Comercio, la Industria, y los negocios, no se puede desconocer el beneficio que generan los fenómenos de tercerización permitidos por la ley. La tercerización de procesos, entendida como un mecanismo de hacer más eficiente dentro de las empresas, es un acierto que beneficia la economía del país y que desde luego es una fuente generadora de empleo.

4. Si la actividad que se contrata es para la realización de actividades misionales permanentes, no es posible utilizar el esquema de tercerización a través de las EST, ello ha dado lugar a diferenciar más las particularidades de las Empresas de Servicios Temporales y las sanciones del Ministerio para estos casos. Se observa claramente como algunas EST se comportan como simples intermediarios en donde el trabajador lleva prestando servicios de manera permanente a la misma empresa usuaria, en el mismo cargo, con las mismas funciones, debido a que la empresa usuaria no puede o no quiere vincularlos directamente.

5. Las nuevas regulaciones, deben ser orientadas a que las EST sean constituidas legalmente y conforme a los requisitos establecidos por las normas creadoras, imponiendo que se dediquen exclusivamente para las actividades para las cuales fueron creadas y conforme a su objeto. Es claro, los avances jurisprudenciales frente al tema de responsabilidad, respeto de los derechos de la mujer embarazada, temporalidad y funciones en los cargos de las EST. No obstante, se requiere mayor intervención frente a las sanciones de las mismas, por parte de la rama judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ÁMBITO JURÍDICO. Tercerización, intermediación, labores misionales permanentes y formalización. 2015
2. ANDREO TUDELA, JUAN CARLOS; GUERRERO MAYO, MARIA JOSE; ARCOS BAJO BEATRIZ; GÁLVEZ RUIZ, DAVID. Intermediación en el Mercado Laboral de Mano de Obra Inmigrante Extranjera en la Región de Murcia: El caso de las Empresas de Trabajo Temporal.
3. ARENAS MONSALVE, Gerardo. La contratación de trabajadores a través de empresas de servicios temporales. En: Precedente. Revista jurídica. Universidad ICESI. 2002. Pág. 210
4. ARAGÓN DE PÉREZ, Victorio y PÉREZ GARCÍA, Miguel. Flexibilización Laboral y Outsourcing. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Diké. 1999. Pág. 12.
5. BLANCO RIVERA, Oscar Andrés. Las empresas de Servicios Temporales en Colombia. Revista Latinoamericana de Derecho Social. Núm. 5, pp. 231-237. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM). 2007.
6. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia (32222013), nov. 27/2014, C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia del 7 de Junio de 2006.
7. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencias C-171 de 2012; C-330 de 1995; T-426 de 1998; T-308 de 2002.
8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 25 de Mayo de 2007; 25 de mayo de 2010, Rad. 35790; Sentencia 25717 de 2006; Sentencia de 6 de Diciembre de 2006; Sentencia del 17 de Octubre de 2008; Sentencia del 26 de Enero de 2010;

Sentencia del 17 de Abril de 2012; Sentencia del 12 de Septiembre de 2012; Sentencia del 25 de Septiembre de 2013 y Sentencia del 12 de Noviembre de 2014; Sentencia de Febrero 28 de 1986; Sentencia del 12 de Marzo de 1997 y Sentencia 24 de Abril de 1997.

9. DECRETO 4369 DE 2006, ARTÍCULO 6°. Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales.
10. INFORME VI. El ámbito de la relación del trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 2003
11. ISAZA CASTRO, Juan Guillermo. Flexibilización Laboral: Un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano, Revista Equidad y Desarrollo, Nro. 1, Pág. 12.
12. LEY 909 DE 2004. Artículo 21. Empleos de Carácter Temporal
13. MARTINEZ, Santiago. La tercerización es la Gran fuente de empleo en el País. Septiembre 19 de 2015.
14. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto Reglamentario. file:///C:/Users/CPE/Downloads/proyecto_decreto_formalizacion.pdf Fecha de Consulta: diciembre 30 de 2015.
15. OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. España: Editorial La Ley. 2010. Pág. 278
16. OIL, Tercerización mediante agencias del trabajo temporal en América Latina. Campaña Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Autor reforma Sindical. 2013.

Visto es: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_227991.pdf

17. PRIETO BUSTOS, William Orlando. Intermediación Laboral. Universidad de Medellín. Mayo 2 de 2009. Medellín. Colombia.
18. ROJAS CHAVEZ, Armando Mario. La Intermediación Laboral. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 22:187-210. 2004.
19. ROMERO, Antonio. La Lucha por la Contratación Directa <http://www.pstcolombia.org/article/tercerizaci%C3%B3n-laboral-en-colombia-la-lucha-por-la-contrataci%C3%B3n-directa> Fecha de Consulta: diciembre 30 de 2015.
20. TRUJILLO, Sebastián y CARDONA, Ana María. *El Concepto de Flexibilización Laboral, una mirada a partir del ordenamiento Jurídico Colombiano.* Universidad EAFIT. Medellín, Colombia. 2009.