

Subcontratación y Precarización Laboral, Contexto Abordado desde la Empresa
Mensajera Servientrega S.A., un Estudio de Caso en Bogotá Colombia 2016 - 2022

Emmanuel Adonáí Rodríguez Serrano

Cristhian David Salinas Benavidez



Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca

Facultad de Derecho

Programa de Derecho en Pregrado

Bogotá

2022

Subcontratación y Precarización Laboral, Contexto Abordado desde la Empresa
Mensajera Servientrega S.A., un Estudio de Caso en Bogotá Colombia 2016 - 2022

Emmanuel Adonaí Rodríguez Serrano

Cristhian David Salinas Benavidez

Monografía Para Optar por el Título de Abogado

Director de Proyecto

Dr. Henry Andrey González Sarmiento

Abogado Laboralista



Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca

Facultad de Derecho

Programa de Derecho en Pregrado

Bogotá

2022

Nota de Aceptación

Asesor Temático

Asesor Metodológico

Jurado 1

Jurado 2

15 de abril de 2023

Agradecimientos

Agradecemos principalmente al TODO PODEROSO quien nos ha dado la licencia de adentrarnos en la disciplina del derecho y emprender el camino de una profesión tan encomiable como es la de ser abogado y a nuestros PADRES, quienes con amor, ejemplo y ahínco hicieron de nosotros personas con valores, pensamiento crítico y responsabilidad social.

También nos complace expresar nuestro más sincero agradecimiento a través de este trabajo a nuestra alma mater, UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA, a la FACULTAD DE DERECHO, a todos aquellos respetables docentes quienes con su profesionalismo y ética nos guiaron y transmitieron su conocimiento para que alcanzáramos este gran logro, a nuestro Director de Proyecto, DR. HENRY ANDREY GONZÁLEZ SARMIENTO y a nuestra Asesora Metodológica MYRIAM SEPULVEDA LÓPEZ, quienes con su experiencia nos guiaron de manera idónea durante este proceso, para que tal propósito pudiese llegar a feliz término.

Emmanuel Adonáí Rodríguez Serrano

Cristhian David Salinas Benavides

A mi ESPOSA, LEIDY GÓMEZ MENDIVELSO e HIJOS, JUAN ESTEBAN y ANDRES FELIPE RODRIGUEZ GÓMEZ, quienes han estado todo el tiempo a mi lado, apoyándome y motivándome en los momentos más difíciles, a ellos por siempre mi amor y agradecimiento por su paciencia y comprensión, por su apoyo incondicional y por impulsarme siempre a seguir adelante a lograr esta etapa de mi vida.

Emmanuel Adonáí Rodríguez Serrano

Dedicatoria

Este trabajo de grado está dedicado principalmente al TODO PODEROSO, quien nos ha dado la licencia de adentrarnos en la disciplina del derecho y emprender el camino de una profesión tan encomiable como es la del abogado; también a nuestros PADRES, quienes con amor, ejemplo y ahínco hicieron de nosotros personas con valores, pensamiento crítico y responsabilidad social.

Con el apoyo incondicional de nuestros seres queridos y la venia del Altísimo alcanzamos contra todo pronóstico y obstáculo nuestra carrera profesional, logrando uno de los objetivos más importante de nuestras vidas, por ello, con respeto y gratitud dedicamos este triunfo a: DIOS PADRE CELESTIAL quien nos dio la fortaleza, salud y sabiduría para cumplir con este trabajo; dedicación que extendemos a todas esas personas que ocupan un lugar importante en nuestras vidas y que siempre nos han brindado su ayuda.

Como retribución de ese apoyo incondicional, de Emmanuel y Cristhian, con amor para ustedes:

Leidy Esther Gómez Mendivelso

Daniel Fernando salinas Muñoz

Andres Felipe Rodríguez Gómez

Jaidy Bibiana Benavides amado

Juan Esteban Rodríguez Gómez

Sergio Daniel salinas Benavides

Camila Rodríguez Ramirez

Ricardo Rodriguez Turriago

Declaratoria de Responsabilidad

Las opiniones o ideas expresadas, los conceptos desarrollados, los análisis realizados y las conclusiones resultantes del presente trabajo son de responsabilidad exclusiva de los autores Emmanuel Adonáí Rodríguez Serrano y Cristhian David Salinas Benavides y no comprometen de ninguna forma a la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y/o a su Facultad de Derecho.

Resumen

El presente trabajo se aborda desde un enfoque cualitativo usando como método de investigación un estudio de caso en el periodo 2016 - 2022, en el que se tiene como referente a Servientrega S.A. empresa privada mensajería con centro de operaciones principal en Bogotá, Colombia y cuyo objeto de estudio es establecer si el uso de la subcontratación mediante la tercerización de bienes y servicios y la intermediación laboral es un factor de incidencia en la precarización de las condiciones laborales de sus colaboradores, especialmente en lo que tiene que ver con el derecho al trabajo digno, estabilidad laboral y asociación sindical; partiendo de la base de que dicha práctica ocasiona una ruptura de la relación empleador empleado por tratarse de una figura en la que se presenta la descentralización y externalización..

Bajo este prisma se busca proponer alternativas de vinculación laboral atendiendo los intereses empresariales y las realidades productivas, con espacios que propicien seguridad jurídica para empleados y empleadores, fomentando la generación de empleo sin aminorar derechos laborales. Dicho propósito se basa en una conclusión, siendo esta que las garantías de los trabajadores priman sobre la libertad de empresa y los diferentes contratos existentes a la fecha entre empresa contratante. Contratistas, subcontratistas y trabajadores.

Palabras Clave: subcontratación múltiple, tercerización de bienes y servicios, intermediación laboral, flexibilización laboral, precarización del empleo, asociación sindical, estabilidad laboral, trabajo digno, relación laboral.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	13
1 Ubicación del Problema.....	15
1.1 Descripción del problema	15
1.2 Formulación del Problema.....	18
1.3 Justificación	18
1.4 Objetivos	21
1.4.1 Objetivo General	21
1.4.2 Objetivos Específicos.....	21
2 Marco Teórico Conceptual.....	22
Capítulo I.....	22
Tercerización e Intermediación Laboral, Puntos de Inflexión en la Flexibilización Laboral.	22
2.1 Prelusión	22
2.2 Sumario	22
2.3 La Realidad Laboral en la Involución del Derecho al Trabajo Digno	23
2.3.1 La Carta Magna	23
2.3.2 La contradicción de la Dogmática Constitucional	24
2.3.3 Referente de la Subcontratación Múltiple	25
2.4 Ordenamiento Jurídico Colombiano en Materia Laboral.....	27
2.4.1 Código Sustantivo del Trabajo (CST)	27
2.4.2 Normatividad en Tercerización de Bienes y Servicios.....	30

2.4.3	El Ejercicio de la Función Administrativa	35
2.5	Impacto Social y Jurídico de la Tercerización y la Intermediación	37
2.5.1	La Precarización del Trabajo Digno	37
2.5.2	La Flexibilización Laboral.....	38
2.5.3	Diferencia entre Tercerización e Intermediación	40
2.5.4	Mecanismos Estatales Inocuos	40
Capítulo II	42
Servientrega un Referente de la Deslaboralización y Precarización del Empleo		42
2.6	Prelusión	42
2.7	Sumario	43
2.8	Desarrollo de la Subcontratación Múltiple en la Empresa Privada Desde el Referente Servientrega S.A.	43
2.9	La Deslaboralización por Causa de la Tercerización y la Intermediación Laboral	47
2.9.1	Involución del Derecho de Asociación Sindical	49
2.9.2	Ineficacia de la Legislación Laboral Colombiana e Inobservancia de los Instrumentos Internacionales en Materia Laboral	52
2.10	La Doctrina Jurisprudencial.....	55
2.10.1	Postura de la Corte Constitucional	55
2.10.2	Postura de la Corte Suprema de Justicia	60
Capítulo III.....		63
La Precarización del Empleo a Causa de la Subcontratación Múltiple.....		63

2.11	Prelusión	63
2.12	Sumario	64
2.13	Subcontratación, Conceptos Relevantemente Jurídicos.....	65
2.13.1	Generalidades	65
2.14	Contrato de Servicios de una Empresa Terciaria para el Desarrollo de una Actividad Específica	65
2.15	Servientrega S.A. y la Subcontratación	68
2.16	La Subcontratación Múltiple.....	70
2.16.1	Posicionamiento de la Tercerización y la Intermediación Laboral	70
2.17	La OIT y el impacto de la subcontratación en las relaciones laborales	71
2.18	El Comportamiento de la tercerización en Colombia.....	72
2.19	Modalidades de subcontratación.....	73
2.20	La Subcontratación Múltiple Como Estímulo a la Precarización del Empleo	74
2.20.1	La Precarización.....	74
2.20.2	Fundamentos de adopción legal para la subcontratación.....	75
2.20.3	Escenario Real	75
2.21	La Humanización de las Relaciones Laborales	79
2.21.1	Perspectiva Constitucional	79
2.21.2	Posturas Frente a la Flexibilización Laboral	79
Capítulo IV		81
Proposición de Nuevas Alternativas de Vinculación Laboral		81
2.22	Prelusión.....	81

Sumario	82
2.23 Responsabilidad Patronal.....	82
2.24 Estabilidad Laboral	83
2.25 Derecho de Asociación Sindical.....	84
2.26 Trabajo Digno.....	84
2.27 Alternativas de Vinculación Laboral	87
2.27.1 Escenario	87
2.27.2 Postura de la OIT Frente a la Tercerización	88
2.27.3 Régimen Legal del Contrato de Prestación de Servicios.....	90
2.27.4 Régimen Legal del Contrato Laboral	90
2.27.5 Relaciones Triangulares.....	91
2.27.6 Relaciones Triangulares en Servientrega.....	92
2.27.7 Actividad Misional Permanente.....	92
2.28 Estrategias de Avanzada.....	93
3 Formulación de Hipótesis	94
3.1 Categorías.....	94
4 Marco Metodológico.....	95
4.1 Metodología de la Investigación	95
4.2 Línea de Investigación	95
4.3 Forma o Clase de Investigación.	96
4.4 Tipo de investigación	96
4.5 Técnicas de Recolección de la Información	96

5	Conclusiones o Consideraciones Finales.....	97
5.1.1	Recomendaciones	99
6	Alternativas de Solución Socio – Jurídicas	100
	Referencias.....	102

Introducción

Esta investigación afronta la Tercerización de Bienes y Servicios y la intermediación Laboral como punto de inflexión derivado de los conceptos Microeconómicos de Competitividad Empresarial y Flexibilización Laboral, propósito que se aborda desde el estudio del fenómeno de la subcontratación múltiple, posible factor de incidencia en la precarización del derecho al trabajo digno; por consiguiente, la investigación se centra en estudiar la realidad laboral y su posible afectación por la práctica de la tercerización laboral, derivada de intereses netamente económicos.

En dicho estudio se hará una recopilación de los antecedentes históricos de la tercerización, del marco normativo expedido sobre la materia, para así arribar al marco teórico conceptual que permitirá sentar las bases para hacer un estudio responsable sobre la empresa de mensajería Servientrega S.A. y establecer si hay una relación causa – efecto entre el empleo de la subcontratación en el periodo 2016 – 2022 y la posible precarización de las condiciones laborales de sus colaboradores.

Por ende, la investigación se centrará en analizar qué efectos adversos genera la subcontratación múltiple en relación a las condiciones laborales de los trabajadores del sector privado, además de ello, identificar las consecuencias que se llegan a generar con la ruptura que se presenta entre la empresa de envíos como beneficiaria del servicio recibido en desarrollo de su actividad económica y el trabajador que en últimas viene prestando dicho servicio a través de una tercerización o intermediación laboral, derivada de una multiplicidad de contratos.

En atención a que dicho trabajo se aborda desde una metodología consistente en el estudio de un caso en concreto, esto es, el estudio de la empresa de envíos y mensajería Servientrega S.A. y las diferentes figuras de contratación de las que hace uso, la ruta a escoger es el análisis de la relación que llega a haber entre la subcontratación que se deriva de la tercerización de bienes y servicios y la intermediación laboral y el detrimento de los derechos de trabajo digno, estabilidad laboral y asociación sindical; para así poder determinar si en realidad

se presenta una violación gradual y sistemática de los derechos laborales, en donde no se podrá dejar de lado un análisis de la eficacia de la legislación colombiana frente al uso indebido de figuras laborales y civiles de tercerización e intermediación.

No está en discusión que en la última década, la actividad económica de mensajería, en la empresa privada capitalina, viene haciendo uso de la subcontratación múltiple como estrategia empresarial a nivel organizacional, funcional y económica; no obstante, no se puede desconocer que por el uso de estas modalidades de contratación, desafortunadamente se ve inmersa la precarización del empleo directa o indirectamente, viéndose afectados derechos como el de estabilidad o el de asociación sindical.

Por tal razón, abordando esta problemática que se suscita a través de las realidades actuales en materia laboral y el impacto jurídico y social que ha generado las nuevas figuras de contratación, se busca aterrizar algunas alternativas de vinculación laboral que resguarden los derechos de los trabajadores y de los empleadores dentro de un espacio de seguridad jurídica, atendiendo dos escenarios que se plantean como hipótesis en este trabajo y que por tratarse de un estudio de caso, tendrán respaldo en fuentes de información primaria y secundaria, entre las que se encuentran informes rendidos directamente por Servientrega S.A. y el Ministerio de Trabajo, obras literarias de autores que abarcan estudios de subcontratación, tercerización e intermediación laboral, así como también, la regulación nacional y supranacional relativa a la materia y la jurisprudencia.

1 Ubicación del Problema

1.1 Descripción del problema

La Constitución Política de Colombia dispone que la propiedad privada es un derecho con actividad económica libre, dentro de los límites del bien común por ser base del desarrollo, con una función social, desde allí el Estado controlará cualquier abuso que puedan hacer las empresas aprovechándose de su posición dominante, en pro de proteger los derechos individuales y colectivos. La carta Magna, también reza desde su Preámbulo, que Colombia como Estado social de derecho debe asegurar a sus integrantes el trabajo dentro de un marco jurídico que garantice un orden social justo, pues este es un derecho que debe darse en condiciones dignas y justas.

Desde dichos postulados, el Estado deja por sentado que la legislación laboral expedida por el Congreso debe tener en cuenta los derechos mínimos laborales, la estabilidad laboral y la primacía de la realidad sobre las formalidades, integrando los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados.

En tal sentido, la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores, en atención al reconocimiento que se debe dar a los derechos inalienables de la persona. Aun así, según Rodríguez¹ la realidad es diametralmente opuesta a causa del mundo moderno globalizado que ha emergido con la concepción liberal de flexibilización laboral² (2012, p. 528), trayendo consigo

¹ Abogado de la Universidad la Gran Colombia, especializado en instituciones jurídicas de derecho laboral de la U. Nacional, Medicina e Higiene y seguridad industrial. Conjuez del tribunal superior de Bogotá, sala laboral, docente de Postgrados de la Universidad Nacional, docente de la UCMC.

² Fenómeno económico que implica la capacidad de cambios según las circunstancias o necesidades, permitiendo al mercado autorregularse para corregir fallas generadas por la rigidez del sistema, trayendo consigo consecuencias jurídicas relativas a la flexibilización de las relaciones laborales de las que se desprenden las prestaciones económicas (Trujillo y Cardona , 2009).

la tercerización de bienes y servicios³ y la intermediación laboral⁴, figuras que directa o indirectamente se han desfigurado en su sentido y núcleo esencial, al punto de que la empresa privada valiéndose del piso legal con el que cuentan hace uso de la subcontratación múltiple o sucesión de contratos en cadena; esto, a través de Cooperativas de Trabajo Asociado⁵, Empresas de Servicios Temporales⁶ o mediante Contratos de Prestación de Servicios⁷, fragmentándose de esta manera la responsabilidad laboral, viéndose afectados derechos como el de asociación sindical y estabilidad laboral.

Bajo las circunstancias descritas, se pretende realizar un trabajo de investigación mediante un estudio de caso en el periodo 2016 - 2022, en la ciudad de Bogotá Colombia, en el sector privado de bienes y servicios, particularmente, en la empresa de envíos y mensajería, SERVIENTREGA S.A.⁸, líder en el país en el manejo de envíos (Dinero, 2018).

No obstante, esta investigación se concibe en un espacio de debate y crítica acerca de cómo la flexibilización laboral y la externalización, trascienden al grado de alcanzar una mutación, al conformar esquemas productivos de trabajo basados en la sucesión de contratos en cadena; desde las figuras de la Tercerización de Bienes y Servicios y la Intermediación laboral que en ultima termina en una subcontratación múltiple; ello, a fin de constatar si con la

³ Figura de tercerización, subcontratación u outsourcing encaminada a una relación contractual de naturaleza civil o comercial entre dos partes, uno que requiere el suministro de bienes y/o servicios que contrata a otro, que es un tercero especializado para que los suministre, ejecutando su actividad con autonomía e independencia; respondiendo a la ejecución de un proceso total cuyo propósito es un resultado final específico; estipulado en el art. 34 del CST, que señala además la figura de solidaridad como garantía de los trabajadores (Res. 2021, 2018).

⁴ Es el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente en la Empresa en el desarrollo de sus actividades, esta tarea solo la podrá ser ejercida por las Empresas de Servicios Temporales conforme al Art. 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 (Res. 2021, 2018).

⁵ En adelante CTA. Organización sin ánimo de lucro perteneciente al sector solidario de la economía que asocia personas naturales que a su vez son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa, son aportantes directos de su fuerza de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales para producir bienes en común, ejecutar obras o prestar servicios (Dec. 1072, 2015).

⁶ En adelante EST. Empresa que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, realizada por personas naturales contratadas directamente por la EST, quien fungirá como empleador.

⁷ En adelante OPS. Conforme al art. 34 del CST, se entiende por contratista independiente como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una obra o la prestación de servicios a favor de un beneficiario por un precio determinado, para realizarlo con sus propios medios y con autonomía.

⁸ Empresa de soluciones logísticas que responden a las necesidades de servicios orientados a la recolección, transporte, almacenamiento, empaque y embalaje, logística promocional y distribución de documentos y mercancías (Servientrega, 2016).

práctica de la subcontratación se precariza el empleo afectando derechos fundamentales como trabajo digno, estabilidad laboral y asociación sindical.

A propósito de este último derecho, el artículo 39 de la Constitución Política de 1991 consagra que los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado y gozará de reconocimiento jurídico; por otra parte, el Código Sustantivo de Trabajo atendiendo la Norma Superior, en el artículo 353, núm. 1, establece que los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando sindicatos y en el artículo 354, señala los actos que son considerados como atentatorios del derecho de asociación, disponiendo en el numeral 1, que en los términos del artículo 200 del Código Penal, queda prohibido a toda persona atentar contra el derecho de asociación sindical.”

Sin embargo, pese a que esta prerrogativa está consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano y goza de protección, pareciera encontrarse en vía de extinción, según un informe rendido el 15 de junio de 2021 por la Coordinación de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, en atención a una solicitud que se le realizó; el documento relaciona el registro de nuevas organizaciones sindicales en el periodo 2015 – 2020, con las siguientes cifras:

Estadísticas Registro Sindicatos Bogotá 2015 - 2020

CLASE DE SINDICATO	REGISTROS 2015	REGISTROS 2016	REGISTROS 2017	REGISTROS 2018	REGISTROS 2019	REGISTROS 2020	TOTAL REGISTROS POR CLASE
EMPRESA	2	20	12	21	26	26	107
GREMIO	3	6	18	17	13	25	82
INDUSTRIA	1	14	10	15	11	23	74
OFICIOS VARIOS	1	8	12	20	7	6	54
REGISTROS POR AÑO	7	48	52	73	57	80	317

Fuente: Datos tomados del Ministerio de Trabajo - Grupo Archivo Sindical (2021)

La tabla ilustrada evidencia como en los últimos tiempos se presenta una disminución bastante alarmante en la creación y registro de organizaciones sindicales, si se tiene en cuenta que para el 2020 solo se registraron 7 sindicatos en Bogotá, en comparación con los 80 registrados ante el Ministerio de Trabajo para el 2015; quedando sobre la mesa la necesidad de ahondar en las causas que vienen originando este fenómeno.

Para tal propósito, desde la metodología de estudio que se viene adelantando en esta investigación, como es la del estudio de caso desde el referente Servientrega S.A., se busca indagar si dentro de esta estructura privada hay organizaciones sindicales, si no las hay, cuáles son las causas, si estas causas tienen una relación con los modelos de subcontratación múltiple que utiliza la empresa a través de la tercerización de bienes y servicios e intermediación laboral para el desarrollo productivo de su actividad económica.

También va a ser objeto de estudio el hecho de si dichos modelos contractuales permiten establecer una relación laboral entre Servientrega S.A. y los trabajadores que le prestan el servicio, o si por el contrario, se presenta una ruptura de esta relación ocasionando una deslaboralización; si tal subcontratación pone en desventaja a las personas contratadas bajo estas figuras de tercerización e intermediación con relación a los trabajadores vinculados de manera directa con la compañía; por último, si este modelo contractual representan un escollo para la estabilidad laboral y el trabajo digno.

1.2 Formulación del Problema

¿El empleo de la Subcontratación en el periodo 2016 – 2022 por parte de Servientrega S.A., empresa mensajera de Bogotá Colombia, ha repercutido en la precarización de las condiciones laborales de sus colaboradores?

1.3 Justificación

Los preceptos constitucionales pregonan derechos inalienables que debe irradiar Colombia como Estado social de derecho, entre estos, la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas con especial protección del Estado, fundado en el respeto de la

dignidad humana; sin embargo, en la última década viene cobrando mayor fuerza la subcontratación múltiple como modelo regulador de derechos laborales, implantándose con respaldo en argumentos de generación de empleo formal y competitividad productiva empresarial, rompiendo de alguna manera, sea directa o indirectamente, con la relación laboral entre trabajador y empresa contratante.

En tal sentido, con el fin de hacer un aporte al pretendido cumplimiento real y efectivo de los preceptos constitucionales y de los instrumentos internacionales, el método de investigación utilizado busca:

10. Establecer cómo la subcontratación múltiple estimula la precarización del empleo desde los modelos contractuales utilizados por Servientrega S.A.

20. Proponer alternativas de vinculación laboral que puedan repercutir en la generación de empleo, sin dejar de lado las nuevas realidades productivas en el contexto laboral, teniendo como derroteros los siguientes:

i) Mecanismos de flexibilización laboral que propicien espacios de seguridad jurídica para los empleados y el ejercicio efectivo de sus derechos.

ii) El fomento a la generación de empleo sin aminorar derechos laborales como el de estabilidad y asociación sindical.

iii) La primacía de las garantías de los trabajadores sobre la libertad de empresa y la modalidad de contratación.

Se concluye entonces, que el desarrollo de trabajos ligados a las actividades misionales permanentes de la empresa debe darse en condiciones dignas y justas como lo consagra la Constitución y la Ley. Al responderse el por qué y para qué del trabajo, la investigación cobra importancia ya que con esta se aspira llegar a ser un eslabón del trabajo mancomunado que se surte entre el Ejecutivo, el Legislador, el Juez, la Empresa Privada y la Academia; poniendo a la luz la necesidad de encontrar herramientas más apropiadas, que estén dirigidas al respeto por el

derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, planteando límites a la Subcontratación Múltiple sin caer en un descuido del estímulo al desarrollo empresarial.

Pese a los abundantes conceptos y criterios dados en la materia, toda vez que el eje central de estudio se fijará en la precarización del empleo ocasionada por la subcontratación múltiple en el desarrollo misional permanente de la actividad económica de la empresa privada; se impulsa esta investigación buscando determinar la incidencia de la sucesión de contratos en la precarización, en el derecho de asociación sindical y en la estabilidad laboral, con fines académicos de que buscan proponer nuevas alternativas de vinculación laboral.

Como la investigación se trazará bajo la metodología de un estudio de caso, se trae como referente a Servientrega S.A., porque se considera que su estructura y condiciones brindan elementos de estudio a la investigación propuesta, de acuerdo con las siguientes características:

- Tiene a su cargo 7190 colaboradores con tan solo 515 trabajadores directos y 6675 indirectos (Servientrega, 2016), cifra total que aumento para el 2018 en 7337.
- Cuenta con 3909 centros de soluciones en todo el país de los cuales 982 son en Bogotá, ocupando el 36% de participación de envíos entre 186 operadores de servicios postales (Servientrega, 2018).
- Para el desarrollo del giro ordinario de su negocio, utiliza la tercerización de bienes y servicios a través de la Sociedad de Transporte de Carga Timón S.A.⁹, esta a su vez hace uso de la intermediación laboral con las Empresas de Servicios Temporales Sion Capital Humano SAS¹⁰ y Alianza Temporal SAS¹¹.

⁹ Con aprobación N° 01029 del Ministerio de Transporte, identificada con el NIT N° 800.166.412-6, se constituyó como una sociedad de transporte de carga y soluciones integrales en la administración, mantenimiento vehicular, transporte de carga y transporte especial de pasajeros (Timón, s.f).

¹⁰ Empresa de servicios, creada con el objeto social de suministro de personal temporal en el área administrativa, industrial y comercial para atender licencias, permisos, vacaciones, incapacidades, etc.; incrementos en la producción, transporte, ventas, elaboración de trabajos adicionales o de Outsourcing de servicios cuando lo requiera el cliente (Sion Capital Humano, s.f).

¹¹ Empresa de servicios temporales con trayectoria en el mercado laboral, con sede principal en Bogotá, Cumplen con las regulaciones de ley pertinentes al servicio que ofrecen de acuerdo con su razón social, debidamente autorizados por el Ministerio del Trabajo (Alianza Temporales, s.f).

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo General

Evaluar si el empleo de la Subcontratación en el periodo 2016 – 2022 por parte de Servientrega S.A., empresa mensajera de Bogotá Colombia, ha repercutido en la precarización de las condiciones laborales de sus colaboradores

1.4.2 Objetivos Específicos

- Definir los aspectos que conllevan a relacionar la Precarización del Empleo con la Subcontratación Laboral.
- Identificar los derechos laborales que se ven afectados con la Subcontratación, desde el referente Servientrega S.A.
- Proponer alternativas de vinculación laboral dando prevalencia a los derechos de los trabajadores sobre las formas contractuales.

2 Marco Teórico Conceptual

Capítulo I

Tercerización e Intermediación Laboral, Puntos de Inflexión en la Flexibilización Laboral.

2.1 Prelusión

En este primer capítulo se analiza la Tercerización de Bienes y Servicios y la intermediación Laboral como puntos de inflexión derivados de los conceptos Microeconómicos de Competitividad Empresarial y Flexibilización Laboral, propósito que se aborda desde el estudio del fenómeno de la subcontratación múltiple y el estímulo a la precarización del derecho al trabajo digno; por consiguiente, la primera parte se centrará en la contrariedad existente entre el deber ser de la dogmática constitucional y la realidad laboral derivada de intereses netamente económicos.

De manera subsiguiente, se trabaja una segunda parte que estudia el ordenamiento jurídico en materia laboral de donde emanan las prerrogativas de los trabajadores y el marco legal que ha permitido que se utilice de manera disfrazada la deslaboralización.

Por último, la tercera parte se encarga de ubicar y analizar el problema objeto de investigación y su impacto social y jurídico atendiendo los ejes temáticos que giraran en torno a los Tópicos expuestos.

2.2 Sumario

2.3 La Realidad Laboral en la Involución del Derecho al Trabajo Digno; 2.3.1 La Carta Magna; 2.3.2 La contradicción de la Dogmática Constitucional; 2.3.3 Referente de la Subcontratación Múltiple; 2.4 Ordenamiento Jurídico Colombiano en Materia Laboral; 2.4.1 Código Sustantivo del Trabajo (CST); 2.4.2 Normatividad en Tercerización de Bienes y Servicios; 2.4.3 El Ejercicio de la Función Administrativa; 2.5 Impacto Social y Jurídico de la Tercerización y la Intermediación; 2.5.1 La Precarización del Trabajo Digno; 2.5.2 La Flexibilización Laboral; 2.5.3 Diferencia entre Tercerización e Intermediación; 2.5.4 Mecanismos Estatales Inocuos.

2.3 La Realidad Laboral en la Involución del Derecho al Trabajo Digno

2.3.1 La Carta Magna

La Constitución Política de Colombia de 1991 en el título II, capítulo 2, dispone que la propiedad privada es un derecho y pone en cabeza del Estado la protección de las formas asociativas y solidarias de propiedad (art. 58); establece además en el título XII, capítulo 1, que la actividad económica es libre dentro de los límites del bien común donde la empresa como base del desarrollo, tiene una función social, allí el Estado fortalecerá las organizaciones solidarias, estimulará el desarrollo empresarial y controlará cualquier abuso que puedan hacer las empresas aprovechándose de su posición dominante (art. 333); en tal sentido, el título II, capítulo 4, consagra que dicha libertad debe estar en sincronía con la integridad del orden jurídico y la protección de los derechos individuales y colectivos (art. 89).

Ha de sumarse a ello, que su Preámbulo, estatuye que Colombia como Estado social de derecho deberá asegurar a sus integrantes, el trabajo dentro de un marco jurídico que garantice un orden social justo (Const., 1991); toda vez que según el título I, la Republica unitaria de Colombia se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la prevalencia del interés general (Const., 1991, art. 1); y, el título II, capítulo 1, consagra el trabajo como un derecho que debe darse en condiciones dignas y justas, gozando de especial protección del Estado (Const., 1991, art. 25); garantizando el derecho a la constitución de sindicatos (Const., 1991, art. 39).

Es así como el título II, capítulo 2, determina que la legislación laboral expedida por el Congreso deberá tener en cuenta los derechos mínimos laborales, la estabilidad laboral y la primacía de la realidad sobre las formalidades, integrando los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados y estableciendo, que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Const., 1991, art. 53); lo anterior de acuerdo a los postulados del título I y el título II, capítulo 2, teniendo en cuenta que son fines esenciales del Estado, promover la prosperidad

general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Const., 1991, art. 2) reconociendo los derechos inalienables de la persona (Const., 1991, art. 58).

2.3.2 La contradicción de la Dogmática Constitucional

Según Rodríguez¹² la realidad laboral es diametralmente opuesta a los postulados constitucionales, pues ha emergido del mundo moderno globalizado la concepción liberal de flexibilización laboral¹³ (2012, p. 528), trayendo consigo la tercerización de bienes y servicios¹⁴ y la intermediación laboral¹⁵, desfigurándose el sentido y núcleo esencial de estas dos figuras.

Ello, porque la empresa privada de manera indebida utiliza la subcontratación múltiple o sucesión de contratos en cadena, por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado¹⁶, Empresas de Servicios Temporales¹⁷ o a través de Contratos de Prestación de Servicios¹⁸ (Legis Ámbito Jurídico, 2018), fragmentando de esta manera la responsabilidad laboral a causa de la utilización de la subcontratación, instrumento de evasión donde la contratación directa es reemplazada por entidades que carecen de estructura propia y producción especializada,

¹² Abogado de la Universidad la Gran Colombia, especializado en instituciones jurídicas de derecho laboral de la U. Nacional, Medicina e Higiene y seguridad industrial. Conjuez del tribunal superior de Bogotá, sala laboral, docente de Postgrados de la Universidad Nacional, docente de la UCMC.

¹³ Fenómeno económico que implica la capacidad de cambios según las circunstancias o necesidades, permitiendo al mercado autorregularse para corregir fallas generadas por la rigidez del sistema, trayendo consigo consecuencias jurídicas relativas a la flexibilización de las relaciones laborales de las que se desprenden las prestaciones económicas (Trujillo y Cardona, 2009).

¹⁴ Figura de tercerización, subcontratación u outsourcing encaminada a una relación contractual de naturaleza civil o comercial entre dos partes, uno que requiere el suministro de bienes y/o servicios que contrata a otro, que es un tercero especializado para que los suministre, ejecutando su actividad con autonomía e independencia; respondiendo a la ejecución de un proceso total cuyo propósito es un resultado final específico; estipulado en el art. 34 del CST, que señala además la figura de solidaridad como garantía de los trabajadores (Res. 2021, 2018).

¹⁵ Es el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente en la Empresa en el desarrollo de sus actividades, esta tarea solo la podrá ser ejercida por las Empresas de Servicios Temporales conforme al Art. 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 (Res. 2021, 2018).

¹⁶ En adelante CTA. Organización sin ánimo de lucro perteneciente al sector solidario de la economía que asocia personas naturales que a su vez son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa, son aportantes directos de su fuerza de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales para producir bienes en común, ejecutar obras o prestar servicios (Dec. 1072, 2015).

¹⁷ En adelante EST. Empresa que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, realizada por personas naturales contratadas directamente por la EST, quien fungirá como empleador.

¹⁸ En adelante OPS. Conforme al art. 34 del CST, se entiende por contratista independiente como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una obra o la prestación de servicios a favor de un beneficiario por un precio determinado, para realizarlo con sus propios medios y con autonomía.

limitando tan solo su función a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, diluyendo las obligaciones patronales que atañen al reconocimiento de derechos en el trabajo (Jaramillo, 2019)¹⁹.

2.3.3 Referente de la Subcontratación Múltiple

En Bogotá, esta tendencia que mengua el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, es de uso común en el sector privado de bienes y servicios en las empresas de envíos y mensajería, por lo que se trazará la ruta de estudio sobre SERVIENTREGA²⁰ como referente, por ser líder en el país en el manejo de envíos (Dinero, 2018), teniendo a su cargo 7190 colaboradores con tan solo 515 trabajadores directos y 6675 indirectos (Servientrega, 2016), cifra total que aumento para el 2018 en 7337, contando además con 3909 centros de soluciones en todo el país de los cuales 982 son en Bogotá, ocupando el 36% de participación de envíos entre 186 operadores de servicios postales (Servientrega, 2018), considerando que para el desarrollo del giro ordinario de su negocio, utiliza la tercerización de bienes y servicios a través de la Sociedad de Transporte de Carga Timón S.A.²¹, esta a su vez hace uso de la intermediación laboral con las Empresas de Servicios Temporales Sion Capital Humano SAS²² y Alianza Temporal SAS²³.

¹⁹ Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Ex Becario del Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Problemas del Trabajo y Relaciones Laborales de la OIT, magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia (Italia), Autor de los libros Principios Constitucionales y Legales del Derecho del Trabajo Colombiano (2010); Del Derecho Laboral al Derecho del Trabajo (2011); Traslados y Recuperación del Régimen de Transición Pensional en la Jurisprudencia Laboral (2013) (Legis, 2020).

²⁰ Empresa de soluciones logísticas que responden a las necesidades de servicios orientados a la recolección, transporte, almacenamiento, empaque y embalaje, logística promocional y distribución de documentos y mercancías (Servientrega, 2016).

²¹ Con aprobación N° 01029 del Ministerio de Transporte, identificada con el NIT N° 800.166.412-6, se constituyó como una sociedad de transporte de carga y soluciones integrales en la administración, mantenimiento vehicular, transporte de carga y transporte especial de pasajeros (Timón, s.f).

²² Empresa de servicios, creada con el objeto social de suministro de personal temporal en el área administrativa, industrial y comercial para atender licencias, permisos, vacaciones, incapacidades, etc.; incrementos en la producción, transporte, ventas, elaboración de trabajos adicionales o de Outsourcing de servicios cuando lo requiera el cliente (Sion Capital Humano, s.f).

²³ Empresa de servicios temporales con trayectoria en el mercado laboral, con sede principal en Bogotá, Cumplen con las regulaciones de ley pertinentes al servicio que ofrecen de acuerdo con su razón social, debidamente autorizados por el Ministerio del Trabajo (Alianza Temporales, s.f).

Este modelo indebido de subcontratación múltiple más allá de ser una estrategia económica para la maximización de los recursos es una tercerización de bienes y servicios ilegal, que a su vez deriva en una intermediación laboral también ilegal (Res. 2021, 2018), considerando que el único fin perseguido de la empresa principal o beneficiaria²⁴, al gestar una vinculación indirecta de trabajadores a través de contratos improcedentes bajo la figura de trabajadores en misión con contrato de obra o labor para el desarrollo de su actividad misional permanente, es hacer figurar a los terceros proveedores²⁵ como simples empleadores, maniobra abusiva que hace la empresa aprovechándose del sentido legal con el que se creó la Tercerización y la Intermediación, desnaturalizando toda relación laboral contractual y las obligaciones patronales que le asisten (Jaramillo, 2019).

Dicha situación genera un impacto social negativo en lo que refiere al derecho al trabajo digno, pues la empresa beneficiaria lo que busca con esta maniobra arbitraria es romper toda relación laboral estableciendo relaciones contractuales civiles o comerciales con terceros, que son los encargados de contratar las personas en misión²⁶ para que desarrollen las labores objeto de la razón social de la empresa, modelando una forma de contratación improcedente, a expensas de la facultad legal que el Estado le concedió a las CTA, EST y OPS (Dinero, 2018); desdibujándose el sentido legal único y real que tiene la Flexibilización laboral y la maximización de recursos de la producción de bienes, ya que se ubica al recurso humano en posición de desventaja y desmejora (Arenas²⁷, Piedrahita²⁸ y Plata²⁹, 2007).

²⁴ Persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o la prestación de un servicio por parte de un proveedor. (Decreto 1072, 2015).

²⁵ Persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo (Decreto 1072, 2015).

²⁶ Conforme al art. 74 de la ley 50 de 1990, el trabajador en misión es el enviado por una EST a las dependencias de un beneficiario para cumplir la tarea o el servicio contratado por este.

²⁷ Abogado Universidad de Medellín, docente investigador de la Facultad de Derecho, coordinador de la línea de investigación en derecho laboral adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas.

²⁸ Abogado Universidad de Medellín, catedrático y coinvestigador de la Facultad de Derecho, miembro de la línea de investigación en derecho laboral y de la seguridad social.

²⁹ Abogado Universidad de Medellín, catedrático en la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas y coinvestigador de la línea de investigación en derecho laboral.

En tales circunstancias, esta investigación se concibe en un espacio de debate y crítica a cerca de cómo la flexibilización laboral y la externalización, trascienden al grado de alcanzar una mutación extremadamente dañina, al conformar esquemas productivos de trabajo basados en la sucesión de contratos en cadena; saliendo a la luz, como la empresa privada fusiona de manera siniestra la Tercerización de Bienes y Servicios y la Intermediación laboral para conformar una subcontratación múltiple; escudándose en supuestos mecanismos de consolidación de competitividad empresarial, incentivos a la generación de empleo y formalización laboral; andamiaje que el Legislador y las Altas Cortes en sus pronunciamientos no lo han contemplado-

A esto se suma la benevolencia y permisividad del Gobierno frente a esta acción de trasladar la relación jurídica de las partes contractuales fuera del ámbito protector del derecho laboral y la falta de protección eficaz ante la violación de los derechos de los trabajadores, coadyuvando significativamente a una involución total de las conquistas laborales alcanzadas en el devenir histórico Colombiano, causando con ello la precarización del empleo (Rodríguez, 2012).

2.4 Ordenamiento Jurídico Colombiano en Materia Laboral

2.4.1 Código Sustantivo del Trabajo (CST)

El Título preliminar, consagra los principios generales, instituyendo como finalidad primordial de este código, la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social (CST, 1950, art. 1); y, define el trabajo como toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo (CST, 1950, art. 5); distinguiéndolo del Trabajo ocasional, accidental o transitorio, que no es mayor de un mes y trata de labores distintas a las actividades normales del empleador (CST, 1950, art. 6)

En estos principios generales, se instituye una serie mandatos tendientes a la salvaguarda de unas garantías mínimas con correspondencia a que: el trabajo siendo lícito su ejercicio, debe estar encaminado a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad (CST, 1950, art. 8); por cuanto goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes, que obliga a los funcionarios públicos a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos (CST, 1950, art. 9); siendo estos entre otros; el que tiene toda persona del derecho al trabajo (CST, 1950, art. 11); los derechos de asociación y huelga (CST, 1950, art. 12); y, un mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores, desconociendo cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo (CST, 1950, art. 13).

Por ende, las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público siendo los derechos y prerrogativas que ellas conceden irrenunciables (CST, 1950, art. 14); invalidándose cualquier transacción de derechos ciertos e indiscutibles (CST, 1950, art. 15); puesto que por ser las normas de trabajo de orden público, producen efecto general inmediato, reconociendo la prestación más favorable al trabajador cuando aparezca una ley nueva, convención o fallo arbitral (CST, 1950, art. 16); estando la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales encomendadas a las autoridades administrativas del Trabajo. (CST, 1950, art. 17).

En lo relativo al Contrato Individual de Trabajo, en el Título I, Capítulo 1, se define como aquel por el cual una persona natural denominado trabajador se obliga a prestar un servicio personal, bajo la continuada dependencia o subordinación, a otra persona, natural o jurídica denominado empleador, quien recibe el servicio a cambio de una remuneración (CST, 1950, art. 22); exigiendo la concurrencia de tres elementos esenciales: la actividad personal del trabajador; la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio; reunidos los tres elementos, se configura el contrato de trabajo, sin dejar de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que

se le agreguen (CST, 1950, art. 23); recayendo sobre toda relación de trabajo personal la presunción de un contrato de trabajo (CST, 1950, art. 24).

Por otra parte, en el Capítulo 3, se enuncian como Representantes del Empleador además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las personas que ejerzan funciones de dirección o administración y los intermediarios y como tales lo obligan frente a sus trabajadores (CST, 1950, art. 32); en este capítulo también se identifican:

(i) a los contratistas independientes que son verdaderos empleadores y no representantes o intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una obra o la prestación de servicios en beneficio de un tercero, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlo, con sus propios medios, libertad y autonomía técnica y directiva.

En este modelo, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, sin sujeción a estipulaciones entre el beneficiario y el contratista; siendo también solidariamente responsable, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun cuando los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de estos (CST, 1950, art. 34).

(ii) a los simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, los que contraten servicios de personas para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador; coordinando los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos, utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del empleador para el beneficio de éste, en actividades ordinarias inherentes a su objeto social; se debe declarar esa calidad, manifestando el nombre del empleador, de no hacerse, el simple intermediario responderá solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas (CST, 1950, art. 35).

El Código en el Capítulo 5, trae que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, obligando no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella (CST, 1950, art. 55).

El Capítulo 8, estatuye la configuración de Empleadores sin carácter de empresa, donde dispone que las sociedades cooperativas deben a sus trabajadores las mismas prestaciones que las empresas; y se tendrá como capital para graduarlas el valor de su patrimonio, según certificación de la Superintendencia del ramo (CST, 1950, art. 339).

El Título I, Capítulo 1, dispone los Derechos de Asociación. De acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Política los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; estos poseen el derecho de unirse o federarse entre sí. Las asociaciones profesionales o sindicatos deben ajustarse en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, a las normas de este título y están sometidos a la inspección y vigilancia del Gobierno, en cuanto concierne al orden público. Los trabajadores y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas con la sola condición de observar los estatutos de las mismas (CST, 1950, art. 353).

2.4.2 Normatividad en Tercerización de Bienes y Servicios

- **Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA).** Las CTA, cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios (Ley 79, 1988, art. 70).

El Objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia (Dec., 1072, 2015, art. 2.2.8.1.5).

La Norma reguladora de las CTA le impone condiciones para contratar con terceros, dado que solo podrán contratar la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico. Los procesos también podrán contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final. (Dec., 1072, 2015, art. 2.2.8.1.6).

El trabajo asociado cooperativo debe ser una actividad libre, autogestionaria, física, material o intelectual o científica, que desarrolla en forma autónoma un grupo de personas naturales que han acordado asociarse solidariamente, fijando sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales autogobiernan sus relaciones, con la finalidad de generar empresa. El trabajo asociado cooperativo se registrará por sus propios estatutos; en consecuencia, no le es aplicable la legislación laboral ordinaria que regula el trabajo dependiente. (Dec., 1072, 2015, art. 2.2.8.1.6).

Estas asociaciones no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado (Dec., 1072, 2015, art. 2.2.8.1.16). A partir de la entrada en vigor del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, las instituciones o empresas públicas y/o privadas no

podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con Cooperativas de Trabajo Asociado. (Dec., 1072, 2015, art. 2.2.8.1.42).

- **Empresas Asociativas de Trabajo.** La Ley 10 de 1991, regula las Empresas Asociativas de Trabajo, que serán organizaciones económicas productivas, cuyos asociados aportan su capacidad laboral, por tiempo indefinido y algunos además entregan al servicio de la organización una tecnología o destreza, u otros activos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la empresa (Ley 10, 1991, art. 1). Tienen como objetivo social la producción, comercialización y distribución de bienes básicos de consumo familiar o la prestación de servicios individuales o conjuntos de sus miembros (Ley 10, 1991, art.3).

Los aportes de carácter laboral que haga cada uno de los Asociados serán evaluados por la Junta de Asociados por períodos semestrales, asignando una calificación al desempeño y a la dedicación. En el caso de que haya aportes adicionales en tecnología o destreza, la calificación se hará teniendo en cuenta su significado para la productividad de la Empresa. La redistribución de estos aportes adicionales, en ningún caso podrá ser superior a la cuarta parte de lo que se asigne a la totalidad de los aportes de carácter laboral. Los Asociados tienen una relación de carácter típicamente comercial con las Empresas Asociativas de Trabajo. Por tanto, los aportes de carácter laboral no se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, sino por las normas del Derecho Comercial. (Ley 10, 1991, art.4).

- **Empresas de Servicio Temporal (EST).** De acuerdo con el Convenio 181 de la OIT, las EST son un mecanismo de flexibilización de las relaciones del mercado laboral, desarrollando su regulación en Colombia inicialmente, la Ley 50 de 1990 en los artículos 71 al 94 y con posterioridad, el Decreto 4369 de 2006, incluido en el Decreto Compilatorio 1072 de 2015, tratando esta materia con mayor profundidad.

Es empresa de servicios temporales 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 éstas el carácter de empleador (Ley 50, 1990, art. 71); 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 los artículos 2.2.6.5.1. y siguientes del presente ley.

Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas de trabajo asociado; para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa. Para los efectos del presente capítulo, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios. De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta; en el caso de las sociedades por acciones simplificadas, SAS, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle (Dec., 1072, 2015, art. 2.2.8.1.41)

Las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior (Ley 50, 1990, art. 72). Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo; Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; 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 más (Ley 50, 1990, art. 77).

Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos: Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; 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 más.

Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (Dec., 1072, 2015, art. 2.2.6.5.6).

Los contratos que celebren la Empresa de Servicios Temporales y la usuaria deben suscribirse siempre por escrito y en ellos se hará constar que la Empresa de Servicios Temporales se sujetará a lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo para efecto del pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores. Igualmente, deberá indicar el nombre de la compañía aseguradora, número de la póliza, vigencia y monto de la misma, con la cual se garantizan las obligaciones laborales de los trabajadores en misión (Dec., 1072, 2015, art. 2.2.6.5.8).

Los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán: Constar por escrito; hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos; especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión; Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se

tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78. de la presente ley (Ley 50, 1990 art.81).

2.4.3 El Ejercicio de la Función Administrativa

Dentro de los principios de la función pública, conforme a los artículos 208 y 209 de la Constitución Política y el artículo 9 del CST, en ejercicio de su función administrativa y el deber de protección que le asiste al Estado, así como el artículo 1 del Decreto 4108 de 20011 que define los objetivos del Ministerio de Trabajo mediante el sistema efectivo de vigilancia, inspección y Control; funciones descritas en:

El artículo 6 del mismo decreto y en virtud del numeral 2 del artículo tercero de la Ley 1610 de 2013 que le atribuye la facultad de requerir o sancionar como autoridad de policía del trabajo (Res. 2021, 2018); en atención al artículo 71 y ss de la Ley 50 de 1990; el artículo 63 de la ley 1429 de 2010; el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015; el Decreto 2025 de 2011 con nulidad de los artículos 2, 4 (incisos 1 y 3), 5, 9 y 10, mediante sentencia No. 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011) del 19 de febrero de 2018; el Decreto 583 de 2016 con nulidad de los numerales 4 y 6 del artículo 1 mediante sentencia No. 11001-03-25-000-2016-00486-00 (2218-2016); el Decreto 683 de 2018 que derogó el capítulo 2 del título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015 (Res. 2021, 2018).

Acerca de la Intermediación laboral, indicando que la normatividad Colombiana ha señalado que esta actividad se desarrolla desde tres perspectivas: la primera, que es a través del simple intermediario contenido en el artículo 35 del CST; la segunda, corresponde al servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo, contenido en el artículo 2.2.6.1.2.17 del Decreto 1072 de 2015 y la tercera, corresponde al envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas en el desarrollo de sus actividades, que solo podrá ser desarrollada por las EST, de acuerdo al artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 incorporado en el Decreto 1072 de 2015 (Res. 2021, 2018).

Señala además que la figura de la tercerización, subcontratación u “outsourcing” es una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes; aquel que requiere el suministro de bienes y/o servicios y contrata a un tercero especializado para que satisfaga su necesidad, situación establecida en el artículo 34 del CST, que lleva implícita la figura de solidaridad. Que el fenómeno de la tercerización es una realidad de las sociedades contemporáneas que hace parte del giro normal de los negocios, por ser dinamizadora de la economía, potencializar la industria y ser una herramienta de formalización laboral constituyéndose en fuente de empleo que disminuye la informalidad (Res. 2021, 2018).

Precisa el Ministerio de Trabajo, que la tercerización y la intermediación son figuras totalmente diferenciadas pero que en la ejecución de las dos se debe garantizar los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en la normatividad laboral; por cuanto tercerizar o subcontratar no es ilegal ni prohibido por la ley; que lo que sí es prohibido es la intermediación laboral ilegal y la problemática ha radicado en la equiparación del suministro de personal para realizar actividades propias del objeto de la empresa con la prestación de un servicio o suministro de un bien, por lo que no es permitido por el ordenamiento colombiano, por cuanto los trabajadores no son mercancía, pues la regla general es la contratación directa a través de contratos individuales (Res. 2021, 2018).

Que el abuso de la intermediación laboral ha traído episodios graves como el sucedido con las CTA, que a pesar de tener un objeto legal fueron utilizadas para suministrar personal en algunos casos de forma directa y otros de forma simulada, generándose procesos de flexibilización laboral irregular conllevando a una violación flagrante de las garantías y derechos de los trabajadores.

Al respecto ha dicho el Ministerio de Trabajo que si bien es cierto que la intermediación laboral es legal, dicha labor no puede ser asumida por cualquier clase de empresa, razón por la cual, una empresa al desconocer que dicha actividad es propia de las Empresas de Servicios

Temporales suministre personal a otras empresas sin tener este objeto social, incurre tanto el contratante como el contratista en una intermediación laboral ilegal. (Res. 2021, 2018).

2.5 Impacto Social y Jurídico de la Tercerización y la Intermediación

2.5.1 La Precarización del Trabajo Digno

La necesidad que surge de plantear el problema de Investigación radica en sustentar como la Tercerización de Bienes y Servicios y la Intermediación Laboral ha mutado en una evidente tercerización abusiva que desorienta por completo la responsabilidad social que le asiste al empresario de brindar oportunidades de trabajo en condiciones dignas y justas de acuerdo al ordenamiento jurídico; pues a través de formas de contratación improcedentes, se desdibuja el sentido legal de la Flexibilización laboral.

Situación esta, se da al punto de romperse toda relación laboral a través de la Subcontratación Múltiple en el desarrollo de actividades que hacen parte del objeto social o giro del negocio; conllevando con ello a la precarización del empleo digno, dado que se traslada la relación jurídica de las partes contractuales fuera del ámbito protector del derecho laboral; dejando así de primar la subordinación jurídica de la relación laboral; circunstancia esta, que obedece a los escasos mecanismos procesales o procedimentales eficaces que permitan superar las apariencias formales y se pueda determinar la verdad material de las relaciones contractuales que se originan con la flexibilización laboral.

Como se ha dicho inicialmente, la Constitución Nacional preceptúa que Colombia es un Estado social de derecho con la obligación de asegurarle trabajo a sus integrantes, en el marco jurídico de un orden social justo; deber que se desprende de un Estado que se funda en el respeto de la dignidad humana con prevalencia en el interés general, teniendo como fin esencial garantizar al pueblo colombiano el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas bajo la especial protección del Estado; no obstante, las nuevas realidades productivas en el contexto laboral se alejan de la dogmática constitucional; ya que ubican en total desequilibrio a los

trabajadores dependientes frente a la empresa privada, en relación al contrato de trabajo (Rodríguez, 2012).

Tal Situación, genera un impacto social negativo, toda vez que a través del uso deliberado de la Tercerización de Bienes y Servicios y la Intermediación Laboral como medio intensificado de encubrimiento³⁰ (Arenas, et al, 2007); se ha concebido la maniobra de la subcontratación múltiple o sucesión de contratos en cadena (Donoso, 2015), para el desarrollo de trabajos ligados al objeto social de la empresa privada, utilizándose indebidamente contratos no ajustados al desarrollo de actividades misionales permanentes, cercenando así, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas que consagra la Constitución y la Ley (Res. 2021, 2018).

Con lo anterior es de tener presente que los tópicos aquí planteados no son un tema nuevo de discusión, por el contrario, la tercerización y la intermediación, son figuras de vieja data pero que han cobrado mayor fuerza en las últimas dos décadas; temas que han sido objeto de extensos debates, regulación normativa, pronunciamientos jurisprudenciales y estudio doctrinal, sin que al momento se haya alcanzado una garantía real de los derechos laborales; por el contrario, lo que se ha dado es un paso atrás, desmontándose deliberadamente todas las conquistas laborales alcanzadas en otrora, pues aquellos logros en vía de extinción redundan en la involución del derecho del trabajo y la precarización del empleo.

2.5.2 La Flexibilización Laboral

Rodríguez (2012), ha dicho que la flexibilización laboral como modelo regulador de derechos laborales se ha implantado bajo los sofismas de generación de empleo formal y competitividad productiva empresarial respaldándose con tres componentes; (i) flexibilidad en el empleo, con capacidad de poderse contratar o despedir sin mayores limitaciones legales; (ii) la flexibilidad en el salario, con capacidad de poderse ajustar este, de acuerdo a las necesidades del mercado; (iii) la flexibilidad en su objeto contractual; con la capacidad de una

³⁰ El fenómeno de encubrimiento laboral intensificado en las nuevas realidades productivas se materializa en el traslado de la relación jurídica que se deriva de la relación contractual por fuera del ámbito protector del Derecho Laboral a áreas de mayor benevolencia como la civil o comercial (Ugarte, 2004).

multifuncionalidad en desarrollo de tareas y asignación de horarios diferentes; sin mayor restricción en las facultades de los empleadores. Ante este asunto también ha señalado Rodríguez (2012), que la Flexibilización Laboral crea un espacio de inseguridad jurídica para los empleados, en tanto no hay un ejercicio efectivo de sus derechos; de allí, que las políticas de flexibilización laboral en Colombia ha dado como resultado:

a) una extensión de la jornada diurna, por consiguiente se da una reducción de los recargos nocturnos.

b) jornadas flexibles de trabajo, manejándose la opción de horarios diferentes a las 48 horas según las necesidades de la empresa, reduciéndose el salario por cuanto este será proporcional al tiempo trabajado

c) una reducción en el valor del recargo en el trabajo dominical y festivo; sujetándose su pago a si es ocasional o habitual

d) pérdida del derecho al reintegro cuando se tiene una antigüedad mayor a diez años; e) debilitamiento de las organizaciones sindicales existentes y limitación para la conformación de nuevas organizaciones y negociaciones colectivas; f) una tercerización en el empleo; y, g) unos pagos por productividad.

También frente a la Flexibilización Laboral en Colombia, Rojas³¹ (2016), señala que con la reforma laboral alcanzada con la Ley 789 de 2002, se buscó implementar un mecanismo de flexibilización laboral con el fin de fomentar la generación de plazas de trabajo, saliendo a la luz un problema de bastante embergadura; generar empleo aminorando derechos laborales, primando la libertad de empresa sobre las garantías de los trabajadores; sin embargo, no existe una relación entre la reducción de costos laborales y la demanda de trabajadores, pues esta depende de la productividad de las empresas; tesis que puede ser sustentada con estudios realizados por autores como Izasa (2003), Rubiano (2003) y Trujillo y Cardona (2009), según el autor.

³¹ Estudiante de último año de Derecho. Universidad Nacional de Colombia

2.5.3 Diferencia entre Tercerización e Intermediación

En Sentencia 00485 del 06 de julio de 2017, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez , se ha indicado la diferencia entre la tercerización de bienes y servicios y la intermediación laboral, señalando el Máximo Órgano que la intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor directamente de un contratante, tratándose por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas, siendo en Colombia una actividad propia de la Empresas de Servicios Temporales. quedando prohibida su prestación por parte de Cooperativas, Precooperativas, Empresas Asociativas de Trabajo y Fondos Mutuales o similares.

Por otro lado manifiesta la Sala, que se encuentra la tercerización laboral, la cual no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana, salvo la que nace de manera somera en el Decreto Reglamentario 1072 de 2015, artículo 2.2.3.2.1., numeral 6, adicionado por el artículo 1 del Decreto Reglamentario 583 de 2016, en donde se define la Tercerización Laboral como los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes; figura que también ha sido definida por la doctrina como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios. Frente a estas dos figuras manifiesta la Sala, que uno de sus principales retos es enfrentar la informalidad empresarial y laboral; sin embargo, estos propósitos están alejados de los verdaderos efectos que ocasiona la subcontratación, situación reflejada fehacientemente en la realidad existente.

2.5.4 Mecanismos Estatales Inocuos

En este escenario, la falta de medidas y mecanismos eficaces de orden legal, tendientes a la protección de los derechos individuales y colectivos de todos los trabajadores ha estimulado la utilización desmedida de la tercerización de bienes y servicios y la intermediación laboral en un sentido más lesivo, al adicionarle a estas modalidades la subcontratación múltiple o sucesión de

contratos en cadena, para desarrollar la actividad misional permanente de la empresa, actuando esta, deliberadamente por fuera de todo marco legal con el único fin de desfragmentar toda relación con los trabajadores que necesitan para satisfacer su actividad económica, rompiendo todos los estándares de trabajo decente establecidos por la Organización Internacional del Trabajo³²..

Así las cosas, se vislumbran las consecuencias de la desfigurada flexibilización laboral que ha debido soportar el sector obrero, por las malas prácticas adoptadas por los empresarios como estrategia económica desmejorando considerablemente las condiciones de trabajo, conculcando además del derecho al trabajo otros derechos fundamentales, a causa de medidas regresivas que solo favorecen un interés patrimonial; por ello esta Monografía es simplemente un eslabón, del esfuerzo mancomunado que debe hacerse entre Estado, Congreso, Jueces, Academia, que propenda por establecer límites que condicionen de manera efectiva la Tercerización de Bienes y Servicios, la Intermediación Laboral y la Subcontratación Múltiple.

Por tales motivos expuestos, que van en detrimento del ejercicio del trabajo, es que se impulsa esta investigación, pese a los abundantes conceptos y criterios dados en la materia, toda vez que el eje central de estudio se fijará en la precarización del derecho al trabajo digno, a causa del uso indebido de la subcontratación múltiple para el desarrollo misional permanente de la actividad económica de la empresa privada.

por ende, se busca poner a la luz la necesidad de encontrar las herramientas más apropiadas que estén dirigidas al respeto por el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, identificando las medidas de política pública que han sido adoptadas por el Estado y el Ministerio de Trabajo, para analizar si estas resultan eficaces frente a la formalización laboral y la protección de los trabajadores y si la protección especial que le debe el Estado al derecho de las personas a un trabajo digno va en detrimento del desarrollo empresarial.

³² En adelante OIT

En otras palabras, si bien es cierto que el fin es identificar si hay una conducta premeditada por parte de Servientrega al adoptar estrategias que inevitablemente ocasionan el rompimiento de la relación laboral a través de la externalización, también se busca hallar de manera fundada, si hay una relación causal entre las modalidades contractuales utilizadas por la empresa y el inescindible menoscabo que conlleva esta práctica de los derechos laborales de estabilidad, trabajo digno y asociación sindical y si las herramientas legales existentes son eficaces y eficientes para frenar cualquier abuso que pueda llegar a derivar de esta modalidad.

Capítulo II

Servientrega un Referente de la Deslaborización y Precarización del Empleo

2.6 Prelusión

En este segundo capítulo se analizan los efectos adversos que genera la subcontratación múltiple en relación a las condiciones laborales de los trabajadores del sector privado, tomando como referente a Servientrega S.A empresa de mensajería y envíos; ello, respecto de la ruptura que se presenta en el vínculo existente entre la empresa de envíos como beneficiaria del servicio recibido en desarrollo de su actividad económica y el trabajador que en últimas viene prestando dicho servicio a través de una tercerización o intermediación laboral, derivada de una multiplicidad de contratos que en consecuencia terminan generando una deslaborización de los empleados.

El objetivo de análisis de este capítulo se aborda desde una metodología consistente en el estudio de un caso en concreto, esto es, el estudio de la empresa de envíos y mensajería Servientrega y las diferentes figuras de contratación de las que hace uso, ocasionando un rompimiento de la relación laboral directa entre esta y los trabajadores que prestan sus servicios en las actividades ordinarias inherentes al giro del negocio, que de una u otra manera afectan las prerrogativas que emanan del contrato individual de trabajo.

En ese orden, la primera parte está dirigida a la ruta de estudio sobre SERVIENTREGA³³ como referente, en el uso de la subcontratación múltiple; en un segundo acápite, se examina el retroceso gradual y sistemático que viene presentando algunos derechos laborales, tal como ocurre con la asociación colectiva; finalmente, la tercera parte se encarga de realizar un análisis de la eficacia de la legislación colombiana frente al uso indebido de figuras laborales y civiles de tercerización.

2.7 Sumario

2.8 Desarrollo de la Subcontratación Múltiple en la Empresa Privada Desde el Referente Servientrega S.A; 2.9 La Deslaboralización por Causa de la Tercerización y la Intermediación Laboral; 2.9.1 Involución del Derecho de Asociación Sindical; 2.9.2 Ineficacia de la Legislación Laboral Colombiana e Inobservancia de los Instrumentos Internacionales en Materia Laboral; 2.9.3 La Subcontratación Múltiple como Mecanismo de Evasión de Obligaciones Laborales Contractuales 2.10 La Doctrina Jurisprudencial; 2.10.1 Postura de la Corte Constitucional; 2.10.2 Postura de la Corte Suprema de Justicia.

2.8 Desarrollo de la Subcontratación Múltiple en la Empresa Privada Desde el Referente Servientrega S.A.

En el sector privado de bienes y servicios capitalino, hay una tendencia a menoscabar el derecho al trabajo digno por el uso indebido de la subcontratación múltiple, ya sea de manera deliberada o no, motivo por el cual se trazará la ruta de estudio con la empresa de envíos y mensajería SERVIENTREGA, tomándose como referente, por tratarse de un líder en el mercado que terceriza las relaciones laborales de la mayoría de sus colaboradores; dado que tiene a su cargo 7190 colaboradores con tan solo 515 trabajadores directos y 6675 indirectos (Servientrega, 2016).

³³ Empresa de soluciones logísticas que responden a las necesidades de servicios orientados a la recolección, transporte, almacenamiento, empaque y embalaje, logística promocional y distribución de documentos y mercancías (Servientrega, 2016).

Esta cifra total aumento para el 2018 en 7337, contando además con 3909 centros de soluciones en todo el país de los cuales 982 son en Bogotá, ocupando el 36% de participación de envíos entre 186 operadores de servicios postales (Servientrega, 2018), considerando que para el desarrollo del giro ordinario de su negocio, utiliza la tercerización de bienes y servicios a través de la Sociedad de Transporte de Carga Timón S.A., esta a su vez hace uso de la intermediación laboral con las Empresas de Servicios Temporales Sion Capital Humano SAS y Alianza Temporal SAS .

Este modelo de subcontratación múltiple tiende a ser indebido, ya que más allá de ser una estrategia económica para la maximización de los recursos, es una tercerización de bienes y servicios que puede recaer en ilegal, que a su vez también puede derivar en una intermediación ilegal (Res. 2021, 2018), considerando que el único fin que puede perseguir la empresa principal o beneficiaria³⁴, al gestar una vinculación indirecta de trabajadores a través de contratos improcedentes bajo la figura de trabajadores en misión, con contrato de obra o labor para el desarrollo de su actividad misional permanente, es hacer figurar a los terceros proveedores³⁵ como simples empleadores, maniobra leonina que hace la empresa aprovechándose del sentido legal con el que se creó la Tercerización y la Intermediación, desnaturalizando toda relación laboral contractual y las obligaciones patronales que emanan de ella (Jaramillo, 2019).

De lo anterior, examinando la sexta edición del Informe de Sostenibilidad que presento Servientrega en el 2016, destaca la Organización su interés en crecer promoviendo el bienestar y desarrollo de sus colaboradores, incorporando como estrategia, objetivos de desarrollo sostenible (ODS) en compromiso con los principios de pacto global en materia de trabajo y derechos humanos, desde el círculo virtuoso de la competitividad.

³⁴ Persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o la prestación de un servicio por parte de un proveedor. (Decreto 1072, 2015).

³⁵ Persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo (Decreto 1072, 2015).

De tal interés da a conocer un modelo de sostenibilidad responsable e innovador, señalando que cuenta con contenidos que responden al relacionamiento y a la construcción colectiva, como resultado de un análisis de lo que la compañía ha denominado grupos de interés³⁶, considerándolos parte fundamental de la compañía, incluyendo entre estos a sus colaboradores, proveedores³⁷ y a otro grupo llamado empresarios satélite; lo anterior, con un enfoque dirigido a definir prioridades estratégicas en materia de sostenibilidad, implementando continuamente su entorno económico y social en beneficio de la industria logística, donde según la Servientrega, hace aportes desde su gestión, dirigidos al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), promulgados por las Naciones Unidas y ratificados por más de 190 países, entre ellos, Colombia.

En este documento, a viva voz pregonan que la responsabilidad social empieza por casa, entendiendo que sus colaboradores son el factor diferencial que le permite ser líder en el País y por tanto constituyen un pilar clave y fundamental en la gestión de sostenibilidad empresarial y que por tanto exaltan la labor de su equipo de trabajo, por ser este comprometido, idóneo y orientado al cumplimiento de metas.

Pues bien, ¿quién es Servientrega?, es una empresa que desarrolla soluciones de logística flexible, respondiendo a las necesidades de los clientes en los 32 departamentos del país, cubriendo el 95% de los municipios; y sus servicios están orientados a la recolección, transporte, almacenamiento, empaque y embalaje, logística y distribución de documentos y mercancías; cerrando el 2016 con 3799 centros de soluciones en todo el país, de los cuales 853 se situaban en Bogotá, generando unas ventas netas de 564.440 millones de pesos en el año; posicionándose con el 32% de participación en el mercado, entre 160 operadores de servicios postales.

³⁶ Son los clientes, proveedores, colaboradores, gobierno, empresarios satélite, accionistas y comunidad.

³⁷ Sectores de Transporte, mantenimiento de vehículos y seguridad, proveedores con más presencia en la cadena de abastecimiento, contando con compañías de otros rubros como Centros Logísticos Satélite, flotas tercerizadas.

No obstante, llama la atención, que la sección Gente de Sangre Verde, páginas No. 28 y 29, que rinde el informe de los trabajadores, relaciona de manera detallada el equipo de trabajo en la siguiente manera: 88 funcionarios de alta dirección, 1048 empleados de la planta administrativa, 1037 del área comercial y 5017 son operativos, para un total de 7190 colaboradores, que como ha dicho Servientrega; son el pilar clave fundamental en la gestión de sostenibilidad empresarial; sin embargo, arroja un dato bastante inquietante; pues registra que del total de los 7190 colaboradores, tan solo 515, es personal directo.

Otro dato llamativo reflejado en la página No. 30, es que Servientrega saca datos estadísticos de rotación con el personal indirecto, es decir, que no pertenece a su nómina, registrando un porcentaje de índice de rotación del 2,61%, curva de rotación mensual durante los 12 meses, con 2.263 retiros, pero que convergiendo este dato con el 10% de disminución de la planta de personal en 2016 con relación al 2015 que contaba con 7969 empleados, presentando 779 retiros, no sería desacertado pensar que es un número elevado que refleja cierta inestabilidad.

Por último, bajo el sustento de que la iniciativa de desarrollo de proveedores consiste en la implementación de estrategias tendientes a disminuir riesgos y optimizar recursos en pro de la sustentabilidad de estos, el informe utiliza términos como: empresarios satélite, centros logísticos satélite, flotas tercerizadas y proveedores de transporte, sin establecer como se maneja el personal indirecto; que garantías tienen, cuáles son los proveedores de transporte y cuáles de personal;

También omiten la explicación necesaria de la realidad que la misma empresa refleja en sus informes anuales y esto es, el porqué de una nómina directa tan reducida en una compañía tan grande en el país, si la mayoría de sus centros de soluciones son propios dedicados a la razón social que desarrollan, sucediendo lo mismo con el personal operativo encargado de recibir, embalar, distribuir, transportar y entregar mercancías y documentos, oficios inherentes al giro ordinario del negocio y necesarios para su sostenibilidad, que no obedecen a trabajos

temporales, ni a aumento de producción, sino que son actividades ineludiblemente propias e indispensables para la sociedad en su trajín cotidiano, actividades que se pueden calificar como actos de comercio y productividad habituales en desarrollo de su objeto social.

2.9 La Deslaboralización por Causa de la Tercerización y la Intermediación Laboral

Uno de los fines del Estado Social de Derecho que pregona la Carta Política es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; donde por mandato superior, las autoridades de la República están instituidas, entre otros propósitos, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares así como para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Sin embargo, dichas prerrogativas se alejan de su materialización en la vida real, al enfrentar escenarios como el que se expone en el caso de estudio, pues hoy en día, una multinacional con una solidez financiera bastante fuerte se robustece pregonando un bienestar totalmente alejado de garantías y estabilidad para sus colaboradores; y es que de lo dicho, se tiene que Servientrega se constituyó como empresa a fin de desarrollar su objeto social.

Por lo que la Cámara de Industria y Comercio le dio la personería jurídica; al haber cumplido los requisitos técnicos y financieros de constitución, asumiendo que está en la capacidad de desarrollar su actividad misional permanente y su razón social; esto es, como una empresa de servicios de envíos y mensajería y no como una empresa de papel que se limita a contratar empresas para que desarrollen su actividad; escenario telonero de su capacidad empresarial y objeto social real.

Con lo que se ha venido desarrollando en esta investigación, es dable afirmar que no hay relación entre la generación de empleo Formal y la tercerización o la intermediación; ello, en el entendido de que las empresas conocen de primera mano sus necesidades en cuanto al recurso humano frente a la productividad requerida, por ello, las figuras que se utilizan a la hora de

contratar, son estrategias empresariales bajo el aprovechamiento del piso legal que las cobijas, que aunque pueda ser que no se haga de mala fe termina recayendo de alguna manera en el encubrimiento o desligue de la verdadera relación laboral que debe darse.

Por otra parte, no hay un control real y eficaz por parte del Estado, en el que se dé a la tarea de verificar cuantos empleados tiene una empresa, cuántos son directos y cuantos son indirectos, el motivo de que sean indirectos, que bien o servicio están prestando y cuánto tiempo llevan haciéndolo, que clase de contrato llevan, que empresas son las contratistas o subcontratistas, si los trabajadores han mantenido el trabajo rotando entre las empresas temporales contratadas por la empresa principal, realizando una labor aparentemente temporal, si los trabajadores trabajan para una empresa contratista o subcontratista y por qué el motivo de la sucesión de contratos en cadena; la diferencia de salarios y prestaciones, etc.

Es tan así, que hoy día se sigue utilizando la intermediación laboral ilegal por medio de Cooperativas, situación que se refleja en otros ámbitos como en el sector salud y en otros más, teniendo los trabajadores que aceptar las condiciones ofrecidas por las personas naturales o jurídicas debido muchas veces a la necesidad y otras al desconocimiento, a lo que contribuye la indiferencia estatal, circunstancia que hace que estas figuras indebidas cada día se apoderen del mercado laboral alejando a los trabajadores de sus verdaderos empleadores y consecuentemente se hagan inalcanzables la estabilidad y las garantías laborales.

La responsabilidad social dice Servientrega empieza por casa, y exalta que los trabajadores son un pilar clave y fundamental, no obstante no es lo que verdaderamente se muestra al utilizar la sucesión de contratos en cadena o subcontratación múltiple rompiendo toda clase de vínculo laboral con aquellos que contribuyen para convertirla en una empresa productiva; figuras con las que se puede fácilmente remover a los trabajadores de sus cargos solicitando como cliente a su proveedor el cambio de estos sin verse obligada a cumplir contratos de trabajo o a pagar indemnizaciones.

Aunada a esta circunstancia lamentable para la parte más débil de la relación laboral, se encuentra la alejada posibilidad de constituir sindicatos puesto que los empleados no son directos, de lo que puede inferirse la razón del porcentaje tan alto de empleos indirectos; por eso la puerta abierta a sus anchas la proliferación de los contratos sucesivos donde actúan multiplicidad de empresas para que la última intermediaria contrate a los trabajadores que desarrollaran el objeto social de la empresa principal.

Otro aspecto a tratar es la garantía de los trabajadores que realizan la obra pactada entre la empresa contratante, el contratista y los subcontratistas; toda vez que debe haber una obligación de los extremos contractuales de respaldar las garantías del trabajador por cuanto el hecho del incumplimiento se origina precisamente con ocasión a la realización de la obra o de la prestación del servicio; es decir, más allá de tenerse que identificar la clase de contrato, la clase de relación laboral, la clase de empresa y el objeto social de esta.

El fin central no es determinar la licitud de la persona jurídica, ni la licitud como tercero o intermediario, el fin último debería ser el aseguramiento de las garantías y las prestaciones laborales del trabajador consagradas en la constitución y en la ley, lo que no se asoma en la vida laboral, pues sobre el trabajador recae la carga de demostrar la existencia de un contrato realidad, cuando para el Estado y la Justicia no es un secreto la mutación que han sufrido los contratos de trabajo y la intención artificiosa que muchas veces se teje alrededor de las figuras de tercerización e intermediación.

2.9.1 Involución del Derecho de Asociación Sindical

Un derecho de rango constitucional afectado significativamente con estas formas de vinculación tantas veces referidas ha sido el de asociación colectiva, ya que la posibilidad de conformación de sindicatos, medios de asociación entre trabajadores que propenden por la mejora de sus condiciones laborales y la protección de sus derechos, queda troncada a causa de la ausencia de estabilidad que rodea las contrataciones tercerizadas.

Frente al tema, según la Constitución, el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de la especial protección del Estado, también señalando que toda persona tiene el derecho a un trabajo en condiciones dignas (Const., 1991, art. 25); con la garantía además del derecho de libre asociación (Const., 1991, art. 38); y constitución de sindicatos o asociaciones conforme al orden legal y a los principios democráticos (Const., 1991, art. 39).

En los Derechos de Asociación, de acuerdo con el artículo 39 de la Carta Magna, los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; con el derecho también de unirse o federarse entre sí, ajustando el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes a las normas constitucionales y legales y sometidos a la inspección y vigilancia del Gobierno, es así como la ley establece que los trabajadores y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas con la sola condición de observar los estatutos de las mismas (CST, 1950, art. 353).

Un mecanismo de protección creado por el Estado ha sido el artículo 292 del Código Penal que prohíbe atentar en cualquier forma contra el derecho de asociación sindical, imponiendo una sanción monetaria a quien lo haga que será impuesta por el respectivo funcionario administrativo del trabajo, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar, considerándose como actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical, por parte del empleador las siguientes:

i) Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios.

ii) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales.

iii) Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales.

iv) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación

v) Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma (CST, 1950, art. 354).

No obstante, la prerrogativa prevista en la Constitución y en el Código Sustantivo del Trabajo, se ve aminorada por una maniobra contractual que logra vencer una conquista alcanzada de vieja data en un país altamente contradictor de los sindicatos, que además de repeler este derecho con maniobras empresariales, ha enrostrado la lucha trabajadora con violencia, siendo esta circunstancia una constante por el alto nivel de conflictividad social. Bustos Patiño (2011: 162).

Aunado a lo antes dicho, se encuentra el entramado complejo de relaciones económicas y políticas entre empresas nacionales y multinacionales y gobierno, que atenta con las posibilidades de organización de la clase trabajadora y se expresa en un bajo índice de sindicalización que es del 3,9% de la población económicamente activa), (Esponda, M. 2014).

Por tanto, es de fundamental importancia resaltar que la subcontratación en Colombia es una variable determinante con capacidad de cambiar los logros alcanzados a través de la historia, aun, impactando las dinámicas estatales, empresariales y trabajadoras que actúan en la economía nacional; su posicionamiento y expansión por los distintos sectores económicos de Colombia, las formas en que se expresa el fenómeno de la tercerización, los mecanismos empleados y las formas de contratación.

Lo anterior aunado a la violencia sindicalista, ocasiona que el derecho de asociación sindical se vea no solo amenazado sino que además disminuido por falta de condiciones para poder realizar su ejercicio; olvidándose la Declaración de Filadelfia de 1994 que tuvo como objetivo fijar prerrogativas estableciendo que la libertad de asociación es un eje central del progreso laboral y que los trabajadores tienen derecho a la búsqueda de su bienestar en

condiciones dignas y de igualdad, con un sustento de bastante peso; que “la pobreza constituye un peligro para la prosperidad de todos” (Rodríguez Garreta, 2012).

2.9.2 Ineficacia de la Legislación Laboral Colombiana e Inobservancia de los Instrumentos Internacionales en Materia Laboral

La importancia de este apartado radica en determinar la línea de tiempo por la que ha transitado la evolución de la subcontratación en el marco de las orbitas jurídicas, abordando preliminarmente desde la esfera internacional a la OIT como fuente legal de trascendencia en materia de derechos laborales.

En ese orden, se inicia con el Convenio 181 de 1997 que trata sobre las agencias de empleo privado (AEP), el cual busca generar un marco legal y regulatorio sobre la aplicación de la figura de la tercerización laboral en el ámbito internacional; sin embargo, a nivel nacional, tiempo antes se había legislado en Colombia sobre el tema con la Ley 50 de 1990.

Para el año 2006 con la Recomendación No. 198, la OIT tuvo como objetivo obstaculizar la recurrencia a modalidades contractuales tendientes a desmejorar los derechos de los trabajadores eludiendo responsabilidades prestacionales derivadas de contratos laborales debidamente celebrados. por tanto señaló que los subcontratistas deberían:

a) Registrarse ante la autoridad competente u obtener una autorización de ella demostrando su capacidad de cumplimiento de las obligaciones respecto de los trabajadores.

b) Asumir de forma solidaria con el intermediario y la empresa usuaria la responsabilidad de cumplir las obligaciones contraídas con dichos trabajadores.

c) Adoptar medidas adecuadas a los efectos de prevenir accidentes de trabajo.

d) Afrontar el pago de servicios y cotizaciones de seguridad social; e) adoptar medidas que posibiliten la negociación colectiva y la constitución de sindicatos.

f) cumplir las normas laborales

g) abstenerse de aplicar prácticas discriminatorias a los trabajadores (Uriarte, Colotuzzo, 2011 pp. 36).

En el ámbito nacional, para el año 2006 los Decretos 4369 y 4588 establecieron como obligatorio para las empresas temporales garantizar el acceso a la seguridad social de sus trabajadores.

En el año 2010 el gobierno expidió la Ley 1429 por medio de la cual prohibió el uso de las CTA para el suministro de trabajadores en misión por ser una modalidad de vinculación que vulnera los derechos de los trabajadores.

En el 2016 se expide el Decreto 583 en busca de llenar vacíos legales existentes en esta modalidad de trabajo, reglamentando la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral, estableciendo criterios para que los inspectores laborales puedan diferenciar la tercerización ilegal de la legal. (Fedesarrollo, 2017, pág. 5).

En la Resolución 5670 de 2016 se refuerza el Decreto 583 estableciendo procedimientos más precisos para orientar la inspección del trabajo y garantizar la adecuada aplicación del Código Sustantivo del Trabajo.

Con la precedente línea de tiempo se busca dar claridad respecto de los cambios de regulación y su relación con las realidades sociales que de cada una se desprende, realidades que tienen un impacto mayor que la misma legislación nacional e internacional, pues como se logró evidenciar en apartes anteriores, el ordenamiento jurídico no alcanza la eficacia necesaria en el control de prácticas abusivas en contratación indebida, la informalidad y tercerización, problemáticas que aunque el legislador le presta atención, las grandes empresas como SERVIENTREGA se aprovechan del desconocimiento, de la ambigüedad normativa y el piso legal para sacar beneficios de estas figuras jurídicas en su favor.

En cuanto a la falta de eficacia aludida, es importante mencionar que ello propicia en gran medida el aumento de la tercerización en el sector privado y la Inobservancia de la ley por parte de las empresas, respaldadas precisamente en el sustento legal con el que cuenta esta modalidad artificiosa de contratación, sacando provecho a todas luces de la falta de control y vigilancia estatal; resaltándose de esta manera que el problema no radica en la falta de

legislación, sino en la habilidad de las empresas del sector privado para manipular la figura de la tercerización y aparentar relaciones laborales tras una fachada de legalidad pero que en últimas desmejora ostensiblemente las condiciones laborales de los trabajadores.

Ejemplo claro de ello es, como se ha venido mencionando la empresa SERVIENTREGA, pues sus prácticas como empleador han derivado en tener la mayor parte de sus trabajadores inmersos en el sector tercerizado, lo cual implica en la realidad una desmejora considerable de sus garantías laborales.

Al respecto, el ministerio del trabajo como autoridad administrativa encargada de la inspección, vigilancia y control de trabajo, se ha pronunciado señalando que la tercerización y la intermediación son figuras totalmente diferenciadas pero que en la ejecución de las dos se debe garantizar los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en la normatividad laboral; por cuanto tercerizar o subcontratar no es ilegal ni prohibido por la ley; que lo que sí es prohibido es la intermediación laboral ilegal.

Dicha problemática radica en la equiparación del suministro de personal para realizar actividades propias del objeto de la empresa con la prestación de un servicio o suministro de un bien, lo que no es permitido por el ordenamiento colombiano, por cuanto los trabajadores no son mercancía, pues la regla general es la contratación directa a través de contratos individuales (Resolución 2021, 2018); sin embargo, la función de control y vigilancia se torna limitada por circunstancias de orden operativo propios del sistema de centralización política y administrativa de la nación colombiana.

En lo atinente a la regulación internacional emanada de la OIT, pese a que normatividad colombiana en materia laboral ha sido desarrollada atendiendo los convenios, resoluciones y recomendaciones del ente supranacional, no se puede desconocer la permanente inobservancia directa e indirecta de dichas normativas por parte del estado colombiano, teniendo en cuenta que ha descuidado el deber que le asiste de garantizar la justicia objetiva que debe regir las

relaciones surgidas entre empleadores y trabajadores dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Por consiguiente, ha de advertirse que Colombia, como Estado miembro de la OIT, ha ratificado convenios desarrollados por la Organización y como tal deben ser considerados ley interna que forman un solo cuerpo con la normativa nacional; lo que quiere decir que por mandato constitucional los tratados son de estricto cumplimiento, motivo por el cual no es admisible que el Estado consienta actos que desconozca los derechos relativos a la libertad sindical, al derecho de sindicalización, y a la negociación colectiva, invocando disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de los tratados; porque estos forman parte del bloque de constitucionalidad como referente a la protección de los trabajadores, del derecho al trabajo y del derecho al trabajo en condiciones dignas.

2.10 La Doctrina Jurisprudencial

2.10.1 Postura de la Corte Constitucional

La Corte ha señalado que la protección constitucional del trabajo que involucra el ejercicio de la actividad productiva, tanto para el empresario como para el trabajador, va más allá de acceder a un empleo, ampliándose a la facultad subjetiva de trabajar en condiciones dignas y ejercer una labor bajo los principios mínimos que rigen las relaciones laborales con una contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Esta Alta Corporación resalta que el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho y se traslada al Constituyente del 91 indicando que cuando este decidió garantizar un orden político, económico y social justo haciendo del trabajo un requisito indispensable del Estado, pretendía con ello que en materia laboral, sus diversas manifestaciones, debían estar de presente en la construcción de la nueva legalidad; implicando desde la nueva concepción del Estado Social de Derecho, la consagración constitucional del trabajo como principio axiológico de la Constitución Política, que dispone en el artículo 25, “El trabajo es un derecho y una

obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”. (Const., 1991)

Así las cosas, en demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 del CST; en Sentencia C-593 de 20 de agosto de 2014 de la Sala Plena de la Corte Constitucional, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en palabras de la Corporación; la jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión:

[...] la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.”, comillas dentro de texto

La Corte en ese contexto infiere dos situaciones: Una, que todas las relaciones de trabajo no deben ser tratadas por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral; Dos, que pese a esa protección especial que otorga la Constituyente, en cabeza de los órganos políticos en cuanto a la fijación de las políticas de empleo, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros.

Lo anterior no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, dado que prima la protección a la relación laboral; es decir, este órgano tiene la función de “diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales” mas no tiene “autonomía para confundir las relaciones de trabajo, para ocultar la realidad de los vínculos laborales o para desconocer las garantías laborales consagradas en la Constitución.”

De otra parte, considera la Corte que la protección estatal al trabajo no termina con la protección al empleo dependiente sino que se extiende a la efectividad de su ejercicio independiente y cita la Sentencia C-614 de 2009 la cual expone que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de trabajo lícito, por ser la fuerza laboral un instrumento para obtener los recursos necesarios para lograr una vida digna y un mecanismo de realización personal y profesional; por cuanto la Constitución de 1991 protege las diversas formas de trabajo; ya sea, a través de la constitución de empresa (art. 333) como herramienta de trabajo base del desarrollo económico, con función social; o por medio del contrato dependiente fundado en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores vinculados a la empresa con un mínimo de derechos irrenunciables e intransferibles (art. 53 y 54).

Bajo esta premisa, con el fin de incentivar la oferta laboral, el legislador ha creado figuras que flexibilizan el clásico contrato laboral, creando nuevas modalidades de contratación y de asociación para fines productivos, nuevas tipologías analizadas y admitidas por la Corte Constitucional, imponiendo límites encaminados a evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el desarrollo del trabajo, propendido por la garantía de todas las prestaciones laborales, buscando evitar la suplantación del contrato laboral y que las nuevas formas de contratación no desconozcan los derechos de los trabajadores; situaciones ya dadas con las CTA, EST y en contratos de prestación de servicios que en realidad esconden un verdadero contrato laboral.

También se cita la Sentencia C-211 de 2000 donde se analizan los fenómenos de flexibilización laboral, con ocasión del estudio de constitucionalidad de la creación de las CTA, recalcando la función de vigilancia que debe ejercer el Estado para evitar que estas figuras se conviertan en formas de desconocimiento de los derechos de los trabajadores y elusión de cargas laborales por parte del empleador. Este control y vigilancia efectiva en manos del Departamento Administrativo de la Economía Solidaria, la Superintendencia de la Economía Solidaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, permite garantizar a los trabajadores que esta clase de asociaciones cumplan adecuadamente los fines para el cual fueron constituidas y no se excedan en el desarrollo de sus actividades.

En relación con el contrato de obra, la Sentencia precitada dice que puede darse dos situaciones; una, cuando la obra o labor es extraña a las actividades normales del que la requiere, produciendo efecto el negocio jurídico, sólo entre el beneficiario y el contratista; dos, la labor hace parte del giro ordinario del negocio de quien se beneficia del trabajo, produciéndose una responsabilidad solidaria entre este y los trabajadores del contratista.

En ese orden, se remite a la Corte Suprema de Justicia quien ha señalado al respecto, que se dan dos relaciones jurídicas: (i) entre el que encarga la ejecución de una obra o labor y el que la realiza, originando un contrato de obra, que exige la concurrencia de requisitos: en el contratista; la obligación de ejecutar la obra o labor con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio; en el beneficiario, la obligación de pagar por el trabajo, un precio determinado; (ii) entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que utiliza para este fin, dándose una relación contractual de trabajo que requiere los elementos estatuidos en el artículo 23 del CST.

A su vez, de esas dos relaciones jurídicas también podría surgir dos modalidades; una, donde la obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución; allí el contrato de obra sólo producirá efectos entre los contratantes; y otra; la obra o labor pertenece

al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo; produciendo efecto el contrato de obra entre los contratantes y los trabajadores del contratista independiente.

De lo anteriormente expuesto, de acuerdo a la sentencia en mención; para los fines del artículo 34 del CST, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio; se necesita además que medie entre el contrato de obra y el contrato de trabajo una relación de causalidad, la que consiste en que la obra o labor pertenezca al giro ordinario del negocio de quien encargó su ejecución, ya que si es ajena a este, los trabajadores del contratista no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

Esta diferencia, busca proteger a los trabajadores de posibles encubrimientos de verdaderas relaciones laborales a través de contratos con terceros, buscando el legislador, diferenciar y hacer visibles los derechos de estos, contratados para desarrollar actividades propias y misionales de la empresa beneficiada, imponiendo la responsabilidad solidaria en el pago de salarios y demás prestaciones sociales.

Empero, en esta sentencia trabajada, la posición de la Corte Constitucional frente a la figura de solidaridad, no es acogida por el total del cuerpo colegiado, como se deja ver en salvamento de voto de la misma; ya que en virtud del art. 34 del CST se excluye a los trabajadores que realicen labores extrañas a las actividades misionales permanentes de los beneficiarios de la obra ejecutada, por considerar que dicha exclusión es contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, a los mandatos constitucionales que ordenan garantizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y a la especial protección a todas las modalidades de trabajo del art. 25 de la Carta; toda vez, que en la sentencia no se expone por qué es constitucional excluir a los trabajadores que realizan labores extrañas al objeto social de la empresa que requiere los servicios.

Además de dicha situación, se eluden alternativas que permitan garantizar el derecho de los trabajadores sin la necesidad de imponer cargas excesivas a los extremos de la relación laboral y como sería en este caso, la posibilidad de pactar la empresa contratante con el contratista independiente, garantías para repetir contra este, cuando se deba responder solidariamente por las acreencias laborales que le corresponden, permitiendo que la insolvencia o irresponsabilidad de los contratistas independientes no se traslade a los trabajadores, que constituyen el extremo débil de la relación y pueda ser asumido por la empresa contratante, quien está en mejor posición para pactar garantías y exigir su cumplimiento.

En ese orden de ideas, no hay finalidad constitucionalmente legítima que satisfaga la diferencia de trato que establece el art. 34 del CST pero si se da una discriminación que contradice el mandato constitucional que ordena la especial protección al trabajo en todas sus formas; pues no hay ninguna razón constitucional que ordene que dos clases de trabajadores vinculados por un contratista independiente para prestar servicios a un tercero, tengan distintas garantías para reclamar sus acreencias laborales en función de si la obra guarda relación o no con el objeto social de la empresa a la que se prestaron los servicios.

Actualmente se acude a esta modalidad de tercerización para servicios de vigilancia, de servicios generales, arreglos locativos, entre muchos más, labores que no guardan relación con el objeto social de la empresa contratante de manera directa, pero que son necesarias para su adecuado funcionamiento; trabajos, que suelen ser prestados por la gente más humilde, en condiciones laborales precarias, alejándose aún más esta condición diferencial del deber ser constitucional.

2.10.2 Postura de la Corte Suprema de Justicia

En Sentencia SL6621 de 03 de mayo de 2017, Sala de Casación Laboral, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo y Rigoberto Echeverri Bueno; la Corte recuerda:

Que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del CST dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de

trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.

En Sentencia SL11436 de 29 de junio de 2016, Sala de Casación Laboral, M.P.: Gerardo Botero Zuluaga, transcribe las razones que tuvo en consideración el ad quem para tomar la decisión de segunda instancia, contra el Instituto de Seguros Sociales, bajo la pretensión de declaración de un contrato realidad por parte de los demandantes, en el que expone el concepto de buena fe en el contrato laboral el cual supone una posición de honestidad, honradez y de lealtad durante todas las etapas de la vigencia de la relación laboral, debiéndose entender como “un estado mental en el que se actúa sin malicia, sin ánimo de menoscabar el derecho ajeno”, debiéndose probar en principio por ser una obligación actuar de esa manera conforme al art. 83 de la Constitución; traduciendo esto que el empleador que pretenda beneficiarse de este postulado debe acreditarlo; por tal situación en vista de que no es dable exonerar al empleador de la prueba de la buena fe; el Juez deberá analizar su conducta de tal manera que le permita determinar que este definitivamente actuó en el marco de este principio.

Referente a la contratación, indica que la simple alegación de la naturaleza del vínculo laboral no permite estimar que el proceder sea exento de mala fe, teniendo que el demandado probar los acontecimientos con circunstancias de modo tiempo y lugar; trayendo a colación lo dicho por la CSJ en sentencia de 16 mar. 2005, rad. 23987. Posteriormente, la Sentencia trae en recordación lo doctrinado por la Sala en el entendido que en los asuntos en donde se discute la existencia de un contrato de trabajo:

El deber del juez no se contrae a observar solamente la forma; es menester auscultar todo el acervo probatorio, para llegar a la verdad real y encontrar, de ser el caso, el contrato realidad, en oposición a un contrato formal, tal como lo instituye el artículo 53

de la Constitución Política, que establece en forma concreta que impera "la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales".

Comillas dentro del texto.

La CSJ señala que no puede tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe, cuando se acredita una indebida actitud, al acudirse a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la ley, desconociéndose constantemente el predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda que la empresa contratante es conocedora de estar desarrollando un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole, maniobrando contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que deben reconocerse.

En este acápite se pone de presente varias circunstancias a considerar; en la primera de ellas, que se toma como Referente a la empresa de mensajería Servientrega S.A, por ser una empresa de gran importancia en Colombia por su posicionamiento en cuanto a su actividad económica en todo el territorios nacional, la población trabajadora que ocupa y su estructura empresarial; así, se ha dejado ver en la información que ha sido relacionada en este trabajo de investigación, obtenida de primera mano, pues ésta ha sido extraída de los informes de gestión que la misma compañía ha rendido de manera anual.

Pero, la elección no se debe solo por su perfil empresarial, también por su peculiar estrategia de contratación laboral para el desarrollo de su actividad económica, ya que su método es el de la subcontratación a través de la tercerización de Bienes y servicios y la intermediación laboral, ocupando la mayor parte de su planta trabajadora través empresas proveedoras, ya sea de bienes y servicios, o de personal.

Una segunda circunstancia que se antepone, es la regulación que ha sido expedida sobre la materia, tanto nacional como supranacional, como el Convenio 181 de 1997 que trata sobre las agencias de empleo privado (AEP), que busca reglar la figura de la tercerización laboral; o la Ley 1429 de 2010 que regula el suministro de trabajadores en misión, o el Decreto 583 de 2015 que busca llenar los vacíos legales existentes en estas modalidades de trabajo; aunque ello, no quiere decir se alcance la eficacia necesaria en el control de prácticas abusivas en contratación.

La última circunstancia que se deja a luz, es la postura que guarda cada una de las altas cortes de la Rama Judicial frente a la subcontratación, la tercerización y la intermediación, escenario en el que no cabe la menor duda que pese a que estas modalidades de contratación cuentan con piso legal, es un hecho que también se hace uso de ellas para aminorar derechos laborales, con el encubrimiento y rompimiento de las relaciones laborales, a lo que suma la excesiva carga probatoria que recae sobre el trabajador a la hora de demostrar un contrato realidad y los limitantes establecidos al principio de solidaridad.

Capítulo III

La Precarización del Empleo a Causa de la Subcontratación Múltiple

2.11 Prelusión

En la última década, el sector mensajero de la empresa privada capitalina viene haciendo uso de la subcontratación múltiple como estrategia empresarial a nivel organizacional, funcional y económico; no obstante, no se puede desconocer que por el uso de estas modalidades de contratación, desafortunadamente se ve inmersa la precarización del empleo directa o indirectamente, viéndose afectados derechos como el de estabilidad o el de asociación colectiva.

Por ende, abordando esta problemática que se suscita a través de las realidades actuales en materia laboral y el impacto jurídico y social que ha generado las nuevas figuras de contratación, se busca aterrizar esa causa – efecto generado en los derechos de

los trabajadores atendiendo dos escenarios planteados como hipótesis dentro de la investigación y que por tratarse de un estudio de caso, tendrán respaldo en fuentes de información primaria y secundaria, entre las que se encuentran informes anuales rendidos directamente por Servientrega S.A. y el Ministerio de Trabajo, obras literarias de autores que abarcan temas de tercerización laboral, regulación nacional y supranacional.

Esta actividad propositiva tiene como objetivo brindar desde la academia, alternativas de solución a un escollo en el que se presenta un desequilibrio en las relaciones laborales, a fin de que se tengan en consideración, para que al momento de celebrarse contratos de trabajo se genere un balance positivo entre las partes contractuales, desde la responsabilidad social y empresarial, primando por encima del tipo de contrato, los derechos de los sujetos.

2.12 Sumario

2.13 Subcontratación, Conceptos Relevantemente Jurídicos; 2.13.1 Generalidades; 2.14 Contrato de Servicios de una Empresa Terciaria para el Desarrollo de una Actividad Específica; 2.15 Servientrega s.a. y la Subcontratación; 2.16 La Subcontratación Múltiple; 2.16.1 Posicionamiento de la Tercerización y la Intermediación Laboral; 2.17 La OIT y el impacto de la subcontratación en las relaciones laborales; 2.18 El Comportamiento de la Tercerización en Colombia; 2.19 Modalidades de Subcontratación; 2.20 La Subcontratación Múltiple como Estímulo a la Precarización del Empleo; 2.20.1 La Precarización; 2.20.2 Fundamentos de Adopción Legal para la Subcontratación; 2.21 Escenario Real; 2.22 La Humanización de las Relaciones Laborales; 2.22.1 Perspectiva Constitucional; 2.22.1 Posturas Frente a la Flexibilización Laboral.

2.13 Subcontratación, Conceptos Relevantemente Jurídicos

2.13.1 Generalidades

Este apartado, tiene como objeto brindar una conceptualización técnica-jurídica a cerca de los distintos puntos de vista con que se ha trabajado el término “tercerización laboral”, recopilando conceptos relevantes y concretos relativos a la subcontratación múltiple, con el fin de contextualizar al lector acerca de la naturaleza, alcance e impacto social, económico y jurídico que ha tenido la expresión “flexibilización laboral”, propósito que busca argumentar el porqué del estudio de esta temática y la consecuente proposición de alternativas de vinculación laboral blindadas de seguridad jurídica y beneficio mutuo de las partes.

Entre las definiciones a desarrollar, está la presentada por Óscar Uriarte y Natalia Colotuzzo, además de otros trabajos documentales elaborados en textos de la OIT y que están íntimamente conectados como lo es el de Puig Farrás, Nathalia García y Juan Diego Gonzales.

De conformidad con estos dos textos, la subcontratación múltiple suele tener varias denominaciones jurídicas, donde algunos autores la llaman “tercerización laboral” otros “subcontratación” otros como la OIT, “triangulación laboral”, también se hace alusión a la “flexibilización laboral” o “intermediación laboral”, denominaciones distintas encontradas que se refieren a la misma figura o concepto básico.

2.14 Contrato de Servicios de una Empresa Terciaria para el Desarrollo de una Actividad Específica

El primer intento de hacer una recopilación conceptual “universal” sobre el termino lo hizo la OIT a finales de los 90 con el convenio 181, en donde el concepto se definió así: “todo trabajo desempeñado para una persona física o jurídica (designada como empresa usuaria), por una persona (designada como trabajador en régimen de subcontratación) en virtud de un acuerdo contractual distinto de un contrato de trabajo, con una empresa usuaria, en condiciones de dependencia o subordinación efectiva con respecto a dicha empresa usuaria que sean

análogas a las que caracterizan una relación de trabajo, según la legislación y la práctica nacional”.

sin embargo su fracaso puso en evidencia las dificultades de unificación conceptual y la complejidad del fenómeno en sí; de la misma manera esto permitió dar a conocer al mundo entero la fuerza de los intereses empresariales que han impulsado el fenómeno y que se resisten a limitarlo dadas las ventajas que para su clase representa. (Farrás, Guzmán, Gonzáles. 2011, pp. 9-10)

La descentralización o exteriorización de la productividad es un modo de organización productiva por medio del cual se le encarga a un tercero determinadas etapas del proceso productivo, lo que implica obligatoriamente un desplazamiento de actividades entre dos partes principalmente, empresa usuaria y empresa contratante (Uriarte, Colotuzzo, 2009. pp. 13).

Pese a existir gran variedad de denominaciones para el mismo fenómeno como ya se vio anteriormente, el concepto más exacto para hacer alusión a este proceso es la exteriorización, pues permite entender en un sentido amplio que se está hablando de la transferencia de cualquier tipo de actividad, ya sea de bienes, de servicios o de mano de obra, tal como se verá a continuación a través del modelo básico de relaciones triangulares hecho por Uriarte y Colotuzzo, el cual se mueve en tres ejes fundamentales:

- Objetivo - actividades con posibilidad de ser externalizadas:

Las actividades externalizadas son generalmente las secundarias, como transporte, limpieza, mantenimiento, vigilancia etc., las que no son determinantes respecto al objeto social de la empresa, sin embargo también se puede tercerizar alguna parte del proceso productivo.

- Subjetivo - sujetos intervinientes (tercerizador y tercero):

Establecer estas dos partes puede darse de diversas formas, se puede contratar a ex integrantes de la empresa como trabajadores autónomos, a empresas unipersonales o a empresas no unipersonales, sin importar la naturaleza jurídica, lo que interesa es que la forma contractual no es una vinculación laboral directa

- Relaciones o instrumentos jurídicos (no laborales) establecidas entre los sujetos, dependen del objeto para el que se va a generar la relación contractual se puede dar la figura jurídica contractual por medio de la cual se regulara y puede ser por la ejecución de obras y prestación de servicios o por el suministro de personal, siendo estas las dos categorías generadoras por excelencia de relaciones triangulares; figuras contractuales que parten de tres categorías:

1º. Subcontratación como la expresión que se refiere a una relación contractual por la cual el empresario contratista (empresa auxiliar) se compromete a la realización de una obra o servicio determinado y el empresario contratante o comitente (empresa principal) que adquiere la recíproca obligación de pagar un precio cierto. Esta figura puede continuar de forma encadenada y el contratista aparece como principal que subcontrata una parte de su labor. Toda subcontratación depende de un contrato anterior o contrato “base” de donde se deriva el subcontrato en donde se transfiere parte de la carga del contrato base a una empresa terciaria que es la que suscribe el contrato derivado.

2º. Suministro de mano de obra que opera cuando el tercero funciona únicamente como suministrador de mano de obra para la empresa principal, pues es una empresa intermediaria que recibe la tarea encomendada de la empresa contratante para que lo contacte con los trabajadores, aquí el trabajo temporal es realizado por un trabajador contratado con intermedio de una empresa suministradora de mano de obra temporal, para cumplir tareas transitorias en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. En esta modalidad, la empresa externa únicamente cumple la tarea de contactar, pues la empresa usuaria es la que contrata a los trabajadores.

3º. Intermediación, donde la empresa externa contrata trabajadores en su nombre pero para la realización de actividades que requiere la empresa usuaria, a diferencia de lo que sucede en el caso anterior, en donde la empresa externa no contrata la mano de obra, solo la contacta con la empresa usuaria.

Pese a estas aclaraciones formales, la “primacía de la realidad” es una figura que el derecho laboral contempla en favor de los empleados por cuanto la empresa usuaria, en la realidad es la empleadora de los trabajadores, pues estos están bajo su dirección y subordinación, tal como ocurre en el sector de la mensajería de la empresa privada en Bogotá, siendo un referente Servientrega S.A.

2.15 Servientrega S.A. y la Subcontratación

Conforme quedó reseñado en el Capítulo II, en el sector privado de bienes y servicios capitalino, hay una tendencia al uso de la subcontratación múltiple por parte de la empresa de envíos y mensajería SERVIENTREGA S.A., la que se toma como referente por ser líder en el mercado.

Esta empresa terceriza las relaciones laborales de la mayoría de sus colaboradores; partiendo del hecho que, de 7190 colaboradores a su cargo, tan solo 515 son trabajadores directos y 6675 son indirectos (Servientrega, 2016).

Para el 2018 la cifra total de colaboradores incrementó en 7337, contando con 3909 centros de soluciones en todo el país de los cuales 982 son en Bogotá, ocupando el 36% de participación de envíos entre 186 operadores de servicios postales (Servientrega, 2018).

Para el desarrollo del giro ordinario de su negocio, utiliza la tercerización de bienes y servicios a través de la Sociedad de Transporte de Carga Timón S.A., la que a su vez hace uso de la intermediación laboral con las Empresas de Servicios Temporales Sion Capital Humano SAS y Alianza Temporal SAS.

Este modelo de subcontratación múltiple aquí descrito puede llegar a tornarse indebido, que más allá de ser una estrategia económica para la maximización de los recursos, podría tornarse en una tercerización de bienes y servicios ilegal, si se tiene en cuenta los aspectos que se enmarcan en la Res. 2021 de 2018, si el fin que persigue la empresa principal o beneficiaria, al gestar una vinculación indirecta a través de contratos de obra o labor bajo la figura de trabajadores en misión, para el desarrollo de la actividad misional permanente, es hacer figurar

a los terceros proveedores como simples empleadores, aprovechándose la empresa del sentido legal con el que se creó la Tercerización y la Intermediación. (Jaramillo, 2019).

Al respecto, ha de mencionarse que Servientrega es una empresa de soluciones de logística flexible, con presencia en 32 departamentos del país, cubriendo el 95% de los municipios, cuyos servicios están orientados a la recolección, transporte, almacenamiento, empaque y embalaje, logística y distribución de documentos y mercancías; con 853 centros de soluciones en Bogotá de 3799 para el 2016, con ventas netas de 564.440 millones de pesos en el año; posicionándose con el 32% de participación en el mercado, entre 160 operadores de servicios postales. (Informe Servientrega 2016 en Capítulo II)

En la sección Gente de Sangre Verde, páginas No. 28 y 29, que rinde el informe de los trabajadores, relaciona 88 funcionarios de alta dirección, 1048 empleados de la planta administrativa, 1037 del área comercial y 5017 operativos, para un total de 7190 colaboradores, de los cuales solo 515, son personal directo.

En la página No. 30, Servientrega con sus datos estadísticos de rotación con el personal indirecto, registra un porcentaje de índice de rotación del 2,61%, con 2.263 retiros y un 10% de disminución de la planta de personal en 2016 con relación al 2015 cuando contaba con 7969 empleados, reflejando en cierta medida, inestabilidad en el personal que no se encuentra en la nómina de la empresa directamente. (Informe Servientrega 2016 en Capítulo II)

Bajo la implementación de estrategias tendientes a disminuir riesgos y optimizar recursos en pro de la sustentabilidad de estos, Servientrega maneja figuras como empresarios satélite, centros logísticos satélite, flotas tercerizadas y proveedores de transporte, sin entrar en detalle las cifras del personal indirecto que se maneja en cada una de estas denominaciones, cuáles son los proveedores de bienes y servicios y cuáles de personal; así como tampoco se explica el porqué de una nómina directa tan reducida en comparación a la cantidad de colaboradores que menciona la empresa tener a su cargo, además de ser una compañía tan grande en el país, donde la mayoría de sus centros de soluciones son propios dedicados a la

razón social que desarrollan, sucediendo lo mismo con el personal operativo encargado de recibir, embalar, distribuir, transportar y entregar mercancías y documentos, oficios inherentes al giro ordinario del negocio y necesarios para su sostenibilidad, que no obedecen a trabajos temporales, ni a aumento de producción. (Informe Servientrega 2016 en Capítulo II)

2.16 La Subcontratación Múltiple

2.16.1 Posicionamiento de la Tercerización y la Intermediación Laboral

La tercerización laboral llegó como una oportunidad de industrialización y creación de infraestructura, generación empleo, desarrollo económico y crecimiento de mercados a nivel nacional e internacional, impulsando con el paso del tiempo este régimen de triangulación, de tal forma que el sector servicios apunta solo a la tercerizando, donde la subcontratación es una de las formas de producción más importante de la industria moderna, tal como se le conoce hoy por hoy.

En términos macroeconómicos sugiere minimización del desempleo, aumento de la calidad de los productos y servicios que se ofertan en los mercados, sectorización y especificidad en los ámbitos del saber y por lo tanto del mercado laboral, así como la delegación de actividades propias de una empresa a otras más especializadas que pueden cumplir a mayor cabalidad los objetivos establecidos por un mercado globalizado determinado por la competitividad y la innovación.

Esta forma de contratación resultó ser tan atractiva para los empresarios que ahora en Colombia esta modalidad de vincular personal calificado y no calificado juega un papel importante en el funcionamiento de las compañías, al ver que es una forma de ahorrar activos y de incrementar la productividad, lo que ha conllevado a su implementación de manera desmesurada.

De esta manera se empieza la decantación del temario que aproxima el objeto de debate, donde el centro de discusión de este capítulo, es la subcontratación múltiple a través de la tercerización de bienes y servicios y la intermediación laboral, figuras emergidas de una política

de flexibilización y competitividad; posicionándose en el sector mensajero de Bogotá, como modalidad preponderante en el desarrollo de su actividad económica, fenómeno social que ha impactado en cierta medida al sector obrero en sus condiciones de trabajo y en el que servirá de referente, Servientrega S.A. con sus diversas alternativas de vinculación.

2.17 La OIT y el impacto de la subcontratación en las relaciones laborales

En 1997, a causa del crecimiento exponencial de esta nueva modalidad contractual, la OIT adoptó el Convenio 181 sobre las Agencias de Empleo Privado (AEP), proporcionando un marco de referencia para mejorar el funcionamiento de dichas agencias y proteger a los empleados contratados a través de las mismas, como una forma de contrarrestar posibles violaciones de derechos laborales y proteger los sectores obreros de todo el mundo.

Al respecto, la OIT señala que el trabajo en régimen de subcontratación constituye una forma de relación que se sitúa jurídicamente a las partes, en los límites que se fijan entre la legislación laboral y la legislación comercial, pues, aunque mantiene las características fundamentales de la primera, incorpora también algunos atributos formales de la segunda y por ende, es importante que la regulación al respecto no perjudique en lo posible, la viabilidad de ninguno de los tipos de relación.

El convenio establece que todo miembro adoptará, de conformidad con la legislación nacional, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores y empleados por medio de AEP gocen de una protección adecuada en materia de derechos fundamentales como la estabilidad, la libertad sindical, la negociación colectiva, las prestaciones sociales obligatorias y las condiciones de trabajo dignas, entre otros. Cabe resaltar que si bien este convenio sirve como marco de referencia, únicamente ha sido ratificado por 32 países de los 186 que hacen parte de la OIT, entre los que no se encuentra Colombia.

Al ser este un fenómeno que busca mano de obra económica, los países en vía de desarrollo son los propicios para este fin, pues las condiciones económicas de debilidad frente a potencias como estados unidos, Francia o Inglaterra por dar algunos ejemplos, hacen que la

implementación de estas empresas de tercerización sean una gran oportunidad de empleo tanto para los sectores sociales que no cuentan con la posibilidad de estudiar, como para aquella población que si ha podido terminar sus estudios universitarios pero que se encuentra desempleada por las condiciones del mercado laboral.

En este punto, se trata de hacer un análisis ya que es una tendencia mundial moderna que no solo está inmersa en un solo país de esta periferia, sino que ha estado afectando a todos los países de la región de conformidad a la implementación de políticas neoliberales provenientes de otros países durante la década de los 70's; así pues, analizar la llegada de estas "relaciones triangulares" como lo ha denominado la OIT en países clave de la economía del cono sur es indispensable para profundizar sobre su evolución, crecimiento, dinámicas y sobretodo implicaciones a nivel económico, social y político; trabajo que será de gran importancia para aterrizar finalmente en la capital colombiana y las posibles alternativas que contribuyan a mejorar la forma de vinculación laboral de los trabajadores del sector mensajero.

2.18 El Comportamiento de la tercerización en Colombia

Analizando la llegada y evolución de la tercerización en Colombia se puede entender los cambios y las distintas formas en las que hoy por hoy se comporta la subcontratación, por ello, se trae a mención la Ley 50 de 1990, por medio de la cual se permitió la implementación y expansión de la subcontratación en Colombia de manera formal, haciendo uso del término en concreto.

Según datos estatales estadísticos, en 2006 existían en Colombia 6.205.453 personas que se encontraban trabajando informalmente (80%) o desocupados (20%), paralelamente al crecimiento de la informalidad se profundizó la participación de los asalariados en el sector terciario, que en 2005 llegó a representar un 70.6% de los trabajadores (OIT, 2004 Y 2006 cit. En cruz y Adolfo, 2008).

De acuerdo con datos aportados por la ICEM, la población ocupada informal se concentra básicamente en los sectores de comercio (37,9%) y los servicios (21%), con

porcentajes mucho más bajos sigue la industria manufacturera (15,7%), el sector transporte y comunicaciones (10,3%) y el sector de la construcción (6,7%) (ICEM, Colombia). (Esponda, M., 2014):

La información anteriormente obtenida permite inferir que Colombia estuvo demarcada por una economía principalmente informal y altamente vinculada hacia el sector terciario; con el reconocimiento de una alta permeabilidad de la economía y del mercado laboral colombiano en la utilización de la tercerización laboral.

El fenómeno en sus inicios se presentó principalmente en los sectores: comercio, textil, correo y telecomunicaciones, siendo los últimos dos los de mayor usufructo, pues la llegada del internet y la necesidad de conectividad en todo el país hizo necesaria la rápida implementación del sector, lo que de una u otra forma con el paso del tiempo llevaría a tener que tercerizar los distintos servicios por medio de temporales y otras empresas; por su parte el sector de los correos ha sido fundamental para el desarrollo de las comunicaciones y por lo tanto de la vida en sociedad, sin embargo se mantuvo un poco al margen de la subcontratación en sus inicios, ello por tratarse de un servicio con prestación a cargo del estado, sin embargo, no fue hasta la desnacionalización del mismo que los sectores privados se apropiaron del este y vieron en la subcontratación una oportunidad para mejorar la productividad y ahorrar gastos que antes eran obligatorios.

2.19 Modalidades de subcontratación

En Colombia las principales formas de subcontratación como modalidades de Tercerización de Bienes y Servicios e Intermediación Laboral se realizan a través de las EST (Empresas de Servicios Temporales) y las CTA (Cooperativas de Trabajadores Asociados); organizaciones que se diferencian principalmente porque en las EST si implica un contrato laboral, mientras que en la Cooperativas los trabajadores se manifiestan como socios; en este ámbito también ocupan un espacio los llamados “contratos sindicales”. Bajo estas maneras de tercerización o intermediación, el desarrollo de las relaciones laborales se surte con modalidades

de contratación por prestación de servicios, contrato de obra o labor o contratos a término fijo inferior a un año, figuras que permiten legalmente la rotación del personal, debilitándose de esta manera la posibilidad de una estabilidad en el trabajo.

Frente a esta tendencia, el gobierno se vio obligado a tomar medidas legales con el objetivo de regular la situación, brindar un marco jurídico más justo y limitar el uso de dicho régimen, medidas legales desarrolladas en los decretos 4369 y 4588 de 2006 en donde se estableció como obligatorio para las empresas temporales garantizar el acceso a la seguridad social de sus trabajadores y en el 2010 con la expedición de la ley 1429 por medio de la cual prohibió el uso de las CTA por ser una modalidad de vinculación que vulnera los derechos de los trabajadores. (Fedesarrollo, 2017, pp. 5)

2.20 La Subcontratación Múltiple Como Estímulo a la Precarización del Empleo

2.20.1 La Precarización

Del mundo moderno, en aras de consolidar organizaciones empresariales sólidas y competitivas, ha emergido la concepción de la Flexibilidad Laboral, en respuesta a las contingencias políticas, económicas y sociales; como estrategia estructural de la empresa moderna, táctica organizacional que ha generado tensión y desigualdad entre empleadores y empleados debido a que su objetivo principal, el desarrollo económico, no compagina con el bienestar laboral en toda sus formas.

Lo anterior, en razón a que esta estrategia, de alguna manera se muestra como acción de regresividad respecto de derechos que de la única manera que puedan permanecer vivos y activos es manteniendo una relación laboral directa entre la Empresa principal que en ultimas se beneficia del bien o servicio recibido y el trabajador que lo presta o suministra, por consiguiente, sin pretender señalar una responsabilidad directa o intencionada, no se puede desconocer que por el interés de una reducción de costos de producción y mano de obra se da un detrimento de las condiciones laborales, jugando en ello un papel importante el uso conveniente

del marco legal que regula la subcontratación donde se ven envueltos vacíos normativos, además de ambigüedades y obscuridades legales.

2.20.2 *Fundamentos de adopción legal para la subcontratación*

Este modelo regulador de derechos laborales en el mercado del trabajo se ha implantado bajo el sofisma de un mayor generador de empleo a través de una flexibilidad de lo que la empresa llama mecanismos rígidos, lo que les permitiría presuntivamente adaptarse al mercado laboral actual, en términos de productividad y competitividad; agregando tres componentes de respaldo:

(i) flexibilidad en el empleo, con capacidad de poderse contratar o despedir sin mayores limitaciones legales.

(mi) flexibilidad en el salario, con capacidad de poderse ajustar este, de acuerdo con las necesidades del mercado.

(iii) flexibilidad en su objeto contractual; con la capacidad de una multifuncionalidad en desarrollo de tareas y asignación de horarios diferentes; sin mayor restricción en las facultades de los empleadores.

2.20.3 *Escenario Real*

Sin en el ánimo de hacerse un juicio de valor, la flexibilización Laboral crea un espacio de inseguridad jurídica para los empleados, en tanto no hay un ejercicio efectivo de sus derechos; como lo señala Rodríguez (2012), por una razón lógica y sencilla pero suficientemente fuerte, que mediando un contrato de carácter comercial entre la empresa principal y la contratista, la primera no necesita de una herramienta legal para prescindir de los servicios del trabajador; circunstancia que conlleva a dos consecuencias desfavorables para los empleados:

una, que por no existir una relación directa se puede dar por terminada en cualquier momento la prestación del servicio, circunstancia que conduce a que desaparezca la estabilidad con la que deben ir envueltas las relaciones laborales; dos; en ausencia de una estabilidad

laboral y ante el riesgo de la amenaza que puede representar un sindicato para los empleadores, el derecho de asociación colectiva se ve aminorado.

A dichas circunstancias, resultado de la flexibilización laboral en Colombia, se han sumado otras que han impactado derechos que en otrora habían sido adquiridos mediante conquistas laborales, tales como:

- a) La extensión de la jornada diurna, por consiguiente se da una reducción de los recargos nocturnos.
- b) Las jornadas flexibles de trabajo, manejándose la opción de horarios diferentes a las 48 horas según las necesidades de la empresa, reduciéndose el salario por cuanto este será proporcional al tiempo trabajado.
- c) La reducción en el valor del recargo en el trabajo dominical y festivo; sujetándose su pago a si es ocasional o habitual.
- d) La pérdida del derecho al reintegro cuando se tiene una antigüedad mayor a diez años.
- e) El debilitamiento de las organizaciones sindicales existentes y la limitación para la conformación de nuevas organizaciones y negociaciones colectivas.

Los presupuestos planteados están dirigidos a fundamentar por qué la flexibilidad laboral es una concepción desfigurada en detrimento de los derechos laborales de los trabajadores, con respaldo en el desarrollo de los tres ejes de flexibilización ya mencionados:

- (i) La flexibilidad en el empleo, con capacidad de contratar o despedir sin mayores limitaciones legales; ha contribuido a despojar a los trabajadores de aquellos beneficios laborales que apuntaban a la estabilidad laboral, como el que concedía el derecho al reintegro de trabajadores que llevasen más de diez años dentro de la empresa; dicha flexibilidad también ha implicado la tercerización y temporalización laboral, logrando así el debilitamiento de las organizaciones sindicales existentes, la limitación para la conformación de nuevas organizaciones y de negociaciones colectivas.

Esta concepción liberal del mundo global, pretende aumentar la flexibilización eliminando todo tipo de restricción de tal manera que favorezca la libertad de contratación y la desregulación del contrato individual de trabajo; invalidando toda clase de conquista laboral alcanzada por los sindicatos, legitimando la derogación de las obligaciones patronales frente a la estabilidad laboral; garantía de equilibrio social; con el propósito de mantener un crecimiento económico y el desligue directo de las responsabilidades de los empleadores.

No obstante, los partidarios de esta concepción muestran la flexibilización laboral como un elemento organizacional que ha adaptado la empresa moderna respondiendo a las necesidades particulares desde su contexto socioeconómico, contribuyendo con ello a la mayor generación de empleo, a través de la renovación continua de la estructura organizacional acorde a necesidades de productividad y competitividad.

(ii) la flexibilidad en el salario, con capacidad de ajustarse de acuerdo a las necesidades del mercado; conlleva a pagos por productividad y horario; sin posibilidades a que haya negociaciones colectivas de salario, situación que se desmejora aún más con reducciones como el del valor del recargo del trabajo dominical y festivo; con sujeción del pago a si estos son ocasionales o habituales.

En este sentido, no se puede dejar de lado la trayectoria de los logros obtenidos a favor de los trabajadores; por lo que se mencionará algunos importantes; desde la creación de la OIT en 1919, emergiendo la necesidad de hacer reformas sociales en virtud de una conciencia de paz universal y duradera con justicia social; donde una de las preocupaciones de la comunidad internacional es la de blindar las condiciones de los trabajadores formulando programas internacionales progresivos que promuevan los derechos fundamentales.

Es así como se convierten en garantes de los derechos laborales desarrollando el concepto de trabajo decente, en el sentido de un empleo estable y bien remunerado, regido por estándares de protección social con libertades sindicales y negociaciones colectivas, con la

oportunidad de pasar de una mera subsistencia a una existencia con dignidad; erradicando cualquier forma de exclusión social; aumentando así las expectativas de vida de los trabajadores.

Estas consideraciones enunciadas quedan simplemente en el plano de lo ideal, si se tiene en cuenta que la flexibilidad en el salario es una medida regresiva, atentatoria de todo derecho de bienestar del trabajador y de su familia y de su existencia en condiciones dignas; puesto que el factor salario solo es potestativo del empleador; sin que el empleado pueda transigir mejores condiciones salariales.

Sin embargo los defensores de la flexibilización laboral consideran que la reducción del costo en la mano de obra genera creación de empleo; maximizando la competitividad y la rentabilidad bajo operaciones de estrategia corporativa, dado que se maneja un esquema salarial acorde a las necesidades del mercado, contribuyendo a que se bajen los niveles de desempleo.

(iii) la flexibilidad en su objeto contractual; con la capacidad de una multifuncionalidad en desarrollo de tareas y asignación de horarios diferentes; sin mayor restricción en las facultades de los empleadores; se traduce en una extensión de la jornada diurna, reduciendo por consiguiente los recargos nocturnos; por otra parte, las jornadas flexibles de trabajo, al manejarse horarios diferentes a las ocho horas diarias, según las necesidades de la empresa, hace que se afecten los salarios incluyendo el SMMLV, por cuanto este será proporcional al tiempo trabajado; las cláusulas contractuales abiertas; sin fijación de funciones y objetivos concretos puede propiciar un abuso por parte del empleador, teniendo a su potestad poner y quitar a su antojo a los empleados, respaldándose en sus necesidades.

La flexibilidad en el objeto contractual hace necesario recordar, que la conferencia 98 de la OIT de 2009 adoptó el Pacto Mundial para el Empleo, orientando políticas consistentes en la recuperación económica, generación de empleo y protección de los trabajadores y sus familias; proponiendo medidas que mantengan los empleos existentes y apoyos a las empresas que generen empleo, en armonía con los sistemas de protección social, dada la necesidad de buscar

políticas enfocadas al trabajo decente, de tal manera que se salvaguarde la dignidad humana y los derechos laborales con carácter progresivo y evolutivo (Rodríguez Garreta, 2012).

2.21 La Humanización de las Relaciones Laborales

2.21.1 Perspectiva Constitucional

La Constitución del 91 desarrolló el derecho al ejercicio de actividades que proporcionen fuentes de ingresos en términos de autovaloración y dignidad, amparando a los trabajadores, la posición de subordinación que se deriva de la relación laboral; esto lo empieza a desarrollar desde su preámbulo, estableciendo la protección al trabajo como uno de los derechos más importantes de los asociados, seguido de otros artículos como el segundo y el veinticinco, que prevén el trabajo como un derecho bajo condiciones dignas y justas a cargo de la protección del Estado.

También en su artículo 53 amplía la protección tomando más allá del trabajo como actividad humana, las relaciones laborales que se desprenden de este, protegiendo los derechos y garantías del trabajador y en virtud de ello, las leyes colombianas excluyen cualquier forma legal a renunciar voluntariamente a los beneficios mínimos establecidos en el ordenamiento jurídico, por lo que estos no pueden ser objeto de renuncia obligatoria, dado que tienen el carácter tuitivo de la legislación laboral, la constitución y los convenios internacionales desarrollados por la OIT y ratificados por Colombia.

Frente a lo aquí formulado con la flexibilidad laboral, las garantías y los métodos de trabajo que sean más humanos y propicios para los empleados se alejan de la satisfacción de las necesidades humanas; viéndose en cierta forma socavado el bienestar de los trabajadores por la acumulación de capital de las empresas que desarrollan estructuras de apropiación económica; a través de medios de producción que pueden llegar a limitar derechos laborales.

2.21.2 Posturas Frente a la Flexibilización Laboral

Los partidarios de la flexibilización se centran en que esta no es más que la capacidad que se le brinda a las personas en su vida económica y en el mercado del trabajo, para que

renuncien a sus hábitos y puedan adaptarse con facilidad en los nuevos sistemas contemporáneos; es decir que la flexibilidad se da en pos de una libertad económica que permite el incremento de los ingresos y el tiempo libre.

De otra parte, los que están en desacuerdo refieren que la flexibilización laboral en Colombiana, afecta el equilibrio social utilizando mecanismos que favorecen legalmente la reducción de costos operacionales en detrimento del bienestar de los trabajadores; mediante el uso conveniente de la legislación laboral; aplicando en forma desfigurada la idea de flexibilización desde un criterio de desregulación del contrato de trabajo y la degradación de los beneficios laborales; con el único fin de maximizar la productividad y la competitividad de las empresas; que se ven favorecidas al realizar contrataciones sin compensaciones justas, con salarios fijados unilateralmente; sin horarios estipulados salvo los que considere el empleador a su conveniencia, sin funciones específicas; sin que se vean obligadas a ofrecer estabilidad laboral; sin la preocupación de tener que enfrentar organizaciones sindicales ni negociaciones colectivas; trayendo consigo contrataciones de tiempo parcial y en forma eventual que generan una alta rotación de personal, distanciándose así la empresa del trabajador y de los derechos que podría proporcionarle; advirtiendo todo ello grandes carencias de garantías de los trabajadores por la ambigüedad en la comprensión y adaptación de la flexibilidad laboral que emergió con el propósito de una necesidad de adaptación de las empresas en el nuevo mercado laboral (Osorio Duque & Gonzales Quintero, 2014).

En este capítulo se observa cómo se presenta la tercerización como un modelo regulador con atributos que llegan desde la generación de empleo hasta la formalización tanto empresarial como laboral de las personas que en han tropezado con obstáculos para lograr un trabajo: peso a ello, la realidad es otra, que si es un hecho que beneficia a los empresarios, si lo es, pues esta modalidad les ayuda a reducir gastos, generar mas utilidad y no tienen ningún compromiso laboral con empleados; y eso está bien porque la actividad económica es libre y la pueden ejercer las personas como mejor les beneficie, pero, al otro lado de la barda, donde está la humanización

del empleo, de esa que utópicamente pregona la Constitución del 91, no se ha dado a conocer, yéndose al traste la dignidad de aquel que debe sujetarse la posición de subordinación que ostenta y por consiguiente, se podría decir que la protección del trabajo se convierte en falacia.

Aun así, esos malestares son los que se busca atacar, no por el simple hecho de generar malestar, sino porque la flexibilización Laboral y la Externalización trajeron consigo un espacio de inseguridad jurídica para los empleados, en tanto no hay un ejercicio efectivo de sus derechos; como lo señala Rodríguez (2012),

La razón es sencilla pero lógica, que mediando un contrato de carácter comercial entre la empresa principal y la contratista, la primera no necesita de una herramienta legal para prescindir de los servicios del trabajador.

La satisfacción radica en el esfuerzo, no en el logro.
Un esfuerzo total es una victoria completa.”
Mahatma Gandhi

Capítulo IV

Proposición de Nuevas Alternativas de Vinculación Laboral

2.22 Prelusión

Una vez abordada la problemática que se suscita a través de las realidades actuales en materia laboral y el impacto jurídico y social que ha generado las nuevas figuras de contratación, se busca aterrizar algunas alternativas de vinculación laboral que resguarden los derechos de los trabajadores y de los empleadores dentro de un espacio de seguridad jurídica,

Dicha actividad propositiva busca contribuir desde la academia, con alternativas de solución a un escollo en el que se presenta un desequilibrio en las relaciones laborales, a causa de las nuevas dinámicas productivas del país, concretamente en la actividad mensajera en la ciudad de Bogotá Colombia, a fin de lograr el equilibrio entre las partes al momento de celebrarse contratos de trabajo.

Las nuevas alternativas obedecen a la necesidad de establecer unas garantías a los derechos de los trabajadores, a la importancia que representa la primacía del trabajador sobre las formalidades contractuales, lo cual va a girar en torno a cuatro ejes fundamentales a saber: la responsabilidad patronal, la estabilidad laboral, el derecho de asociación sindical y el trabajo digno.

Sumario

2.23 Responsabilidad Patronal, 2.24 Estabilidad Laboral, 2.25 Derecho de Asociación Sindical, 2.26 Trabajo Digno, 2.27 Alternativas de Vinculación Laboral, 2.27.1 Escenario, 2.27.2 Postura de la OIT Frente a la Tercerización,

2.23 Responsabilidad Patronal

Desde el Código Sustantivo del Trabajo, el art. 34 establece que son contratistas independientes y verdaderos patronos aquellos que contraten la ejecución de una obra o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, realizándolos con sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y directiva; no obstante, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra será solidariamente responsable con el contratista y los subcontratistas así estos no hayan sido autorizados, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

Por otra parte, el art. 35 considera como simples intermediarios a las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador aun cuando aparezcan como empresarios independientes, encontrándose entre estas, las 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 en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo; por ende, el que celebre un contrato de trabajo obrando como simple intermediario, deberá declarar esa calidad manifestando el nombre del empleador, caso contrario, responderá solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Pues bien, las dos disposiciones aludidas hablan de la tercerización y la intermediación, sujetando la responsabilidad solidaria por una parte, que la labor no sea extraña a las actividades normales de la empresa que se beneficia de la labor o servicio prestado; por otra, esta depende de la estipulación formal del verdadero empleador; es decir, el núcleo central de la relación laboral se centra en la actividad económica de las empresas, en el tipo de contrato y en las formalidades de este.

2.24 Estabilidad Laboral

En el decurso de este capítulo se ha dejado de presente que tanto la OIT como la Constitución Política de Colombia de 1991 propugnan por un derecho al trabajo en condiciones dignas, involucrando una estabilidad laboral como garantía de todos los trabajadores a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa objetiva de despido; implicando que el ordenamiento logre esta garantía real y efectiva desde una protección eficaz.

En este punto, hay dos circunstancias concretas, una, que en tratándose de una relación laboral tercerizada, hay un desligue total entre la empresa que se beneficia del servicio prestado y el trabajador que lo presta, circunstancia que permite prescindir de los servicios sin restricción o exigencia legal por el simple hecho de mediar una relación comercial que lo permite; otra, que la regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto solo en tres casos específicos bajo condiciones especiales, siendo estos, la mujeres embarazadas, los aforados sindicales y los sujetos de especial protección por su condición de vulnerabilidad manifiesta;

Lo aquí expuesto quiere decir que el núcleo esencial de la relación laboral es el tipo de contrato, en este caso, uno de carácter comercial donde la estabilidad de los trabajadores se reduce a la voluntad de quien contrata para recibir el servicio y que para que el Estado pueda proteger eficazmente el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, es necesario encontrarse dentro de un grupo selectivo considerado como de especial protección.

2.25 Derecho de Asociación Sindical

El derecho de asociación colectiva es un derecho fundamental el cual constituye una modalidad de libre asociación como quiera que consista en la libre voluntad de los trabajadores para constituir organizaciones que los identifique y los una en defensa de intereses comunes ante el empleador, conforme a los artículos 39 y 55 de la carta Magna.

Además, el mismo constituyente del 91 elevó a rango constitucional los principios consagrados en las recomendaciones y convenios de la OIT, en especial los acuerdos, 87 que trata sobre la libertad sindical, 98 relativo al derecho de sindicalización y negociación colectiva y el 151 que versa sobre la protección del derecho de sindicalización; los cuales han sido incorporados a la legislación colombiana en virtud de las leyes 26 y 27 de 1976 y 411 de 1997.

Bajo esta perspectiva, la asociación colectiva comporta un carácter voluntario y su ejercicio es discrecional que parte de la autodeterminación del trabajador de vincularse con otros individuos, por lo tanto, la Corte Constitucional estima que según los artículos 53 inciso 4º, 93 y 94 de la Constitución Política, el contenido y alcance del derecho de asociación sindical ha de fijarse con arreglo a los convenios y tratados sobre derechos humanos, específicamente teniendo en cuenta el Convenio 87 de la O.I.T. que a su vez se encuentra complementado por el 98 de la misma organización.

Pese a ello, tal predicamento da al traste si se trata de relaciones laborales tercerizadas, pues no será posible ejercer el derecho de asociación colectiva para la defensa de derechos en común de un grupo de trabajadores si no tienen una relación directa con la empresa a la que se pretende alegar unas mejores condiciones laborales; esto, porque el núcleo esencial de la relación es el tipo de contrato que media entre la empresa que se beneficia del servicio y los trabajadores que lo prestan.

2.26 Trabajo Digno

Los artículos de la Constitución Política que reflejan los principios del trabajo decente son: 25 (derecho al trabajo); 38 (garantía del derecho de asociación); 39 (derecho a constituir

sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado); 43 (igualdad entre hombres y mujeres, 48 (derecho a la seguridad social); 53 (Obligatoriedad de expedir el Estatuto del Trabajo y otorga rango de norma de la legislación interna a los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados); 93 (establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno). (Ministerio de Trabajo, s.f)

Sí mismo el Código Sustantivo del Trabajo (CST) desarrolla los principios constitucionales en lo referente a la definición de trabajo, igualdad de los trabajadores, derecho al trabajo, derechos de asociación y huelga, mínimos de derechos y garantías, carácter de orden público de las normas laborales e irrenunciabilidad, norma general de interpretación, normas de aplicación supletoria, conflicto de leyes y normas más favorables y los derechos individuales y colectivos.

En materia de protección y seguridad social es necesario remitirse a la Ley 100 de 1993, a través de la cual se crea el sistema de seguridad social integral, concordante con la Ley 797 de 2003, que reformó algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, así mismo en lo atinente a Seguridad y Salud en el Trabajo, la Ley 1562 de 2012, modificó el Sistema de Riesgos Laborales y consagró disposiciones en materia de Salud Ocupacional, concordante con el decreto 1072 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. (Ministerio de Trabajo, s.f)

En temas de empleo, las Leyes 1429 de 2010 para formalización y empleo, la Ley 1636 de 2014 estableció el mecanismo de protección al cesante y la Ley 1780 de 2016 o Ley Pro joven. Para el Sector Público la Ley 909 de 2004, relativa a la carrera administrativa.

De igual forma, el Gobierno Nacional en la implementación del trabajo decente determina en el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 (Ley 1151 de 2007), y en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 (Ley 1450 de 2011), los sistemas de protección social, la competitividad y crecimiento económico, la innovación para la prosperidad, y las cinco (5)

locomotoras para el crecimiento y la generación de empleo, el nuevo Plan de Desarrollo 2014-2018 (Ley 1753 de 2015) “Todos por un nuevo País”, cuenta con estrategias transversales y regionales, orientado al trabajo digno y decente y se identifican dos artículos: 74 sobre Política Nacional de Trabajo Decente y 75 Fortalecimiento del Diálogo Social y la Concertación. (Ministerio de Trabajo, s.f)

De acuerdo con la (OIT, 2015) el Trabajo decente: [...] resume las aspiraciones de la gente durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres.

Este concepto reconoce al trabajo como fuente de dignidad personal, estabilidad familiar, paz en la comunidad y como punto de convergencia de cuatro objetivos estratégicos (OIT, 1999): (Ministerio de Trabajo, s.f)

Crear empleo e ingresos, ya que sin un empleo productivo resulta vano pretender alcanzar un nivel de vida digno, el desarrollo social y económico y el pleno desarrollo personal. Los países deben promover crecimiento integrador con alto coeficiente de empleo, en el que la economía genere oportunidades de inversión, iniciativa empresarial, desarrollo de calificaciones, puestos de trabajo y modos de vida sostenibles.

Garantizar los derechos de los trabajadores en general y en particular de aquellos trabajadores desfavorecidos o pobres que necesitan representación, participación y leyes adecuadas que se cumplan y estén a favor de sus intereses. En principios y derechos fundamentales en el trabajo existen cuatro categorías: libertad de asociación y libertad sindical y reconocimiento efectivo de derecho a negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, abolición del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. (Ministerio de Trabajo, s.f)

Extender la protección social, para la inclusión social y la productividad al garantizar que hombres y mujeres disfruten de condiciones seguras en el trabajo, tiempo libre y descansos adecuados, teniendo en cuenta valores familiares y sociales, que contemplen una retribución adecuada en caso de pérdida o reducción de los ingresos, y que permita el acceso a una asistencia sanitaria adecuada. (Ministerio de Trabajo, s.f)

Tales premisas acá enunciadas develan la voluntad del organismo internacional de velar por los derechos laborales y recoge aunque no similar, las propuestas que se proponen en este acápite, que en principio parecerán descabelladas o desbordadas pero que en ultimo tienen su razón de hacer de acuerdo al material que se relaciona en este apartado.

2.27 Alternativas de Vinculación Laboral

2.27.1 Escenario

En este acápite el propósito es proponer alternativas de vinculación laboral que puedan repercutir en la generación de empleo, sin dejar de lado las nuevas realidades productivas en el contexto laboral, sobre la base de dos derroteros:

1º. Mecanismos de flexibilización laboral que propicien espacios de seguridad jurídica para los empleados y el ejercicio efectivo de sus derechos.

2º. El fomento a la generación de empleo sin aminorar derechos laborales como el de estabilidad y asociación sindical.

Tales puntos de partida solo serían posibles si las garantías de los trabajadores prima sobre la libertad de empresa y las diferentes modalidades de contratación; lo que quiere decir que el núcleo esencial no sería el tipo de contrato, sino el trabajador; por consiguiente, el punto de discusión dejaría de ser la primacía de la realidad, la licitud de la tercerización, la ruptura de la relación directa o deslaborización, la relación entre la labor prestada y la actividad económica de la empresa que se beneficia del servicio, etc., sino que sería el trabajador y los derechos que este ha adquirido por conquistas laborales alcanzadas en otrora.

En ese sentido, los empleadores podrán seguir haciendo uso de las nuevas formas de contratación que obedecen a la necesidad de consolidar empresas competitivas y sólidas a través de estrategias de táctica organizacional y desarrollo económico, pero trasladando la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones que dimanan del contrato de trabajo a la empresa contratante, contratista y subcontratista, sin que recaiga en el trabajador la carga de demostrar la relación de trabajo para que se le reconozcan sus derechos, ni que estos dependan de otras condiciones más que la prestación personal del servicio, única razón por la que se origina la relación y las eventuales controversias.

Se concluye entonces, que no solo el desarrollo de trabajos ligados a las actividades misionales permanentes de la empresa debe darse en condiciones dignas y justas como lo consagra la Constitución y la Ley, sino cualquier trabajo desempeñado por las personas que han sido contratadas para la prestación personal de un servicio, ya sea como empleado o como contratista.

2.27.2 Postura de la OIT Frente a la Tercerización

La OIT con el convenio 181 reconoce la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo y consideró que debía proceder a revisar el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación; es así como reconoció que el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones que se encontraban existentes; circunstancia que toma de suya con preocupación toda vez que estas agencias juegan un papel importante en el buen funcionamiento del mercado de trabajo; por tal razón, recuerda la Organización la necesidad de garantizar la libertad sindical y los demás derechos que se consagran para los trabajadores, los cuales se deben proteger contra los abusos.

Con la Recomendación 198, también la Organización Internacional del Trabajo exhorta a los estados miembros a que formulen y apliquen una política nacional encaminada a examinar a clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una

protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

Al respecto señala la OIT que La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deben ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes, en donde su aplicación, debe ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo. La política nacional debe incluir, por lo menos, las siguientes medidas:

(a) Proporcionar a los interesados, a los empleadores y trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes.

(b) Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, sucediendo esta maniobra cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, produciendo situaciones en las cuales los trabajadores se ven privados de la protección a la que tienen derecho;

(c) Adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;

(e) Proporcionar a los empleadores y trabajadores, acceso efectivo a la administración de justicia mediante mecanismos expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo.

(f) Asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo.

(g) Prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

(h) Que en el marco de la política nacional los Miembros velen por asegurar la protección efectiva a los trabajadores.

(i) A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, exista una relación de trabajo determinada de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario,

2.27.3 Régimen Legal del Contrato de Prestación de Servicios

De acuerdo al tipo de contrato, este se rige por la ley civil o comercial y en el caso de prestación de servicios personales, la regulación está dada en el código civil colombiano; sin embargo, no hay una norma que de forma específica defina y regule el contrato de prestación de servicios. Ahora, el artículo 1495 del código civil establece como Contrato o convención, el acto en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, lo que se puede interpretar con esta definición que se habla de un contrato de servicios o uno de obra, pues bien lo dice la norma, se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer.

Igualmente, el Código Civil contempla responsabilidad civil inherente al contrato de servicios consagrado en el artículo 1613, que prevé la indemnización por perjuicios causados por cualquiera de las partes debido al incumplimiento del contrato, a su incorrecto cumplimiento o al cumplimiento retardado; por consiguiente, cualquier situación derivada de un contrato de prestación de servicios personales se debe acudir al código civil.

2.27.4 Régimen Legal del Contrato Laboral

En Colombia, la relación laboral entre la empresa y trabajador está regulada por el Código Sustantivo del Trabajo, sus normas reglamentarias y el Código Procesal junto con la

doctrina oficial y la jurisprudencia de las altas cortes como es el caso de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, junto a este marco legal también se encuentra los convenios internacionales ratificados por el congreso de la república.

Tal relación y regulación se encuentra claramente en el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo, que al tenor señala que la finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

De otra parte, tanto el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo como el artículo 53 de la Constitución Nacional, hacen énfasis en el equilibrio y beneficio social que deben perseguir las normas laborales, objetivos y pretensiones que no siempre se han conseguido, como sucedió con la expedición de la ley 789 de 2002 y la posterior declaración de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en dos ocasiones. En todo caso, el marco jurídico general que regula las relaciones laborales entre el trabajador y su empleador contiene los elementos necesarios y suficientes para garantizar de forma aceptable los derechos del trabajador,

2.27.5 Relaciones Triangulares

Las relaciones laborales triangulares son aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales o civiles entre ambas, y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas, siendo ello el resultado del proceso de externalización empresarial.

El fenómeno de la trilateralidad laboral, se produce cuando la actividad externalizada, es asumida por una empresa, en principio, distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas, adoptando dos

modalidades: la subcontratación laboral o el suministro de trabajadores a través de una empresa de trabajo temporal.

2.27.6 Relaciones Triangulares en Servientrega

Al tratarse este trabajo de una investigación sobre la subcontratación múltiple, se hace un estudio de caso usando como Referente a SERVIENTREGA porque teniendo a su cargo 7190 colaboradores, tan solo 515 trabajadores son directos y 6675 indirectos (Servientrega, 2016), cifra total que aumento para el 2018 en 7337, contando con 3909 centros de soluciones en todo el país de los cuales 982 son en Bogotá, ocupando el 36% de participación de envíos entre 186 operadores de servicios postales (Servientrega, 2018); pero volviendo al punto, esta empresa para el desarrollo del giro ordinario de su negocio, utiliza la tercerización de bienes y servicios a través de la Sociedad de Transporte de Carga Timón S.A. y esta a su vez hace uso de la intermediación laboral con las Empresas de Servicios Temporales Sion Capital Humano SAS y Alianza Temporal SAS.

2.27.7 Actividad Misional Permanente

Múltiples discusiones se han generado en torno al concepto de actividad misional permanente y sus implicaciones de cara a los procesos de intermediación laboral y tercerización. siendo una de las posibles causas hermenéuticas, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que estableció, en su primer inciso, 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.

Pero bueno, en sentido extenso, las expresiones, labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio del artículo 34 y las actividades ordinarias inherentes o conexas del artículo 35, ambas del Código Sustantivo del Trabajo, involucran dos instituciones: el contratista independiente y el simple intermediario. Respecto de ello, la Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Laboral, ha asimilado los conceptos de labores normales de la empresa o negocio, al del giro ordinario de los negocios.

Por otra parte, el Consejo de Estado y la Superintendencia Financiera también se han pronunciado frente al concepto, en donde el significado de giro ordinario está vinculado al de objeto social. La Superintendencia aseveró que la expresión giro ordinario de las actividades propias del objeto social comprende el concepto de actividades principales previstas en el objeto social para el cual se constituyó la sociedad, pero que involucra otros actos o negocios jurídicos cuya relación con aquellas permitan concretarlas actividades intrínsecas de la naturaleza de la empresa social. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2004).

2.28 Estrategias de Avanzada

Habiéndose depuesto ya todos los elementos que confluyen, se propone entonces unas alternativas de solución progresivas que buscan planteen un escenario de seguridad jurídica en las relaciones que se dan entre empresarios y trabajadores y que vienen siendo socavadas por el uso de la subcontratación múltiple; por tal razón se plantean dos escenarios, uno relativo a propuestas tendientes a la revisión de las estructuras organizativas de las empresas y al diseño de nuevas alternativas de contratación.

En cuanto a las alternativas de contratación, no son alejadas del Convenio 181 y la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, siendo estas un tanto descabelladas pero alcanzables, si se motiva de manera razonada el porqué de tales propuestas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la tercerización y la intermediación, es hablar de una relación triangular, teniendo como partes el contratante, el contratista y el trabajador, por tanto, la nueva alternativa de vinculación laboral a proponer es la celebración simultánea de un contrato civil en el que serán partes los contratantes y contratistas y uno laboral en el que las partes serán los contratantes, los contratistas y los trabajadores, llevando consigo la aplicación del principio de solidaridad independientemente a que las labores sean extrañas o no a las actividades normales de la empresa que recibe el servicio con el fin de proteger al trabajador.

Otra propuesta es la de convenios colectivos, que sean aplicables en los diversos sectores laborales, con el fin de proteger a los empleados, según la particularidad de cada sector o empresa.

Por último, a sabiendas que las empresas hoy día tienen fuertes requisitos para la contratación, en cuanto al perfil de los trabajadores, edad, experiencia, conocimiento, profesión y muchas veces idiomas; no es desproporcionado proponer un salario mínimo ordinario, uno convencional y uno extraordinario, este último conforme al perfil académico y profesional.

3 Formulación de Hipótesis

Esta actividad propositiva tiene como objetivo brindar desde la academia, alternativas de solución a un escollo en el que se presenta un desequilibrio en las relaciones laborales, a fin de que se tengan en consideración, para que al momento de celebrarse contratos de trabajo se genere un balance positivo entre las partes contractuales, desde la responsabilidad social y empresarial, primando por encima del tipo de contrato, los derechos de los sujetos; en tal sentido, las alternativas que se pretenden proponer, como se menciona anteriormente, parten de dos escenarios que se plantean en las siguientes hipótesis:

I) Las nuevas formas de contratación obedecen a la necesidad de consolidar empresas competitivas y sólidas capaces de adaptarse al nuevo mercado laboral a través de estrategias de táctica organizacional y desarrollo económico.

II) La importancia de la primacía de las garantías de los trabajadores sobre las formalidades contractuales, conforme al ordenamiento jurídico que regula la Subcontratación Múltiple en la que se ve inmersa la precarización del empleo.

3.1 Categorías

Lo aquí expuesto se estudia considerando cuatro ejes fundamentales:

- La responsabilidad patronal

- El trabajo digno
- La estabilidad laboral
- El derecho de asociación colectiva

De esta manera se busca contribuir académicamente con alternativas que mejoren el desequilibrio que se viene presentando en las relaciones laborales a causa de las nuevas dinámicas productivas del país, más exactamente en el sector de la mensajería de la empresa privada en la Capital Colombiana.

4 Marco Metodológico

4.1 Metodología de la Investigación

Este capítulo se realiza con el propósito de ubicar la investigación dentro de una metodología que permita obtener los datos e información necesaria para dar respuesta a la pregunta de investigación, por lo que se utilizan estadísticas suministradas por el Ministerio de Trabajo e informes de Gestión emitidos por Servientrega S.A., empresa referente de estudio. A corto plazo se piensa incluir el uso de un instrumento de recolección de datos con el fin de identificar las categorías de análisis que intervienen en la investigación, Esta metodología se lleva a cabo bajo los criterios que se enuncian a continuación.

4.2 Línea de Investigación

En el caso de estudio, se ha optado por la línea de investigación de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, denominada, "Derecho, sociedad y cultura en la formación jurídica ", por tratarse de una investigación cualitativa socio jurídica que involucra no solo un impacto social en la población trabajadora, sino que también implica un escollo legal que aqueja al ámbito jurídico.

4.3 Forma o Clase de Investigación.

Luego de realizada la identificación y descripción del objeto de estudio para desarrollar la presente investigación y la metodología documental de la que se indica, se considera un diseño de carácter bibliográfico, fundamentado en la revisión de material impresos y digital de información, tanto documental como bibliográfico, entre ellos documentos, textos, publicaciones e instrumentos legales.

También, de acuerdo al contenido temático el enfoque investigativo será crítico-hermenéutico por estar su construcción respaldada en interpretaciones documentales, doctrinales, normativas constitucionales, legales, y jurisprudenciales en torno a la tercerización frente a los derechos de trabajo digno, estabilidad laboral y asociación sindical.

4.4 Tipo de investigación

De acuerdo con la fuente originaria de información, es una investigación de carácter documental transversal asincrónica, que se nutre de estudios ya realizados a fin de unificar distintos criterios que se manejan en el régimen de la subcontratación laboral en el que se involucra el marco normativo, los antecedentes históricos y la evolución de la tercerización laboral; por ende, se trata de una investigación documental basada en un análisis de información escrita sobre la materia con el propósito de establecer relaciones entre la subcontratación y la precarización del empleo, orientando en particular el logro del objetivo general tendiente a Evaluar si el empleo de la Subcontratación en el periodo 2016 – 2022 por parte Servientrega S.A. ha repercutido en la precarización de las condiciones laborales de sus colaboradores; de donde la investigación es descriptiva dado que busca señalar sistemáticamente hechos que se narran, reseñan e identifican hechos o rasgos característicos del tema objeto de estudio.

4.5 Técnicas de Recolección de la Información

Para tal efecto se diseñó un plan donde se detallan las actividades que se han realizado para poder llegar a los objetivos específicos, puntualmente descritos, tomándose fuentes

que permitieron Identificar el marco constitucional del outsourcing o tercerización, el ordenamiento jurídico y el impacto generado en el sector trabajador desde un estudio de caso, cuyos fundamentos se extraen básicamente de los informes de gestión rendidos por la misma empresa referente. Dicha **recolección** de datos bibliográficos se realizó mediante visitas a la biblioteca de la Facultad de Derecho y la incursión al ciberespacio digital en donde se obtuvo información documental digital.

5 Conclusiones o Consideraciones Finales

De manera frecuente se mencionó en la presente investigación la importancia que representa el fenómeno de la tercerización tanto para la economía del país, como para las empresas y la población trabajadora; sin embargo, el principal objetivo de este proyecto es el de analizar constitucional y legalmente la práctica de la subcontratación mediante las figuras de la tercerización de bienes y servicios y la intermediación laboral para así poder determinar si estas modalidades contractuales tienen una relación causal en la precarización del trabajo digno, la estabilidad laboral y el derecho de asociación sindical; para ello fue necesario hacer una revisión documental realizada a fuentes documentales físicas y digitales que gozó de una amplia complementación con aportes investigativos de los autores anteriormente citados, lo cual permitió llegar a las siguientes conclusiones:

1: En Colombia el fenómeno de la Tercerización es un tema que ha tenido un fuerte impacto en el sector laboral al punto de transformar la forma tradicional que se llevaban en las relaciones laborales, representando tal situación grandes beneficios tanto para las empresas que subcontratan actividades como para aquellas compañías que prestan sus servicios, descartando de plano las parte más importante de la relación, al trabajador, situación que se acentúa por

falta de vigilancia. Es así como los empleadores han encontrado una manera de obtener más utilidades al desligarse de la relación laboral.

Lo anterior conlleva a la necesidad de que el legislador establezca de manera concreta reglas sobre la materia en aras de fortalecer la inspección, vigilancia y control de las Cooperativas de Trabajo Asociado, las empresas de servicios temporales y las que en apariencia operan como contratistas y subcontratistas con el propósito de romper la relación laboral a través de la externalización y descentralización; esta necesidad debe ser vista como urgente teniendo en cuenta que en la actualidad existe un vacío jurídico ante la nulidad decretada por el Consejo de Estado del artículo que contenía las definiciones para los procedimientos administrativos de inspección, vigilancia y control (Baracaldo, 2018, p. 19).

2: En Colombia, los procesos de mediación o tercerización son contemplados y permitidos por la Carta Magna, llevando como bandera el principio de la buena fe en la relación laboral, lo cual permite al legislador un amplio margen de acción, a fin de ofrecer diversos caminos al sector obrero para acceder a ese derecho al trabajo en condiciones dignas y justas que la Constitución Política promete.

Sin embargo, en este campo de acción el legislado debe ser consciente de las consecuencias que puede traer consigo una tercerización irresponsable e indebida y la falta de vigilancia. Situación nefasta que implica un escenario donde los derechos y garantías mínimas del trabajador, por las que en otrora se luchó, se conviertan en un dinosaurio más; y es que, no se debe perder de vista la premisa de que los procesos de tercerización son ajustados a la Norma Superior, siempre y cuando no se utilicen como herramientas para ocultar o disfrazar una verdadera relación laboral (Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009).

3: Para el entendimiento de la modalidad contractual estudiada, los requisitos legales que son impuestos, no satisfacen la necesidad de garantizar los derechos y prerrogativas de los trabajadores, pues se quiera o no, la subcontratación múltiple lleva de manera inescindible consecuencias de desprotección en derechos como el trabajo digno, la estabilidad laboral y la

asociación sindical por tener implícito la deslaboralización que se da al no haber una relación directa entre la empresa que se beneficia del servicio y quien directamente lo presta.

4. La investigación permite establecer que la relación de causalidad entre la subcontratación múltiple expresada a través de la tercerización y la intermediación y la precarización de los derechos de los trabajadores, no es rebatible, partiendo del hecho que cuando no media un contrato laboral entre el trabajador que presta el servicio y la empresa que lo recibe, derechos como el trabajo digno, la estabilidad laboral y el derecho de asociación sindical, quedan en el limbo pues no hay un vínculo jurídico que obligue a las partes a reconocerlos y darles cumplimiento.

5.1.1 Recomendaciones

Con base en la investigación que fue llevada a cabo, se sugiere grosso modo que exista un proceso continuo de mejora respecto de la tercerización y la intermediación, por tal motivo, son puestas a disposición las siguientes recomendaciones:

Es un hecho que la modernidad está cambiando la mayoría de los procesos de selección de personal que se llevan a cabo en Colombia, razón por la cual se debe abordar el tema de la subcontratación de tal manera que tome preponderancia los derechos de los trabajadores sobre la formalidad contractual, esto es, darle un manejo al Outsourcing en una medida que no mengue derechos y garantías laborales, Otorgándole el papel que se merece la sociedad.

Tal proceso sugerido anteriormente debe ir acompañado de una vigilancia eficaz y eficiente que frene cualquier brote de abuso por parte de los empleadores y un proceso educativo con la finalidad de disminuir el aprovechamiento de la falta de conocimientos de los trabajadores para emplear esta figura con la intención cubrir una verdadera relación laboral, disminuir sus derechos y aumentar las utilidades para la empresa.

Aunado a lo anterior, se sugiere que el Congreso de la República, como le corresponde, tenga presente el Convenio 181 y la recomendación 198 de la OIT, desplace la carga de la prueba de los contratos realidad sobre los empleadores, convirtiendo la relación laboral en presunción

legal; por último, atendiendo el derecho constitucional de la igualdad y en ausencia de un fundamento también constitucional para establecer una diferencia fundada, que el principio de solidaridad no solo sea una prerrogativa para los trabajadores que prestan una labor conexas al giro de negocio, sino que también lo sea para aquellos que realizan labores extrañas a las actividades de la empresa.

6 Alternativas de Solución Socio – Jurídicas

Con el objetivo de proponer alternativas de solución progresivas que planteen un escenario concreto de seguridad jurídica en las relaciones que se dan entre empresas y trabajadores mediante el uso de la subcontratación múltiple, se enuncia a continuación las siguientes:

1. Revisar las estructuras organizativas de las empresas y adaptarlas al nuevo proceso productivo, tomando en consideración los cargos del personal contratado; ello a través del estudio y el análisis del funcionamiento actual de cada una de las estructuras, en función del requerimiento real de la fuerza laboral; para así poder adaptar las estructuras organizativas al nuevo modelo en el proceso productivo.

2. Diseñar nuevas alternativas de contratación en las que se vean fortalecidos los derechos de los trabajadores, entre estos, el de trabajo digno, estabilidad laboral y asociación sindical, alternativas que solo son posibles desde un punto de equilibrio en el que se aparte el proteccionismo del que gozan los empleadores que de manera premeditada deslaborizan las relaciones que se dan entre empresa y trabajadores.

Las alternativas aquí propuestas van de la mano de dos procesos que van a ser emprendidos con la continuación de la investigación, los cuales son:

i) La elaboración de una cartilla que contemple los términos básicos acerca de todas las circunstancias que se desprenden de una relación laboral, entre estas, los derechos de los trabajadores, las clases de vínculo jurídico y sus características, definición de conceptos como tercerización, intermediación, subcontratación, contrato laboral, incluyendo los acuerdos de voluntades que van implícitos en la relación contractual; ello, con el fin de brindar una socialización y apoyo educativo a la población trabajadora para que las empresas no aprovechen su desconocimiento o ignorancia para utilizar maniobras que van en detrimento de los derechos laborales.

ii) Presentar un proyecto de ley ante el congreso, planteando los pro y contra de la tercerización laboral y proponiendo nuevas alternativas de vinculación que propendan por el equilibrio jurídico de las relaciones laborales; este versara sobre la primacía de la realidad, la primacía del trabajador sobre las formalidades, la presunción legal de la relación laboral, el principio de solidaridad y la responsabilidad patronal.

En el mismo, debe involucrar mecanismo de vigilancia y control de las empresas por parte del ministerio de trabajo y unas disposiciones concretas que impongan el deber a los empleadores de vincular directamente a los empleados a no ser que se trate en verdad de las excepciones que expone la ley, sin dar lugar a la ambigüedad, que es una amenaza para el trabajador y una fortaleza para la empresa.

Teniendo en cuenta que al hablar de la tercerización y la intermediación, se habla como bien lo dice el trabajo de investigación, de una relación triangular, en donde sus partes son el contratante, el contratista o subcontratista y el trabajador, entre las nuevas alternativas de vinculación laboral, aunque descabelladas pero no improbables, se encuentra la celebración simultánea de un contrato civil en el que serán partes los contratantes y contratistas y uno laboral en el que las partes serán los contratantes, los contratistas y los trabajadores, contrato en el que se aplicará el principio de solidaridad independientemente a que las labores sean extrañas o no a las actividades normales de la empresa que recibe el servicio.

También va la propuesta de convenios colectivos, aplicables en los diversos sectores laborales, con el fin de proteger a los empleados, según la particularidad de cada sector o empresa.

Como hoy día las empresas hacen unas exigencias bastante fuertes en cuanto al perfil de los trabajadores, requiriendo edad, experiencia, conocimiento, profesión y muchas veces idiomas; en respeto de aquellas personas que son mano de obra calificada, se propone un salario mínimo ordinario, uno convencional y uno extraordinario conforme al perfil académico y profesional.

Referencias

- Rodríguez, J. (2012). Empresas Temporales, Intermediación Laboral. En Rodríguez J. Guía Relaciones Laborales y Prestaciones (pp. 528-536). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ugarte, J. L. (2004). El Nuevo Derecho del Trabajo (1 ed.). Santiago de Chile: Editorial Universal S.A. (pp. 13-68). Recuperado el 07 de abril de 2020, de [es.scribd.com > document > El-Nuevo-Derecho-Del-Tr..](https://es.scribd.com/document/El-Nuevo-Derecho-Del-Tr..)
- Rojas, C. (2016). La flexibilización laboral en Colombia. *Jurídicas CUC*, 12(1), 17-29. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.12.1.2016.2>
- Trujillo, S., & Cardona, A. M. (2009). El Concepto de Flexibilización Laboral, una Mirada a partir del Ordenamiento Jurídico Colombiano. Recuperado el 07 de abril de 2020, de [Dialnetdialnet.unirioja.es > descarga > articulo](http://dialnet.unirioja.es/documento/Descarga_articulo)
- Donoso, P. E. (2015). Aspectos de una Relación Triangular en la Subcontratación Laboral. 6(12), pp. 2-54. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Recuperado el 07 de abril de 2020, de [revistatrabajo.uchile. cl > RDTSS > article > download](http://revistatrabajo.uchile.cl)
- Jaramillo, I. D. (05 de junio de 2019). Tercerización, subcontratación y derechos. La República, Recuperado el 07 de abril de 2020, de [www.larepublica.co > alta-gerencia > tercerizacion-subc.](http://www.larepublica.co)

- Baracaldo, L., (2018). El outsourcing en las entidades públicas de Colombia. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, p.p. 1- 23. Recuperado en:
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22955/1/El%20outsourcing%20en%20la%20entidades%20p%C3%BAblicas%20de%20Colombia.pdf>
- Arenas, E., Piedrahita, C., & Plata, J. M. (2007). Marco Jurídico de las Cooperativas de Trabajo Asociado. 6(11). Opinión Jurídica. Recuperado el 07 de abril de 2020, de revistas.udem.edu.co › opinion › article › view
- Constitución Política de Colombia. (10 de octubre de 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, Colombia.
- C181. Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181). (19 de junio de 1997).
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312326.
- C111. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). (25 junio 1958).
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO.
- C100. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100). (29 junio 1951).
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245:NO.
- Co81. Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81). (11 julio 1947).
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312226:NO.
- Co98. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98). (01 julio 1949).
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312243:NO.

Co87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87). (09 julio 1948).

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312232:NO.

Co81. Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (número 81). (11 julio 1947).

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312226:NO.

Co02. Convenio sobre el desempleo, 1919 (número 2). (28 noviembre 1919).

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312147:NO.

Código Sustantivo del Trabajo. (05 de agosto de 1950). Diario Oficial, Bogotá, Colombia.

Ley 1753. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. (09 de junio de 2015).

Ley 1610. Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral. (02 de enero de 2013).

Ley 1429. Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. (29 de diciembre de 2010).

Ley 1258. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. (05 de diciembre de 2008)

Ley 789. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. (27 de diciembre de 2002).

Ley 10. Por la cual se regulan las empresas asociativas de trabajo, (21 de enero de 1991).

Ley 50. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones, (28 de diciembre de 1990).

Ley 79. Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa, (23 de diciembre de 1988).

Decreto 683. Por el cual se deroga el Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo y el Decreto 583 de 2016, (18 de abril de 2018).

Decreto 583. Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015, (08 de abril de 2016).

Decreto 1072. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, (26 de mayo de 2015).

Decreto 4369. por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones, (04 de diciembre de 2006).

Resolución 2021. Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, (09 de mayo de 2018).

Resolución 5670. Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido de los artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, (29 de diciembre de 2016).

Sentencia No. 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011). (19 de febrero de 2018). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Carmelo Perdomo Cuéter. M.P.).
<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30034536>.

Sentencia 00485. (06 de julio de 2017). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sandra Lisset Ibarra Vélez. M.P.).
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85941#:~:text=La%20intermediaci%C3%B3n%20laboral%20tiene%20como,servicios%20a%20empresas%20o%20instituciones.>

Sentencia No. 11001-03-25-000-2016-00486-00 (2218-2016). (06 de julio de 2017). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sandra Lisset Ibarra Vélez. M.P.).

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-25-000-2016-00485-00\(2218-16\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16).pdf)

Sentencia SL6621-2017. (03 de mayo de 2017). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (Clara Cecilia Dueñas Quevedo; Rigoberto Echeverry Bueno. M.P.).

<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bjun2017/SL6621-2017.pdf>

Sentencia SL11436-2016. (29 de junio de 2016). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (Gerardo Botero Zuluaga. M.P.). <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bnov2016/SL11436-2016.pdf>

Sentencia C-593. (20 de agosto de 2014). Corte Constitucional, Sala Plena (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-593-14.htm>.

Sentencia C-614. (02 de septiembre de 2009). Corte Constitucional, Sala Plena (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-614-09.htm#:~:text=Se%20entiende%20por%20empleo%20el,ha%20tomado%20posesi%C3%B3n%20del%20mismo.>

Sentencia Rad. 23987. (16 de marzo de 2005). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (Gustavo José Gnecco Mendoza. M.P.).

https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_laboral_e._no._23987_de_2005.aspx#/.

Sentencia C-211. (01 de marzo de 2000). Corte Constitucional, Sala Plena (Carlos Gaviria Díaz. M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-211-00.htm>.

R198. Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (número 198).

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument

Ministerio de Trabajo. (s.f). Trabajo Decente. <https://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/derechos-fundamentales-del-trabajo/promocion-de-la-organizacion/trabajo-decente>.

Dinero. (16 de agosto de 2018). ¿Cómo saber cuándo una tercerización laboral es ilegal?

Recuperado el 07 de abril de 2020, de www.dinero.com > edicion-imprensa > pais > articulo > t...

Dinero. (07 de mayo de 2018). Comercio electrónico le da empujón al sector correo en Colombia. Dinero. Recuperado el 07 de abril de 2020, de www.dinero.com > edicion-imprensa > negocios > articulo

Política de Proyección Social. (2004). Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

Recuperado el 07 de abril de 2020, de

<http://www.unicolmayor.edu.co/portal/index.php?idcategoria=3903>

Servientrega. (2016). Informe de Sostenibilidad. Recuperado el 07 de abril de 2020, de

www.servientrega.com > wps > wcm > connect > SERV...

Servientrega. (2018). Informe de Sostenibilidad. Recuperado el 07 de abril de 2020, de

[s3-us-west-2amazonaws.com](http://s3-us-west-2.amazonaws.com) > cop_2018 > original

Alianza Temporales. (s.f). Alianza Temporales! EMPRESAS DE SERVICIOS ... Recuperado el 07

de abril de 2020, de alianzatemporal.com.co

Legis. (2020). Conferencista: Iván Daniel Jaramillo Jassir - AP Legis. Recuperado el 07 de abril

de 2020, de www.aplegis.com > course > courser_presenter

Legis Ámbito Jurídico. (02 de agosto de 2018). Tercerización e intermediación laboral: ¿en qué

consisten? ¿cómo se diferencian? Recuperado el 07 de abril de 2020, de

www.ambitojuridico.com > constitucional-y-derechos-humanos > terc...

Sion Capital Humano. (s.f). Sion Capital Humano SAS. Recuperado el 07 de abril de 2020, de sioncapitalhumano.com

Timón. (s.f). Timón -El Camino Correcto. Recuperado el 07 de abril de 2020, de Alianzas: www.timon.com.co