

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE INTERMEDIACIÓN EN MATERIA LABORAL*

SOME PRECISIONS ABOUT "LABOUR INTERMEDIATION"

Jorge Eliecer Manrique Villanueva**

Sandra Lucia Tovar Reyes***

RESUMEN

Con el presente escrito se pretende describir el tratamiento realizado por el ordenamiento jurídico colombiano sobre la denominada "intermediación laboral", con especial énfasis en la dinámica legislativa, exponiendo el uso impreciso de la terminología y la estigmatización de figuras lícitas.

Palabras clave: Intermediación laboral. Simple intermediario. Contratista independiente. Subcontratación. Tercerización. Externalización productiva.

* Artigo enviado em 10.05.2019 - autores convidados.

** Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Discipline del Lavoro, Sindacali e della Sicurezza Sociale de la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad Externado de Colombia. jorge.manrique@uexternado.edu.co.

*** Magister en Discipline del Lavoro, Sindacali e della Sicurezza Sociale de la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. sandra.tovar@uexternado.edu.co.

ABSTRACT

This paper describes the “labour intermediation” regulation on the Colombian law, with special emphasis on legislative dynamics, exposing the inaccurate use of terminology and stigmatization of outsourcing.

Keywords: *Labour intermediation. Outsourcing.*

SUMARIO

- 1 INTRODUCCIÓN**
- 2 DINAMISMO LEGISLATIVO Y REGULADOR**
- 3 DESPRESTIGIO E IMPRECISIÓN DEL TÉRMINO “INTERMEDIACIÓN LABORAL”**
- 4 SIMPLE INTERMEDIARIO**
- 5 CONTRATISTA INDEPENDIENTE**
- 6 CONCLUSIONES**

1 INTRODUCCIÓN

La contratación laboral supone, como regla general, la presencia de dos partes que son el empleador, persona natural o jurídica, quien se beneficia de las actividades realizadas por la otra parte, que es el trabajador. Sin embargo, hay situaciones en las cuales no es tan sencillo determinar quién es el empleador y, por ende, a quién corresponde, frente al trabajador, el pago de derechos laborales tales como salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Las complejidades del sistema de producción, de prestación de servicios, de selección y reclutamiento de personal, la descentralización productiva ante exigencias de eficiencia¹ son

¹ “Cada vez de manera más frecuente, y sobretodo a causa de los efectos que se derivan de la globalización y del uso masivo de las nuevas tecnologías en las operaciones y actividades de la empresa, los procesos productivos, también desmaterializados, vienen administrados en función de la mejor distribución posible de los recursos disponibles,

condiciones que se imponen y ameritan la intervención legislativa en aras de prevenir maniobras fraudulentas en perjuicio de los trabajadores. Es resaltable el arduo esfuerzo por parte de la jurisdicción² laboral y constitucional en Colombia para combatir la reprochable dinámica de simulación contractual.

En el ejercicio profesional, sobre todo en el ámbito litigioso pero también en el académico, puede apreciarse que la terminología empleada es imprecisa³ y que, en muchas ocasiones, reviste una connotación negativa dado el uso fraudulento antes mencionado, como se precisará más adelante.

2 DINAMISMO LEGISLATIVO Y REGULADOR

Durante los últimos 15 años en Colombia se ha desarrollado un intenso debate relacionado con la intermediación o tercerización en materia laboral y han sido promulgadas distintas disposiciones intentando regular el tema, sin alcanzar, a la fecha, un consenso sobre los conceptos básicos que permitan identificar con claridad conceptual cada hipótesis.

acudiendo a los instrumentos útiles a tal fin (reubicación, externalización o subcontratación, transferencia de empresa, *joint venture*, *distacco*, etc.)” Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori, ISFOL. *Il fenomeno delle esternalizzazioni in Italia: indagine sull’impatto dell’outsourcing sull’organizzazioni industriali e sulle condiziono di tutela dei lavoratori*, Roma, 2011. p. 7.

² Al respecto ver Laura Orjuela *et al.* *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012.

³ “La confusión radica, y en grado sumo, en el entendimiento de los conceptos de tercerización del recurso humano (o talento humano) y tercerización de servicios o el *outsourcing*. La primera, se desarrolla a través de empresas de servicios temporales (EST); la segunda, se hace por contratistas independientes, cooperativas de trabajo asociado (CTA) y por medio del contrato sindical. Así mismo, existe la Agencia Pública de Empleo, las Agencias Públicas y Privadas de Gestión y Colocación de Empleo y las Bolsas de Empleo, que prestan servicio de intermediación. Todas las figuras antedichas, son legales; la ilegalidad deviene al utilizarse trasgrediendo la normatividad”. Diana María Gómez Hoyos, *Externalización y cadenas de producción en Colombia, in Comparative Labor Law Dossier. IUSLabor 3/2016*, p.104. Consultado en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/316733/406829>.

Ciertamente, se han expedido las disposiciones que se pasan a enunciar, aunque algunas han sido derogadas, unas veces, por normas posteriores y otras por decisiones de los Jueces. Veamos:

1. Decreto 2996 de 2004. Sobre contribuciones parafiscales.
2. Decreto 4588 de 2006. Sobre reglamentación en la organización y funcionamiento de las CTA y Precooperativas.
3. Ley 1233 de 2008. Sobre Cooperativas de Trabajo Asociado (en adelante CTA).
4. Decreto 1429 de 2010. Sobre contrato sindical.
5. Ley 1429 de 2010, art. 63. Sobre la contratación de personal en las CTA.
6. Decreto 2025 de 2011. Sobre prohibición de contratación con las CTA.
7. Ley 1610 de 2013. Sobre fortalecimiento de las inspecciones de trabajo y los acuerdos de formalización laboral.
8. Ley 1636 de 2013. Sobre el servicio público de empleo como mecanismo de protección al cesante.
9. Decreto 2798 de 2013. Reglamentó el art. 63 de la Ley 1429 de 2010.
10. Decreto 1025 de 2014. Derogó el Decreto 2798 de 2013.
11. Decreto 583 de 2016. Reglamentó el art. 63 de la Ley 1429 de 2010.
12. Resolución Ministerio del Trabajo 5672 de 2016. Mediante la cual se establecieron lineamientos respecto de la inspección, vigilancia y control en materia de tercerización laboral.
13. Consejo de Estado. Sentencia 6 de julio de 2017. Anuló apartes del Decreto 583 de 2016.
14. Consejo de Estado. Sentencia 19 de febrero de 2018. Anuló apartes del Decreto 2025 de 2011.
15. Resolución Ministerio del Trabajo 2021 de 2018. Mediante la cual se establecieron lineamientos respecto de la inspección, vigilancia y control que se adelanta frente al contenido del art. 63 de la Ley 1429 de 2010.
16. Decreto 683 de 2018. Derogó el Decreto 583 de 2016.

No hay duda que la intención del legislador fue loable y merecedora de apoyo dado el contexto colombiano:

[...] en los últimos tiempos se ha hecho un uso indebido de las CTA. Muchas de ellas, tal vez la mayoría, desarrollan actividades de intermediación laboral y remiten sus afiliados a las empresas-clientes como trabajadores asalariados en misión. Estas prácticas desvirtúan el espíritu cooperativo y finalmente conducen a precarias condiciones laborales de los socios.⁴

En este mismo sentido, reprochado por la jurisprudencia:

[...] aunque la Corte ha determinado que la organización del trabajo autogestionario, en torno a cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, también ha destacado que “[...] la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de

⁴ Stefano Farné. El fin de las cooperativas de trabajo asociado. Portafolio. Consultado el 18 de abril de 2019 en: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/articulo19.pdf>. También en cuanto al artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, se resaltó lo siguiente: “Curiosamente, lo mismo proclamó el Gobierno pasado en 2006 al sancionar el decreto 4588, según el cual las “CTA no podrán actuar como empresas de intermediación laboral” (art. 17); y volvió a reiterarlo en 2008 con la expedición de la ley 1233, cuyo art. 7 establece que “Las CTA no podrán actuar como empresas de intermediación laboral (y remitir sus asociados) como trabajadores en misión.”

manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral.” (Ver sentencia del 6 de diciembre de 2006, Rad. 25713).⁵

Si bien la intervención del Estado era necesaria por el abuso señalado, la amplia lista de las normas precitadas demuestra la profusa regulación en torno al tema, además, el cambio de unas normas por otras generó mayor confusión.

Luego de estas ideas preliminares, el objetivo es diferenciar dos figuras principales a la luz del ordenamiento vigente en Colombia: simple intermediario y contratista independiente.

3 DESPRESTIGIO E IMPRECISIÓN DEL TÉRMINO “INTERMEDIACIÓN LABORAL”

Como se anticipó y es fácilmente comprobable en la actividad judicial⁶, la inclusión de un sujeto intermedio en la tradicional relación de trabajo bilateral ha conllevado a vulneración de derechos y/o falta de efectividad de los mismos. Se suma a lo anterior que se observa una importante “expansión que el trabajo autónomo ha experimentado en el curso de los últimos años [y agudizado en el presente] de la mano de la descentralización productiva [...]. La externalización de actividades no solamente ha expandido el trabajo autónomo; también ha cambiado el perfil del trabajador autónomo”⁷, lo que a su vez impide el acceso a las mayores garantías que ofrece el trabajo dependiente y por cuenta ajena.

Este panorama crea un ambiente de desconfianza y recelo, que, en algunos casos, ha logrado permear incluso la convicción de algunas autoridades, ya sean judiciales o administrativas.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 665 del 25 de septiembre de 2013, Rad. 36560. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

⁶ Pues abundan las sentencias en las que los operadores jurídicos aplican el principio de primacía de la realidad para identificar al verdadero empleador.

⁷ Fernando Valdés Dal-Ré. “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo” in *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Valladolid, 2001, n. 2, p. 62. Consultado el 18 de abril de 2019 en: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11197>.

Se procede entonces a precisar en dónde se evidencia por parte de los operadores jurídicos una connotación negativa o imprecisiones terminológicas hacia la intermediación laboral, realizando apreciaciones generalizadas que presumen *per se* el uso fraudulento dado el desprestigio de algunas figuras.

Para indicar las causas, en principio se debe exponer el inciso primero del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010:

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.

Sobre el artículo transcrito se podrían anticipar cuatro conclusiones:

- Que la “intermediación laboral” puede ser de dos formas: regular/legal o irregular/ilegal, pues el legislador precisó el calificativo dependiendo de si al utilizar una figura existe o no afectación de derechos laborales.
- Que la amplitud conceptual de la palabra intermediación (existir o “estar entre dos personas o cosas”⁸), da lugar a imprecisiones de tipo jurídico pues hace que se utilice de manera indistinta, resultando menesterosa la precisión terminológica.
- Que mediante las CTA no se “puede” vincular a personal para el “desarrollo de las actividades misionales permanentes”.
- Que así solo haya sido mencionada directamente la figura de las CTA, ello no indica que la disposición sea aplicable solo a ellas pues expresa también “o bajo ninguna otra modalidad de vinculación”, lo que amplía su radio de acción a cualquier otra figura.

⁸ “Intermediar”. En el Diccionario de la lengua española. Fuente electrónica [en línea]. Madrid, España: Real Academia Española. Consultado el 18 de abril de 2019 en: <https://dle.rae.es/?id=LvIP6xv>.

Para complementar el panorama legislativo, el artículo 1 del Decreto 2025 de 2011 establece que “Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones”, agregando que dicha “actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado”. Brilla por su ausencia la referencia a la afectación de derechos, concentrándose la norma en determinar lo que se debe entender por actividad misional permanente (“aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa”), así como por tercero contratante o contratación.

Con lo anterior se permite anticipar quizá otra de las causas con las que en especial las CTA soportan una carga de desprestigio, pues al ser utilizadas de manera ejemplificativa, y ante la ausencia del señalamiento expreso de otras figuras, empieza a pesar en el lector de la norma una especie de presunción de uso fraudulento. A ello se suman las considerables condenas o sanciones pecuniarias que se hacen públicas en la prensa nacional.⁹ En síntesis, se produjo un efecto indeseado al estigmatizar la figura, sin desconocer que su mala fama es merecida pues encuentra respaldo en el uso desproporcionado e irregular que se puede evidenciar históricamente.

No se debe olvidar que las figuras de fraude a la ley y abuso del derecho conllevan consecuencias en el ordenamiento jurídico dado que son límites a la autonomía privada. Es cierto también que no son figuras fáciles de determinar o evidenciar por los jueces pues apuntan hacia aspectos volitivos con dificultades probatorias,

⁹ “Tercerización laboral ilegal, violación al derecho de asociación sindical e incumplimiento de las normas de salud ocupacional, higiene y seguridad social, son algunos de los motivos por los que el Ministerio del Trabajo emitió sanciones en primera instancia contra 917 empresas. Las multas que se anunciaron entre mayo y septiembre de 2016 están valoradas en \$87.231 millones - 122 % superior al mismo período de 2015, cuando el monto llegó a \$39.303 millones.” *El Espectador. Por tercerización irregular, emiten multas contra empresas*. Consultado en: <https://www.elespectador.com/noticias/economia/tercerizacion-irregular-emiten-multas-contra-empresas-articulo-664462>.

por lo que la ayuda del legislador en la determinación de conductas antijurídicas fue, en principio, de buen recibido.

Sin embargo, en algunas ocasiones, el legislador vuelve más complejo el trabajo de los operadores jurídicos, así no haya duda de su interés en aportar positivamente a la organización y respeto por las garantías de los sujetos con intereses en conflicto.

Nótese cómo en el artículo 63 antes citado el legislador empleó una terminología un poco insólita (actividades “misionales”, cuando hasta la fecha solo era familiar el término de trabajadores en “misión”, el cual es propio de las EST) y cómo no hizo mención expresa a otras figuras cuyo uso impropio podrían también llegar a convertirse en formas de burlar derechos laborales individuales, colectivos o de seguridad social.

Al respecto, las EST están sometidas a una regulación que permite, en algunos casos previstos por el legislador, que sirvan como medio para suministrar personal. Quizás desde este punto de vista sería entonces explicable la ausencia de mención de esta en la norma, sin que ello excluya que en ocasiones dichas organizaciones operen de manera fraudulenta, ilegal o irregular, como cuando se apartan de las hipótesis preestablecidas.¹⁰

Sin embargo, continuando con la ausencia de mención de otras figuras en el artículo citado, no resulta tampoco una revelación el hecho que incluso mediante la vinculación de personal bajo la denominación de contratista independiente puede ser usada para desconocer derechos de los trabajadores u ocultar la calidad de empleador.

Otro tanto ocurre con una lectura desprevenida del aparte “intermediación laboral”, pues podría evocar en principio la hipótesis de “simple intermediario” regulada por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST) y, aunque pareciere obvia la aclaración, su uso es autorizado por el ordenamiento jurídico.

¹⁰ Como al no encontrarse su actuación inmersa dentro de las hipótesis previstas por el legislador o ante la superación de los máximos temporales establecidos (Artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

De hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acogió la terminología “intermediación laboral ilegal” a partir del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, pero utilizó el adjetivo simple, como se puede observar en un extracto reciente:

[...] cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario encubre verdaderas relaciones laborales con la ayuda de aparentes contratistas, carentes de una estructura empresarial propia y entidad suficiente, cuya única razón de ser es el de proporcionar trabajadores a la principal, se estará en una simple intermediación laboral ilegal. En este punto, vale igualmente la pena recordar que aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitido en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal.¹¹ (subrayado fuera del original)

Se observa en la sentencia la influencia del artículo 63 de la Ley 1429. Nótese entonces como en la parte final del inciso transcrito se puede concluir que lo que pretendió el legislador fue mermar el uso irregular, ilegítimo, ilegal, inconstitucional o irresponsable que se ha dado en la contratación, por ejemplo, por algunas organizaciones que dicen actuar como CTA, sin serlo, pero que bien podría haber sido cualquier otra figura.

Es clara y defendible la intención del legislador, pero en la práctica el efecto perjudicó la imagen de las CTA al punto que se presume la irregularidad de las mismas sin fundamento para ello, tal y como incluso lo manifiesta la Escuela Nacional Sindical, al afirmar que sucedió:

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL467 del 6 de febrero de 2019. Rad. 71281. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

[...] una excesiva socialización de la norma otorgándole el sentido de prohibir a las Cooperativas de Trabajo Asociado cuando su mandamiento de fondo consistía en impedir la intermediación laboral de actividades misionales permanentes bajo modalidades de vinculación que afectaran los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.¹²

Para usar un término coloquial, se satanizó a las CTA por la forma en como se estaban utilizando. Sin embargo existen ejemplos genuinos y auténticos, no sólo de CTA sino en general dentro de todas las figuras antes referidas que suponen un uso legítimo dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, lo que se observa en la práctica es la tendencia de otorgar una connotación negativa e inexacta a los términos de intermediación o de tercerización laboral, como si cualquier tipo de externalización productiva conllevara consigo una intención de burlar los derechos de los trabajadores o de mermar los mismos. Tan solo por citar un ejemplo se observa por parte del Ministerio del Trabajo:

Tercerizar en el marco estricto de lo pretendido por dicha figura no es ilegal, ni prohibido por nuestra legislación, pero lo que si [es] prohibido en nuestra estructura normativa es la tercerización laboral [...] en el estricto sentido de que un tercero no puede proveerle solamente personal, con el único fin de que este ultimo no vincule directamente a aquellos trabajadores que van a desarrollar actividades misionales o de apoyo, porque en el sentido estricto lo que se terceriza son actividades y/o procesos y no personas, de tal manera, que los únicos autorizados por Ley para suministrar personal son las EST como una excepcionalidad al Contrato de Trabajo... Dicha actividad de envío de trabajadores en misión como lo ha definido la Ley solo puede ser realizado por una

¹² Escuela Nacional Sindical. *Obstáculos para el ejercicio del derecho de asociación sindical: la tercerización e intermediación laboral en Colombia*, Bogotá, Informe 2018. p. 10. Consultado el 18 de abril de 2019 en: <http://calcolombia.co/wp-content/uploads/2019/01/La-tercerizaci%C3%B3n-e-intermediaci%C3%B3n-laboral-en-Colombia.pdf>.

empresa que se identifique como de servicios temporales y que esté debidamente autorizada por este Ministerio, por lo que cualesquier otra figura cuyo fin sea proveer personal se encuentra vedado en nuestra legislación. Si tal suceso se llegase a presentar aquel que suministra el personal sin ser una EST, es considerado un intermediario dentro de la relación laboral, ya que aún cuando los formalismos de la Ley frente a su relación con sus trabajadores estén satisfechos, lo cierto es que desarrolla una actividad prohibida [...].¹³ (subrayado fuera del original)

A dicho aparte se podrían hacer las siguientes réplicas: que lo que se quiso fue desinsentivar (mediante la imposición de multas) a quienes incurran en aquél tipo de intermediación que “afecte los derechos” laborales (Inciso 1 del Art. 63 de la Ley 1429 de 2010), no a cualquier tipo de intermediación ni mucho menos a todos los tipos de “tercerización”; que la buena fe se presume por mandato constitucional (aunque también expresamente en materia civil, comercial y laboral); que las prohibiciones obedecen al principio de tipicidad legal; que al particular le basta con saber que su conducta no está prohibida (art. 6 de la CN), por lo que no es necesario que esté expresamente permitida; que cuando una figura está regulada no implica necesariamente que esté prohibida, pues puede estar permitida bajo determinados parámetros establecidos por el legislador; que el uso indebido o el abuso de determinadas figuras no necesariamente conlleva a su prohibición, pues esta debe ser la *ultima ratio*; que existen mecanismos paralelos como el abuso del derecho y el fraude a la ley, desarrollados con proficua

¹³ Ministerio del Trabajo. Resolución número 2031 del 3 de junio de 2015 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición” interpuesto por el apoderado de GECOLSA luego de que se le impusiere una multa por valor de mil ochocientos cuarenta y ocho millones de pesos (\$1.848.000.000). Se trae a colación este caso a modo de ejemplo, pues como se observa incurre en las imprecisiones ya anotadas no obstante ordenó la revocación de la sanción e impuso también “REHACER en su totalidad la actuación administrativa” por no existir al momento de los hechos investigados la norma que fue parcialmente utilizada para fundamentar la sanción, así como para permitir la contradicción de un documento contentivo de un estudio técnico.

jurisprudencia; que no se materializa una “excepcionalidad al contrato de trabajo”, pues inclusive las EST vinculan personal mediante contratos de trabajo por duración de la obra o labor o a término fijo, dado que incluso es la legislación la que restringe el marco temporal para su uso; que no solo las EST están autorizadas para suministrar personal pues también lo podría hacer un simple intermediario y la legislación laboral colombiana protege al trabajador mediante mecanismos como el de responsabilidad solidaria a quien no exprese su calidad.¹⁴

Evidenciado lo anterior, se procede a exponer dos figuras de suma importancia para la actividad económica colombiana y su regulación.

4 SIMPLE INTERMEDIARIO

Son de alguna frecuencia los fenómenos anteriores a la celebración del contrato de trabajo como la simple intermediación, consistente en que una persona

[...] conviene con otra u otras para que se presenten a trabajar en determinada empresa o establecimiento; es decir, el intermediario no recibe el trabajo de la persona contratada. Realiza las actividades de un mandatario o gestor o agente de negocios.¹⁵

¹⁴ “En cuanto al argumento de la cooperativa de ser improcedente la condena en solidaridad, en tanto las entidades se dedicaban a actividades diferentes, debe indicarse que la condena en solidaridad, impuesta por el sentenciador de primer grado, lo fue en razón de que la cooperativa había actuado como mera intermediaria de la verdadera empleadora, en este caso, la entidad promotora de salud, lo cual generaba los efectos previstos en el artículo 35 del C.S.T., en el entendido de que si el mero intermediario no manifiesta su condición de tal debe responder de manera solidaria por el pago de salarios y prestaciones adeudados al trabajador, por lo que el legislador no previó para este caso específico la afinidad de actividades y objeto social entre deudor principal y solidario, como lo quiere hacer ver la apelante”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL119 del 7 de febrero de 2018. Rad. 46237. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

¹⁵ José Dávalos. Derecho Individual del Trabajo. Décima segunda edición. Bogotá: Editorial Porrúa. 2002. p. 95.

En Colombia la doctrina¹⁶, siguiendo el orden del CST, ubica en el Título I, capítulo III, *representantes del patrono y solidaridad*, las figuras de simple intermediario y contratista independiente.

Se considera que existen dos posibilidades - no excluyentes - que nos aproximan a la naturaleza jurídica del simple intermediario:

1. Como manifestación de la figura del corretaje: el simple intermediario, en el mercado del empleo, busca acercar a las partes del contrato de trabajo, empleador y trabajador, para que suscriban directamente un contrato de trabajo (Código de Comercio, art. 1340). 2. Como manifestación del fenómeno de la representación¹⁷: el simple intermediario contrata un trabajador actuando en nombre y representación de un tercero, denominado empleador quien ejercerá la subordinación respecto del trabajador que se enrola (Código Civil, art. 1505).

Así, encontramos la naturaleza de la intermediación laboral (como una especie de corredor), según voces del art. 1 del Decreto 3115 de 1997, “[...] como aquella - actividad - encaminada a poner en contacto oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades.”

Esta intermediación entre unidades económicas que demandan mano de obra y personas naturales oferentes de su fuerza de trabajo está a cargo de las agencias de colocación. Las agencias de colocación deben acreditar unos requisitos a efectos de poder funcionar y desarrollar su actividad. Los permisos y autorizaciones los concede el Ministerio de la Protección Social.

¹⁶ Ver Alberto López Fajardo. Elementos de derecho del trabajo. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Librería el Profesional. 2004. p. 143 y ss.

¹⁷ Al respecto expresó la Corte Suprema de Justicia: “Situación diferente se da cuando el trabajador ha sido contratado por un simple intermediario, dentro de los parámetros del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, donde éste se limita a enganchar personal o a contratar servicios en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, quien tiene exclusivamente esa calidad. En este caso, el reclamo del trabajador debe adelantarse contra el último y se configura la solidaridad cuando el primero no manifiesta expresamente esa calidad en el momento del enganche de los trabajadores o de la celebración de los contratos celebrados con los últimos.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Ernesto Jiménez Díaz. 10.08.1994. Rad. 6494.

Las agencias de colocación son un solo ejemplo de simple intermediario previsto en el art. 35 del CST.

Cualquiera sea la naturaleza o el actuar del simple intermediario, partimos de dos supuestos: 1. Se trata de intermediación para el empleo de trabajadores asalariados. 2. Obliga la ley a que el intermediario declare, en el momento de contratar o de acercar a las partes, su condición de tal, que es la de simple intermediario laboral, y a que manifieste el nombre del empleador para quien contrata. Si el simple intermediario omite estas declaraciones o se hace pasar frente al trabajador como un verdadero empleador, “[...] se convierte en responsable de todas las obligaciones laborales que surjan como salarios, prestaciones de previsión social, etc., solidariamente con el patrono.”¹⁸

En efecto, cuando el intermediario laboral coordina y dirige los trabajos, con apariencia de contratista independiente, empleando “[...] locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias o conexas del mismo”¹⁹, pero quien ejerce verdaderamente “[...] la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores, dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrón”²⁰, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad solidaria entre el beneficiario - empleador - y el simple intermediario.

El profesor Guillermo González Charry, clásico en la doctrina nacional, nos enseña que los antecedentes de la intermediación datan del período anterior a la Revolución Francesa, cuando fue necesario que los trabajadores se levantasen contra esta forma ignominiosa de explotación y enfrentasen

¹⁸ Guillermo Camacho Henríquez. *Derecho del trabajo: teoría general y relaciones individuales*. Tomo I, Bogotá: Editorial Temis, 1961. p. 379.

¹⁹ Art.35.2 C.S.T.

²⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación 11001-03-15-000-2002-0674-01(pi-050). 22.10.2002. Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

[...]la insolvencia de personas desconocidas, que una vez cumplido por aquéllos el trabajo correspondiente, alegaban no ser el verdadero empleador o no tener como responder económicamente por los salarios causados.

Obviamente, la utilidad de estos intermediarios determinaba

[...]una notoria rebaja en los salarios de los trabajadores, debido a las comisiones que cobraban por su gestión, y las que eran descontadas, no del capital del beneficiario o verdadero empleador, sino de los salarios de los contratados.²¹

En la actualidad estos peligros siguen latentes y no deben repetirse, máxime en un país que reclama una decidida lucha jurídica y política contra la pobreza y la explotación de los más necesitados.

En el mismo sentido la doctrina nacional ha manifestado qué:

[...] si la persona que contrata los servicios personales de los trabajadores busca su propio beneficio, es quien dirige el trabajo y por lo tanto ejecuta actos y toma decisiones subordinantes, y además remunera con sus propios recursos esos servicios personales, no será un intermediario sino un verdadero patrono; pero si, por el contrario, sólo coordina o agrupa los servicios de algunas personas para el beneficio de ese tercero y para ello, además, utiliza los equipos, locales, maquinarias, herramientas y otros elementos propios de aquél, será un intermediario por más apariencia de patrono que tenga, y en tal supuesto deberá expresamente advertir su calidad de tal, pues de lo contrario responderá solidariamente con el patrono por las obligaciones que hayan podido surgir de la efectiva prestación de los servicios personales.²²

²¹ Guillermo González Charry. Derecho Laboral Colombiano. Relaciones Individuales. Ediciones Doctrina y Ley. Octava edición, Bogotá, 1994. Volumen 1, p. 166.

²² Antonio Cerón del Hierro. Introducción al derecho del trabajo: relaciones individuales. Ediciones Derecho Vigente. Primera edición 1998. p. 163.

Los aspectos mencionados aparecen en el art. 35 del CST, lo que nos permite identificar o deducir: 1. Los sujetos que participan en la contratación laboral en el marco de esta figura: i. El trabajador dependiente y por cuenta ajena. ii. El simple intermediario. iii. El empleador o beneficiario de la actividad personal que desarrolla el trabajador asalariado. 2. El concepto de simple intermediario como aquella persona, natural o jurídica, que “[...]contrata servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.” 3. La obligación del simple intermediario de anunciar su condición y manifestar el nombre del empleador que se beneficiará del trabajo de ese asalariado. 4. La eventual responsabilidad solidaria–laboral entre el beneficiario del trabajo y el simple intermediario cuando este omite anunciarse como tal o se comporta con la apariencia de contratista independiente.

En esta relación triangular identificamos las siguientes características: 1. El simple intermediario no es empleador. 2. El simple intermediario es un mediador o representante entre el empleador y el trabajador. 3. El trabajador desarrolla su actividad personal, dependiente y subordinada, bajo órdenes y por cuenta de un empleador. 4. El simple intermediario no asume obligaciones laborales con los trabajadores (salvo la eventual responsabilidad solidaria). 5. Las herramientas que emplean los trabajadores deben pertenecer al empleador o, por lo menos, éste tiene obligación de suministrarlas, y no al simple intermediario. 6. Cuando el simple intermediario no se anuncia como tal y el trabajador labora al servicio de otra persona, existirá obligación solidaria entre el simple intermediario y el beneficiario del trabajo. 7. Si el simple intermediario asume la actitud de “contratista independiente” o de “empresario aparente”, pero la subordinación la ejerce otra persona, o las actividades corresponden al giro inherente o conexo del beneficiario del trabajo, éste será el empleador y el simple intermediario entrará a responder solidariamente.

Aun cuando las normas previstas en nuestro ordenamiento laboral no ofrecen claridad absoluta sobre el tema, es lo cierto que el art. 35.2 del CST pretende evitar abusos contra los trabajadores por la utilización indebida de la figura del simple intermediario,

[...] pues el verdadero empresario podía intentar eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales, ocultando su condición de tal, con sólo interponer entre él y sus trabajadores un falso mandatario actuante en nombre propio o, incluso, interponiéndose él mismo entre los trabajadores y un falso *dominus* generalmente irresponsable.²³

En todo caso,

[...]en ocasiones resulta verdaderamente complejo determinar si se está en presencia de él o de las figuras cercanas o similares como la representación patronal, el contratista independiente y las empresas de servicios temporales.

Adicionalmente, “[...]no es dable en la materia sentar criterios rígidos, en cuanto se da una pluralidad de síntomas característicos de estas figuras.”²⁴

5 CONTRATISTA INDEPENDIENTE

La doctrina nacional²⁵ y extranjera²⁶, al introducirse en el

²³ Jesús Martínez Girón. El empresario aparente. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992. p. 94.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 12187. 27.10.1999. M.P. José Roberto Herrera Vergara.

²⁵ Entre otros: Alfredo Puyana Silva “Dentro de nuestro contexto laboral, será *outsourcing* la prestación del servicio o la ejecución de la obra que realiza un tercero a favor de un contratante, con sus propios medios y autonomía técnica y administrativa, lo que no es nada diferente a la figura del contratista independiente establecido en el Art. 34 de nuestro C.S.T.”. Francisco Buritaca “El *outsourcing* se puede llevar a cabo a través de la contratación externa de operaciones y servicios generalmente bajo tres formas: cooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo y contratista independientes. Estas tres figuras tienen en común la autonomía administrativa, técnica y financiera frente a un usuario o contratante de sus productos o servicios.” Miguel Pérez García y Victoria Aragón de Pérez. Flexibilización Laboral y *Outsourcing*. Primera edición. Bogotá: Editorial Jurídica Dike, 1999. p. 12. “Frente a estas formas de flexibilización se vienen dando otras modalidades que buscan descentralizar la prestación de servicios haciendo énfasis, no ya en la relación laboral sino en la comercial, surgiendo la llamada tercerización o *outsourcing* a través de variadas formas como las cooperativas, empresas asociativas de trabajo y los contratistas independientes o prestatarios de servicios.”

²⁶ Ricardo D. Hierrezuelo y Pedro F. Núñez. Responsabilidad solidaria en el contrato de

estudio de la figura del contratista independiente, suele identificarla, principalmente, con la expresión anglosajona *outsourcing*; sin embargo, éste es un concepto más amplio que abarca otras manifestaciones no sólo jurídicas, también administrativas y de gestión de empresas. En efecto, el *outsourcing* es una estrategia empresarial que se explica como la contratación entre dos empresas, mediante la cual aquellas actividades originariamente llevadas a cabo por la primera empresa son realizadas por una segunda empresa, ya sea mediante la celebración de un contrato o el traspaso, entre éstas, de parte de su unidad productiva. Así, la nueva empresa se constituye como auxiliar o especializada en algunas actividades que correspondían al giro de actividades de la primera.

Aunque con frecuencia el término *outsourcing* se utiliza como sinónimo de subcontratación, entendida ésta en un sentido económico, lo cierto es que aquel término es más amplio, y supone algo más que una mera contratación externa de servicios. El *outsourcing* es una estrategia empresarial que normalmente implica la producción de forma simultánea de los dos fenómenos que nos ocupan, esto es, la transmisión - parcial - de la empresa y la contratación de obras o servicios de la propia actividad; en este sentido, es muy frecuente que la empresa principal, además de encargar a la empresa auxiliar que le preste un determinado servicio, también le ceda una unidad productiva, de la que va a valerse el contratista para ejecutar el servicio encomendado. En todo caso el hecho de que se produzcan al mismo tiempo ambos supuestos - cesión empresarial y compromiso de la nueva empresa a ejecutar

trabajo. Primera edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2003. P. 604. “El *outsourcing* que proviene de la experiencia empresarial americana y cuya traducción literal sería de ‘fuente u origen externo’ (*source*: fuente, origen), designa, en sentido estricto, la externalización de los servicios informáticos de una empresa. Se trata de subcontratar este tipo de servicios con empresas de informática especializadas que ofrecen a las empresas usuarias la posibilidad de contar con los adelantos tecnológicos en esta materia de un modo rápido, sencillo y adaptado a sus necesidades, con el fin de mejorar su competitividad.”

la contrata -, no debe impedir que se distingan, ya que estamos ante dos fenómenos diferentes que se rigen en lo laboral por dos preceptos también distintos.²⁷

Sabemos que no es lo más ortodoxo transcribir una disposición del CST, sin embargo, consideramos necesario revelar el art. 34 del CST, por cuanto es la norma en nuestro ordenamiento que nos señala el concepto y responsabilidad del contratista independiente. Reza el CST, art. 34:

-Subrogado. D.L. 2351/65, art. 3º. Contratistas independientes. 1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.²⁸

²⁷ Mónica Llano Sánchez. *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*. Colección Relaciones Laborales. Primera edición, Madrid: Editorial La Ley, 1999. p. 148.

²⁸ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con ponencia del Magistrado Germán Valdés, Rad. 17573. 12.06.2002 al pronunciarse sobre el alcance de esta norma ha dicho: “El artículo 34 del CST, que fuera subrogado por el artículo 3º del decreto 2351 de 1965, contempla estas situaciones: 1. La del contratista independiente que realiza, por cuenta de otro, una obra o la prestación de un servicio determinados, sin que exista

Los supuestos de hecho necesarios para que concurra la figura del contratista independiente se distinguen desde dos puntos de vista: 1. Los sujetos. 2. El objeto principal de contrato.

Cuando media la figura del contratista independiente consagrada en el art. 34 del CST, identificamos tres sujetos en el complejo de relaciones contractuales que se suscitan: i. El contratante, que es la empresa principal, beneficiaria del servicio o de la obra contratada; ii. El contratista independiente, persona natural o jurídica, que es la empresa auxiliar o especializada que bajo su riesgo y autonomía se obliga con la contratante y iii. Los trabajadores del contratista independiente.

Se establecen, entre estos sujetos, distintas relaciones jurídicas disciplinadas por la ley según la posición que cada uno ocupe. Entre el contratante y el contratista independiente se celebra un contrato regulado por las normas del derecho privado (civil o comercial) o incluso dentro del derecho público.²⁹ Entre el contratista independiente y sus trabajadores se celebran contratos de trabajo sometidos a la plenitud de las disposiciones que preceptúa la legislación laboral y de seguridad social, y entre la contratante principal y los trabajadores del contratista no existe relación laboral alguna, salvo algunas previsiones legales que señalamos a continuación.

afinidad entre la prestación debida y las actividades o negocios del contratante. El contratista es el único responsable frente a sus trabajadores por las obligaciones laborales de sus subordinados; y, desde luego, el contratante no compromete su patrimonio frente a ellos. 2. La del contratista independiente que realiza una obra o servicio determinados en beneficio de una persona cuya actividad empresarial o mercantil es afín con la obra o el servicio contratado. Esa afinidad implica, según la ley laboral, la garantía de la solidaridad, que compromete a los dos sujetos, contratante y contratista, de manera solidaria, en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores. 3. La de los subcontratistas independientes, sin importar el número o, en otros términos, sin que importe cuan extensa sea la cadena de contratos civiles de obra o de prestación de servicios. La solidaridad legal laboral del beneficiario de la obra o del servicio con los subcontratistas dependerá de si existe o no afinidad entre la obra o servicio contratado y la actividad empresarial o mercantil del contratante inicial.”

²⁹ Naturalmente, si la contratante es la administración pública, entonces se aplica el estatuto de contratación pública que corresponda. Además, la norma del Art. 34 del C.S.T. aplica a relaciones laborales de derecho privado.

Ciertamente, entre el contratante - beneficiario mediato de la obra o servicio ejecutados por los trabajadores del contratista independiente - y los trabajadores del contratista independiente no existe vínculo laboral alguno. Sin embargo, surgirá responsabilidad solidaria solo en la hipótesis en que se verifique que no se trata de labores extrañas a las actividades normales del contratante, por lo que este deberá responder con el contratista independiente frente a las reclamaciones que formulen los trabajadores de éste por el incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales y de seguridad social e indemnizaciones.

De cara a la obligación del contratante, beneficiario de la obra o servicios, y asumiendo que no son actividades extrañas a las actividades normales de su empresa, éste responde, por mandato legal, solidariamente por los incumplimientos patronales exigibles al contratista independiente. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la definición de obligación solidaria pasiva prevista en el Código Civil:

[...] no es dable trasladarla en términos absolutos [...] a la materia laboral, ya que la naturaleza misma de las relaciones jurídicas puede excluirla, máxime si se toma en consideración que con arreglo a las normas procedimentales que desarrollan el derecho de defensa [...] cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas [...] (CPC, art. 83), de forma que se garantiza que quien pueda verse afectado en sus intereses por la decisión que en determinado asunto deba emitirse por la administración de justicia, ha de ser convocado al proceso, a fin de que tenga la posibilidad de exponer, si lo desea, su punto de vista, sus razones o justificaciones.³⁰

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Rad. 9552. M.P. Rafael Méndez Arango. 10.06.1997.

La misma sentencia señala que, si sólo es demandado el contratante,

[...] resulta indispensable citar al contratista (independiente) para integrar el contradictorio, en vista de que éste es el sujeto directo de la relación jurídica y se vería afectado en todo caso, dada la viabilidad legal de la repetición, en el evento de una decisión desfavorable.³¹

Esta postura, no extraña y reiterada por los jueces en Colombia y otros países, quiebra el concepto de obligación solidaria pasiva. En efecto, [...] en las solidarias la prestación íntegra puede ejecutarla cualquiera de ellos, a su propia elección, si el pago es espontáneo, y ha de cumplirla aquel que escoja el acreedor, si hay lugar a ejecución forzosa”, y además contraviene la finalidad de esta especie de obligación, que “[...] cumple la función de otorgar al acreedor la garantía ilimitada de varios sujetos (varios patrimonios) simultánea y plenamente responsables para con él: la insolvencia de cualquiera de los deudores grava a los demás. Esa es su razón de ser histórica y económica”³², conceptos que se identifican con el derecho laboral el cual desarrollando el principio tutelar que le es inherente, persigue la protección de los trabajadores frente a incumplimientos en el pago de sus créditos laborales y de seguridad social.

Como lo mencionábamos, idéntica situación, con giros jurisprudenciales de 180º, es comentada por la doctrina argentina cuando manifiesta que:

[...] en el marco de la solidaridad establecida por el art. 30 de la LCT, si el actor desistió de la demanda contra el principal para verificar su crédito en el concurso (art. 133 LCQ), no puede pretender que se condene a los obligados

³¹ Cfr. Guillermo González Charry. *Derecho laboral colombiano: relaciones individuales*. Octava edición, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1994. Volumen 1, p. 150 - 156.

³² Fernando Hinestrosa. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2002. p. 331 y 336.

solidarios. Del juego de los arts. 523, 524, 525, 689 y 717 del Código Civil surge que no se puede condenar al deudor accesorio obligado en virtud de la norma laboral citada, si no se condena al deudor principal porque se trata de una obligación mancomunada con solidaridad impropia.³³

Se ha sostenido³⁴ la posición relativa a la obligación de hacer comparecer en el juicio al contratista independiente y al contratante, e incluso ha señalado que el contratante (beneficiario o dueño de la obra) puede ser liberado del pago de la indemnización moratoria si alega buena fe, pues:

[...] cuando el artículo 65 del CST alude (al patrono) no está refiriéndose exclusivamente al empleador propiamente dicho sino en general al obligado al pago de los salarios y prestaciones el cual si bien es el empleador la mayoría de las veces, ni siempre ocurre así puesto que hay ocasiones en que en algunos eventos, como el que ahora se examina, existe un tercero que resulta vinculado también al pago de los reseñados derechos, hipótesis en las que este tercero termina equiparándose al empleador.³⁵

Nos apartamos de lo dicho, respetuosamente, pues nos parece excesivo por cuanto el contratante, como lo expresó el salvamento de voto, no es el patrono y, por lo tanto, éste no puede oponer excepciones personales contra el trabajador en una relación laboral de la cual es ajeno. Esta postura constituye, ni más ni menos, que

³³ Ricardo D. Hierrezuelo y Pedro F. Núñez. Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo. Primera Edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2003. p. 604.

³⁴ En sentido contrario la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad.10584. 19.05.1998. M.P. Jorge Iván Palacio, expresó: “[...] de otro lado, no sobra repetir lo expresado por esta Corporación en sentencia de Sala Plena Laboral del 14 de diciembre de 1970 (G.J., Tomo CXVI, P. 524), reiterada en la del 10 de agosto de 1994, Rad. N. 6494 (Sección Segunda), en el sentido de que el trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario, si la obligación del verdadero patrono - el contratista independiente - “[...] existe en forma clara, expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o por que se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan solo contra el mismo.”

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Rad. 21074. M.P. Carlos Isaac Nader. 22.04.2004.

vaciar de contenido la solidaridad laboral entre contratante (beneficiario del servicio o de la obra) y contratista independiente que venimos comentado, la cual aparece clara e inequívocamente, señalada en nuestro derecho laboral y en otros tantos ordenamientos laborales iberoamericanos.³⁶

El objeto del contrato que celebran contratante y contratista, “[...] no es la utilización directa de la mano de obra ajena, sino la realización de una obra o servicio determinado relacionado con el ciclo productivo de la empresa”³⁷ contratante. De tal modo que, mediante este contrato, las partes no pueden acordar un suministro de personal a disposición, como si ocurre cuando estamos en presencia del contrato que convienen la empresa de servicios temporales EST y la empresa usuaria; figura contractual que guarda semejanzas con el contrato que celebran contratante y contratista independiente, pero que, en definitiva, obedece a unas motivaciones y objeto distinto específicamente determinados por la legislación en Colombia, en donde lo primario es el suministro del personal, en tanto en el caso del contratista independiente lo principal es la obra o el servicio, según lo tiene aceptado la doctrina, los convenios de la OIT y en nuestro país la Ley 50 de 1990.

Respecto del análisis del art. 34 del CST encontramos que son múltiples las dificultades que ofrece esta disposición. En efecto, allí se refiere a “la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios”³⁸ como objeto del contrato entre contratante y

³⁶ A modo de ejemplo: en México la Ley Federal del Trabajo. Título primero. Principios generales. Art. 13. Ediciones Luciana. Novena edición. México D.F. 2003, P. 6; en España el Estatuto de los Trabajadores. Título primero, capítulo tercero, sección segunda, Art. 42. Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Santiago González Ortega. Madrid. Códigos Ariel. Segunda Edición, 2002. P. 80; en Chile el Código del Trabajo, edición oficial. Art. 64. Editorial jurídica de Chile. Octava edición, 2003. p. 41.

³⁷ Mónica Llano Sánchez. *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*. Colección Relaciones Laborales. Primera edición, Madrid: Editorial La Ley, 1999. p. 39.

³⁸ En Colombia el Código Civil, en el título XXVI, capítulos VIII y IX, se refiere a los contratos para la confección de una obra material y al arrendamiento de servicios inmateriales, respectivamente. El artículo 32 de la ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, enuncia, entre otros, al contrato de obra y al de prestación de servicios.

contratista. Al parecer son más las semejanzas que las diferencias entre contrato de obra y contrato de prestación de servicios. Ciertamente, la profesora Judith Solé Resina explica las similitudes, en cuanto originan una obligación de hacer, con las siguientes notas:

[...] en común: a) ambas pueden contratarse *intuito personae*; [...] b) la necesaria temporalidad de la prestación; [...] c) en ningún caso puede excluirse de su contenido un determinado tipo de actividad material o intelectual, ni ligar a éste un diverso grado de subordinación técnica, entendida como subordinación a las órdenes del empleador; [...] d) ambas pueden desarrollarse bajo cualquier grado de subordinación organizativa³⁹, entendida como sujeción al ámbito de organización del empleador; [...] f) ambas originan, en principio, una obligación de medios, de modo que el obligado a realizar la actividad cumple si la realiza con la diligencia exigible. Aunque también en ambos supuestos, por voluntad de las partes o por aplicación de los usos jurídicos, la obligación de hacer puede convertirse en una obligación de resultado.⁴⁰

Expuestas las semejanzas entre ambos contratos, señala la mencionada autora como diferencia entre el contrato de servicios y contrato de obra:

[...] en que la primera se concreta en la realización de una actividad considerada en sí misma, mientras que la segunda se configura como la realización de una actividad dirigida a la creación de una cosa nueva. En todo caso, para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato que hay entre contratante-beneficiario de la obra o servicio, y contratista independiente se ha de tener en cuenta la disciplina propia de cada modalidad contractual - fundamentalmente de arrendamiento de obras y arrendamiento de servicios - y en

³⁹ Vale decir que la autora no se refiera a la subordinación o dependencia laboral, sino a las facultades de la contratante para impartir instrucciones y señalar obligaciones al contratista en el marco del contrato de obra o de prestación de servicios.

⁴⁰ Judith Solé Resina. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*: delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto. Primera edición. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 123.

general, sobre todo en el caso de contrataciones atípicas, las reglas de las obligaciones y contratos, especialmente las referidas a las obligaciones de hacer.⁴¹

En materia laboral esta solidaridad entre contratante y contratista tiene origen en la ley y se constituye como regla general:

a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, según lo dispone la norma transcrita, pero, ¿cuáles son esas labores extrañas que menciona la ley? Al respecto, existen dos tendencias doctrinales: Una interpretación restrictiva que exige identidad entre el objeto social que desarrollan contratante y contratista y una interpretación amplia sustentada en los criterios de sustitución e indispensabilidad. En la doctrina extranjera, ambos criterios han sido insuficientes, pero pueden corregirse teniendo en cuenta otros criterios o parámetros, que en ningún caso tendrían valor absoluto sino meramente orientativo, y que ayudarían al intérprete en la tarea de determinar qué obras o servicios pueden considerarse como propia actividad, a los efectos de exigir responsabilidades.⁴²

En cualquier caso, y no obstante los puntos controversiales que hemos señalado, el contratista independiente es un empresario autónomo, técnica y administrativamente hablando, verdadero empleador, que asume los riesgos de su actividad, con sus propios trabajadores asalariados, cuando celebra contratos de obras o de prestación de servicios con terceros que se beneficiarán directamente con el desarrollo del objeto contratado. Ese tercero beneficiario o contratante será solidariamente responsable con el contratista que incumpla a sus propios trabajadores el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, salvo que las actividades desarrolladas por el contratista y sus trabajadores, sean extrañas a su giro ordinario de negocios.

⁴¹ Mónica Llano Sánchez. Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas. Colección Relaciones Laborales. Primera edición. Madrid: Editorial La Ley, 1999. p. 50.

⁴² Mónica Llano Sánchez. Op. cit. p. 86.

6 CONCLUSIONES

Tanto en la práctica como en algunas normas jurídicas del ordenamiento colombiano, no se distingue el detalle de cada actividad, esto es, la del simple intermediario y la intermediación laboral, por lo que aparecen equívocos y sinonimias infortunadas para actividades que son diferentes y gozan de su propia regulación, máxime con el amplio significado de la palabra “intermediar” ya señalado.

Los conceptos de intermediación y tercerización en materia laboral han sido estigmatizados por considerarse que conllevan *per se* un carácter perverso de desconocimiento, vulneración o transgresión de derechos, cuando es innegable que el uso legítimo de la autonomía privada y del catálogo de figuras ofrecido por el legislador han evidenciado muestras de progreso sostenible dada la adaptación constante de las actividades u organizaciones económicas a las nuevas dinámicas (surgidas en parte por la influencia de los cambios provocados por los avances tecnológicos en un mundo globalizado) lo que ha permitido su no perecimiento, generando puestos de trabajo y recursos para la sociedad y el Estado.

Por lo anterior, quizás sea más prudente emplear el término de descentralización productiva, término que se encuentra en el derecho comparado español, para mermar dicha carga de desprestigio o descrédito (que pesan sobre tercerización e intermediación, así como sobre algunas hipótesis concretas dentro de estos como subcontratación o vinculación por CTA). De esta misma manera, evitar incurrir en imprecisiones y equívocos en ámbitos de tipo administrativo o judicial, pues no puede ser que el uso inadecuado, ilegal, irregular o incluso inconstitucional dado por parte de algunos operadores repercuta en la imagen de quien sí hace un uso adecuado de determinadas figuras, lo cual no es solo permitido sino está regulado dentro del ordenamiento jurídico colombiano y reporta empleo en condiciones justas y dignas para los trabajadores.

Es por ello que, dejando a un lado la dificultad en la terminología empleada, se espera contribuir a la delimitación de las figuras para que al operador jurídico le resulte más fácil distinguir sus confines y obrar conforme el ordenamiento jurídico.

Se resalta que para ello en Colombia no solamente opera el principio de primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 de la CN), sino que existen mecanismos de protección patrimonial como la responsabilidad solidaria a la que se hizo referencia.

Valga finalmente aclarar que pese al uso anti técnico e inapropiado del lenguaje en la presente materia, es meritorio y valeroso el trabajo realizado por los jueces e inspectores del trabajo en nuestro país, pues, al detectar el abuso de las figuras o su utilización fraudulenta, condenan a los infractores e imparten las sanciones correspondientes, lo que acerca a la sociedad colombiana a una sociedad justa, disminuyendo el trabajo precario y desentivando el abuso del derecho y el fraude a la ley.

REFERENCIAS

DOCTRINA

CAMACHO HENRÍQUEZ, Guillermo. *Derecho del trabajo: teoría general y relaciones individuales*, Tomo I, Bogotá: Editorial Temis, 1961.

CERÓN DEL HIERRO, Antonio. *Introducción al derecho del trabajo: relaciones individuales*, Primera edición. Ediciones Derecho Vigente, 1998.

DÁVALOS, José. *Derecho individual del trabajo*. Décima segunda edición. Bogotá: Editorial Porrúa, 2002.

ENS, Escuela Nacional Sindical. *Obstáculos para el ejercicio del derecho de asociación sindical: la tercerización e intermediación laboral en Colombia*, Bogotá, ENS, 2018.

GÓMEZ HOYOS, Diana María. Externalización y cadenas de producción en Colombia. *In: Comparative Labor Law Dossier*, Barcelona, IUSLabor, 2016.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. *Derecho laboral colombiano: relaciones individuales*, Octava edición, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1 Volumen, 1994.

HIERREZUELO, Ricardo D. y Núñez, Pedro F.. *Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*, Primera Edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2003.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, Primera edición, Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2002.

ISFOL, Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori. *Il fenomeno delle esternalizzazioni in Italia: indagine sull'Impatto dell'outsourcing sull'organizzazioni industriali e sulle condiziono di tutela dei lavoratori*, Roma, ISFOL, 2011.

LLANO SÁNCHEZ, Mónica. *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Colección Relaciones Laborales, Primera edición, Madrid: Editorial La Ley, 1999.

LÓPEZ FAJARDO, Alberto. *Elementos de derecho del trabajo*, Segunda edición, Bogotá: Ediciones Librería el Profesional, 2004.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. *El empresario aparente*, Primera edición, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992.

ORJUELA ALBARRACÍN, Laura *et al.* *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

PÉREZ GARCÍA, Miguel y Aragón de Pérez, Victoria. *Flexibilización laboral y "outsourcing"*, Primera Edición, Bogotá: Editorial Jurídica Dike, 1999.

SOLÉ RESINA, Judith. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras: delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Primera edición: Madrid, Marcial Pons, 1997.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo. *In: Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Valladolid, 2001.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 6494 del 10 de octubre de 1994, M.P.: Ernesto Jiménez Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 10584 del 19 de mayo de 1998, M.P.: Jorge Iván Palacio.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 9552 del 10 de junio de 1998. M.P.: Rafael Méndez Arango.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 12187 del 27 de octubre de 1999, M.P.: José Roberto Herrera Vergara.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 17573 del 12 de junio de 2002, M.P.: Germán Valdés.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 21074 del 22 de abril de 2004, M.P.: Carlos Isaac Nader.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 36560 del 25 de septiembre de 2013, M.P.: Rigoberto Echeverri Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 46237 del 7 de febrero de 2018, M.P.: Rigoberto Echeverri Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 71281 del 6 de febrero de 2019, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 11001-03-15-000-2002-0674-01(pi-050) del 22 de octubre de 2002, C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.