

Cuenta

Es una sección para destacar actividades del CIELDA como de otras Instituciones, noticias de interés, informes, reseñas de publicaciones periódicas sin orden preestablecido de aparición y notas bibliográficas.



Criterios para evitar el abuso de la tercerización¹

Oscar Andrés Blanco Rivera

Asesor y consultor en Derecho Laboral y Seguridad Social.
E-mail: oblanco@netcolombia.com

Introducción

Tal como lo señala la OIT en el Informe V preparatorio para la 95a Conferencia en 2006 que discutirá lo relacionado con la Relación de Trabajo, “los profundos cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo, y especialmente en el mercado de trabajo, han dado lugar a nuevas formas de relaciones que no siempre se ajustan a los parámetros de la relación de trabajo. Si bien esas nuevas formas han aumentado la flexibilidad del mercado de trabajo, también han contribuido a que no esté clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores, y que, consecuentemente, queden excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo”.

Salta a la vista la importancia del tema propuesto en la convocatoria del XXIII Congreso Nacional: ¿Para dónde va el Derecho del Trabajo? La o las respuestas que encontremos a este profundo cuestionamiento nos hará captar la importancia que el asunto tiene en el mundo actual.

No existe la menor duda que en la solución el papel central del Estado es fundamental, puesto que debe jugar un rol de primer orden al dirimir las controversias que se suscitan entre la siempre pretendida ampliación de la flexibilidad laboral para privilegiar la economía, con la debida protección para brindar la seguridad que reclaman los trabajadores. Venimos de un “triángulo virtuoso de protección”, como lo denomina Mario Ackerman (V Congreso Regional Americano, Lima, 2001), integrado por las normas laborales de fuente estatal, el sistema de relaciones colectivas de trabajo y la seguridad social, que brindaban a los trabajadores seguridad individual, seguridad colectiva y seguridad social apoyado en la solidaridad; y nos dirigimos a un mundo globalizado, donde las empresas se organizan en forma descentra-

1 Ponencia presentada por el autor al XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Cartagena de Indias, Colombia, abril 28, 2005.

lizada, sin concentración de trabajadores en un mismo lugar y con un proceso productivo segmentado y disperso por todo el mundo, que exige, según algunos, otra clase de vinculaciones de la fuerza de trabajo y, por consiguiente, de nuevas formas de trabajo.

El tema ha venido discutiéndose en el seno de la OIT desde 1997 (85a Reunión), cuando se examinó el “trabajo en régimen de subcontratación”; discusión que continuó en las Conferencias de 1998 (86a) y 2003 (91a), sin lograr la adopción de un convenio o de una recomendación que permitiera a los países miembros contar con unas directrices o recomendaciones para identificar aquellas situaciones necesitadas de protección y los mecanismos adecuados para separar las distintas situaciones jurídicas en las que se encuentran inmersos los trabajadores. En Colombia, el tema que inicialmente sentó sus premisas en los artículos 22, 23, 24 y 34 del CST, fue precisado con la expedición de la Ley 50 de 1990, que distingue las relaciones jurídicas que surgen entre un trabajador dependiente y su empleador; el contratista independiente persona natural prestador de servicios y su contratante; y el trabajador “en misión” frente a su empleador y al usuario de sus servicios, que trajeron, junto con otro conjunto de reformas, vientos de flexibilización del Derecho del Trabajo en el país.

Sin embargo, pese a ese avance normativo, se observa hoy día que aquel marco jurídico diseñado para facilitar el esfuerzo empresarial y su aplicación al caso concreto por el operador judicial y la autoridad administrativa del trabajo para evitar sus excesos, ha quedado superado, pues la aparición de las denominadas “nuevas formas de trabajo”, muchas de ellas bastante viejas, pero actualmente recicladas, rebasaron los esfuerzos del Legislador colombiano para “poner a tono” con las exigencias del mercado de trabajo la inicialmente denominada “apertura” de la economía.

La empresa sin trabajadores: el trabajo sin protección o sin tutela

El título anterior, lejos de ser una ficción (que no es invento mío), resulta una meta para las pretensiones de algunos empresarios que en su afán de abierta competencia, ahora mundial, intentan sustituir cualquier institución jurídica de protección al trabajo para avanzar en la búsqueda de “nuevas formas de trabajo” que reduzcan al máximo los costos, para no morir aplastados en el intento. Esa pretendida sustitución es la que nos invita a reflexionar como asesores, jueces, gestores de recursos humanos, expertos, empresarios, trabajadores o estudiosos del tema, acerca del papel actual del Derecho del Trabajo frente a la globalización o su desaparición forzada, al no tener las respuestas adecuadas que exige la economía.

En Colombia es especialmente crítica la coyuntura actual por varios factores que exigen que el tema que nos ocupa sea de la mayor importancia para evitar abusos:

- a) La proximidad de la firma de un Tratado de Libre Comercio de los Países Andinos (excepto Venezuela) con los Estados Unidos, que, de una parte, exigirá a los empresarios locales modernizar su aparato de producción o de servicios; pero, de otra parte, serán vigilados estrictamente por sus competidores en el cumplimiento de los mínimos derechos laborales. Así lo señalan los acuerdos de TLC firmados por Chile y los países centroamericanos y ha sido puesto sobre la mesa

de negociaciones por los Estados Unidos al exigir el cumplimiento estricto por cada país firmante de la legislación laboral nacional y la no utilización de otras formas de trabajo que puedan ser acusadas de prácticas violatorias a los mínimos laborales. Sin embargo, este planteamiento tiene dos lecturas: para los sindicatos, es una manera de proteger a los empresarios del país del norte frente al bajo costo de la mano de obra interna en nuestro país; y para algún sector de empresarios locales, esa propuesta imposibilita competir con menores costos de mano de obra frente a la alta tecnología del socio mayor.

- b) El deterioro del mercado laboral interno que ha traído como consecuencia la disminución de los buenos puestos de trabajo, el aumento de los malos puestos generados por la informalidad y la consecuente caída de los ingresos familiares, que puso a contrapelo lo augurado para la reforma laboral introducida por la Ley 789 de 2002; y que, según los expertos, no le funcionó al Gobierno para generar más empleo (Portafolio, diciembre 14, 2004; Cuadernos de Trabajo No. 5, Observatorio del Mercado de Trabajo, Universidad Externado de Colombia).
- c) El aumento de los asalariados informales que alcanza en promedio el 44,3% del total de ocupados asalariados, (Estudio sobre las tendencias sectoriales del empleo y los salarios en Colombia, Observatorio de Empleo, U. Externado, 2003), que castiga por género a la mujer que es mayoritaria en su presencia; a la población más joven (hasta los 20 años) y a la más vieja (mayores de 60 años); a la población con más bajo nivel educativo; a los trabajadores independientes que son informales en su inmensa mayoría (80%), con consecuencias directas al constituirse esos grupos de población en fuente de alimentación de las denominadas “nuevas formas de trabajo” ante su desesperanza de conseguir un empleo o una ocupación formal.

El trabajo sin tutela, como lo denominan los colegas venezolanos Oscar Hernández y Jackeline Richter en su estudio para la OIT sobre el tema (2000), trabajo independiente o trabajo sin protección, como lo llaman otros autores, es aquel que escapa a la relación de trabajo protegida por el Derecho Laboral, en tanto que este último es el centro de la legislación laboral del país, mientras que aquel está gobernado formalmente por otras disciplinas del derecho, como la civil o la comercial.

Y se le tilda de trabajo “sin protección” o “sin tutela” porque al carecer del elemento subordinación, no lo hace propio la legislación laboral y de seguridad social, quedando reducido a la mera prestación de un servicio o la confección de una obra de una persona natural a otra, natural o jurídica, a cambio de una remuneración o precio por la ejecución de la misma. Como se sabe, el trabajo subordinado se caracteriza por la protección que le brinda el Estado y sus autoridades al trabajador en estabilidad contractual, pago de prestaciones sociales, protección de seguridad social, clasificación de los créditos laborales en primer nivel en caso de quiebra o liquidación de la empresa, indemnización en caso de ruptura unilateral del contrato. En cambio, en el trabajo sin tutela, el trabajador prestador del servicio no goza de la debida protección del Estado en cuanto a seguridad social, remuneración mínima,

ubicación privilegiada de sus créditos, que lo hacen vulnerable frente al contratante, precarizando su vínculo jurídico.

Sin embargo, hoy se sabe que el límite o la frontera entre una y otra clase de trabajo es difusa; a veces sutil o imperceptible a simple observación formal, lo que permite el surgimiento de relaciones de trabajo encubiertas, disfrazadas, ambiguas y triangulares, en perjuicio de los intereses de los trabajadores, de los empleadores, del Estado y la sociedad, y que constituyen un abuso que no debe tolerarse.

Las relaciones de trabajo encubiertas o disfrazadas, ambiguas y triangulares

La relación de trabajo como figura de uso universal es definida por el artículo 22 CST como aquella por la cual “una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” (artículos 56, 57, 58, 59 y 60 CST). Para la OIT la relación de trabajo es aquella que crea un nexo jurídico entre una persona denominada trabajador, empleado o asalariado, y otra persona denominada empleador o patrono, quien recibe y se beneficia del trabajo de aquella que lo presta bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración, surgiendo para las partes del contrato laboral derechos y obligaciones entre el empleador y el trabajador (Informe V 2006).

El surgimiento o existencia de la relación de trabajo es el medio de acceso jurídico de los trabajadores a los derechos, prestaciones, auxilios y beneficios asociados con el empleo dependiente. El empleador, por ejemplo, está obligado en Colombia a pagar como mínimo el salario mínimo legal mensual vigente, a afiliarse a su trabajador al sistema de seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos profesionales y pagar las cotizaciones que le corresponden, a afiliarlo a una caja de compensación familiar para que obtenga, bajo ciertas condiciones y requisitos, el subsidio familiar, a gozar de las prestaciones sociales de auxilio de cesantía, prima semestral de servicios y al descanso remunerado de vacaciones, a recibir la dotación de ropa y calzado de labor, a ser protegido por la seguridad industrial y salud ocupacional en la empresa, y a recibir el pago de una indemnización con motivo de la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo por parte del empleador.

A contrario sensu, el trabajador sin tutela o por fuera o al margen de la relación de trabajo, en tanto su relación jurídica es regida por disposiciones civiles, comerciales o cooperativas, no goza de la debida protección a que tienen derecho los trabajadores dependientes; sin desconocer que, por ejemplo, en el Sistema de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993 y modificado por otras disposiciones más recientes como la Ley 797 de 2003, se obliga a los trabajadores independientes a afiliarse a la seguridad social en salud y pensiones, y voluntariamente a riesgos profesionales; o a los asociados a una cooperativa de trabajo a afiliarse al Sistema General de Seguridad Social y a una caja de compensación familiar, según los artículos 16 y 17 del decreto 468 de 1990, pero a su exclusivo cargo, pues el contratante, empresa beneficiaria o usuaria de la obra o servicio, no asume ningún costo por las cotiza-

ciones establecidas por ley. De igual forma, estos trabajadores que están por fuera de la tutela del Derecho Laboral, no gozan de las prestaciones sociales antes citadas, con excepción de los asociados a una cooperativa que tienen derecho a las compensaciones que en cierto modo se asimilan al régimen de prestaciones sociales del trabajador dependiente; ni, en todo caso, a una indemnización por terminación del contrato de prestación de servicios o de la finalización de la labor asociada, a menos que otra cosa disponga el convenio suscrito con el contratante o usuario de los servicios de esta clase de trabajadores.

Pero, como decíamos antes, en el límite entre una y otra relación, la dependiente o de trabajo o la independiente y la de trabajo asociado, existen relaciones encubiertas o disfrazadas, ambiguas y triangulares, que deben ser objeto de nuestra máxima atención prevenir, antes que sus consecuencias sean adversas a los intereses de una o de ambas partes.

La OIT en la Resolución relativa a la relación de trabajo adoptada en la 91a Conferencia General de 2003, concluyó lo siguiente:

1. La protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la OIT, independientemente de su situación en el empleo, siempre que desempeñe sus funciones en condiciones de dignidad y respeto; y precisando que el término “trabajador” en su sentido más amplio puede aplicarse a cualquier trabajador, sea o no un empleado, en referencia al que está ligado por una relación de trabajo. Mientras que “empleador” designa a la persona natural o jurídica para la cual el empleado trabaja o a la cual presta sus servicios en el marco de una relación de trabajo.
2. Reconoce la OIT que los cambios en la estructura del mercado de trabajo y en la organización del trabajo están dando lugar a modalidades de trabajo cambiantes, tanto dentro como por fuera de la relación de trabajo que hacen difícil, algunas veces, distinguir quién es un empleado o quién es un trabajador independiente.
3. Una de las consecuencias asociadas a los cambios del mercado de trabajo es el fenómeno cada vez más frecuente de trabajadores que en realidad son empleados, pero que no cuentan con la protección que ofrece la relación de trabajo. Se resalta por parte de la OIT que esta clase de falso trabajo por cuenta propia es más habitual en países con economías menos estructuradas o desarrolladas, aun cuando este fenómeno se ha comenzado a vivir también en economías altamente desarrolladas.
4. Advierte la OIT que no es su propósito combatir otras formas de relaciones jurídicas distintas a la relación de trabajo; sino todo lo contrario: que todos los actores del mercado de trabajo tengan acceso al uso de una amplia gama de acuerdos por medio de los cuales un trabajador realiza o presta servicios a un empleador o un empresario, pero dentro de un uso correcto de las distintas formas jurídicas laborales y no laborales.

En esa misma Resolución, la OIT define el **empleo encubierto** como el que “se produce cuando un empleador considera a una persona que es un empleado como si no lo fuese, con el fin de ocultar su verdadera condición jurídica”. Señala que esto puede suceder cuando se utilizan inadecuadamente acuerdos o contratos civiles o comerciales, a pesar de observarse, en virtud del principio de la primacía de la realidad, que se trata de un empleado dependiente, que perjudica los intereses de los trabajadores y de los empleadores y constituye un abuso de efectos adversos al trabajo decente, que no debe tolerarse. Anota que el **falso trabajo por cuenta propia, la falsa subcontratación, la creación de pseudo-cooperativas, el falso suministro de servicios y la falsa reestructuración empresarial** son algunos de los medios que más se utilizan para encubrir o disfrazar la relación de trabajo. Advierte la OIT que recurrir a estas prácticas no solo privan al trabajador de una debida protección laboral, sino que al evitarse costos se afectan el pago de impuestos y las cotizaciones a la seguridad social, resultando afectada la sociedad en general, razón por la cual los gobiernos, los empleadores y los trabajadores deben prevenir y denunciar dichas prácticas allí donde se produzcan.

Disfrazar una relación de trabajo significa “crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley” (El ámbito de la relación de trabajo, OIT, 2003). Se trata de ocultar o deformar la relación de trabajo dándole otro ropaje mediante una figura jurídica distinta, en la cual el trabajador gozará de menor protección. Esto puede ocurrir como cuando se encubre al verdadero empleador con otro, simple intermediario, para liberar al empleador de la responsabilidad que debiera asumir frente al trabajador.

Considera la OIT que una relación de trabajo es ambigua cuando se realiza un trabajo o se presta un servicio en circunstancias que suscitan una duda genuina y razonable a propósito de si existe o no existe una relación de trabajo, teniendo en cuenta que su distinción es muy difícil en razón a que algunas características de algunas nuevas modalidades de trabajo requieren de una mayor autonomía o mayor independencia del empleado, lo que exige que sea necesario por parte de la legislación o la jurisprudencia elaborar factores o criterios que permitan su distinción en cada caso concreto. Algunos estiman que un criterio de distinción sería el de considerar si el trabajador independiente es “económicamente dependiente” de una sola persona contratante, lo que calificaría como relación de trabajo dependiente la existente entre las partes.

Y en el caso de las llamadas **relaciones de trabajo triangulares** en el marco de las cuales el trabajador realiza un trabajo o presta un servicio en beneficio de un tercero denominado usuario, que no es su empleador, la OIT precisa que se les debe inspeccionar para evitar que puedan derivar en desprotección de los trabajadores en misión. Aquí se trata de determinar quién es el verdadero empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos. Por consiguiente es necesario que la ley y la jurisprudencia señalen cuáles son los requisitos que se exigen para esta clase de empresas o agencias de servicios temporales para que sean considera-

das como tales y no como simples intermediarias. En Colombia, la Ley 50 de 1990 establece en los artículos 71 a 94, los requisitos que deben cumplir esta clase empresas, que deben ser verificados y exigidos por la empresa usuaria, con el fin de evitar comprometerse en responsabilidades que no le corresponde en principio, a no ser que se esté ante una flagrancia de la ley.

Criterios que se emplean para evitar el abuso de la tercerización o las relaciones encubiertas, ambiguas o triangulares

Diversos países han establecido criterios para determinar relaciones encubiertas, disfrazadas, ambiguas o triangulares, con la presunción de la existencia de la relación de trabajo. Dichos criterios nos ayudan a examinar en nuestro medio cómo evitar el abuso de las denominadas “nuevas formas de trabajo”.

En Alemania, por ejemplo, desde el 1o. de enero de 1999 se exige probar dos indicadores de entre varios que se enumeran, para demostrar cuándo un trabajador está vinculado por medio de una relación de trabajo: no tener empleados a su servicio; trabajar usualmente para una sola persona; realizar el mismo trabajo que desempeñan otros empleados de la empresa; haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente en calidad de empleado; y no presentar indicios de realizar actividades empresariales.

En Sudáfrica la presunción de la condición de empleado se prueba si reúne algunos de los siguientes criterios: su manera de trabajar está sujeta al control o dirección de otra persona; sus horas de trabajo están sujetas al control o dirección de otra persona; en caso de trabajar para una organización, formar parte de ésta; haber trabajado para otra persona en promedio no menos de 40 horas mensuales en los últimos tres meses; ser económicamente dependiente de esa otra persona para la cual trabaja; la otra persona le suministra herramientas o equipos de trabajo propios de su oficio; trabaja o presta servicios a una sola persona.

En Irlanda, el Código de Prácticas emplea los siguientes criterios para determinar la condición jurídica de empleado o de trabajador independiente. Para los primeros señala los siguientes criterios: se halla bajo control de otra persona que le imparte órdenes de cómo, cuándo y dónde debe llevarse a cabo el trabajo; aporta solo su trabajo; recibe un salario fijo o determinado por hora, semana o mes; no puede subcontratar el trabajo; no aporta sus propios materiales para realizar el trabajo; no aporta otras herramientas y equipo que los propios de su oficio; no se expone personalmente a ningún riesgo financiero por el hecho de realizar el trabajo; no asume ninguna responsabilidad por concepto de inversiones o gestión del negocio; carece de oportunidades para beneficiarse pecuniariamente de la correcta gestión del trabajo o la ejecución de las labores encomendadas; trabaja conforme al horario establecido o con arreglo a un determinado número de horas; trabaja al servicio de una persona o negocio; le pagan los gastos de subsistencia o transporte, o ambos; tiene derecho al pago de horas extraordinarias o a la concesión de un descanso compensatorio. A su vez, los criterios para distinguir una condición jurídica independiente son los siguientes: ser propietario de su propio negocio; estar expuesto a ries-

gos financieros por el solo hecho de tener que rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad; asumir la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; beneficiarse pecuniariamente de los resultados buenos de la gestión y realización correcta de los trabajos encomendados; ejercer el control sobre los trabajos que haya que realizar; tener toda la libertad de contratar más personal con arreglo a las condiciones que fije; poder ejecutar trabajos de la misma índole para más de una persona, simultáneamente; proporcionar los materiales necesarios para realizar el trabajo; proporcionar el equipo y las máquinas necesarias para realizar el trabajo; disponer de locales fijos donde funcione su razón social o negocio; calcular el costo del trabajo y fijar el precio del mismo; disponer de sus propios contratos de seguros; ejercer control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido de su labor.

En países como Portugal, el criterio es aún más general: extiende parcialmente el ámbito de aplicación del Código de Trabajo más allá de los límites del contrato de trabajo, al incluir también a los contratos celebrados con otras personas para la realización de un trabajo sin subordinación jurídica, especialmente en cuanto a los derechos de la persona, la igualdad, la no discriminación y la seguridad en el trabajo, considerando que el trabajador está en condiciones de “dependencia económica del beneficiario de su actividad”.

Para el caso de las relaciones triangulares, varios países trasladan la responsabilidad a la empresa usuaria cuando la persona o agencia de servicios temporal incumple sus obligaciones. Así sucede en Francia, en Túnez y en Marruecos, entre otros países. De igual manera, siguiendo las directrices del Convenio 181 (1997) sobre agencias o empresas privadas de suministro de mano de obra y la Recomendación 188 de la OIT, las legislaciones de los distintos países deben exigir unos requisitos de registro y de exclusividad para el funcionamiento de las empresas de servicios temporales, pues de lo contrario el usuario verá comprometida su responsabilidad.

En el Informe V (2006), se narra un caso que puede tener aplicación en Colombia. Se trata del criterio que empleó la Corte Federal de Australia en el caso de transferir las actividades y trabajadores a otra empresa o persona. Al ser despedidos los trabajadores que prestaban el servicio a una entidad, les fue solicitado previamente retirarse de la empresa y presentar una oferta de prestación de los mismos servicios, pero en condiciones y ante empresa nuevas; sin embargo, al no haber sido aceptada su oferta y fracasar ante otro oferente que presentó menores costos, la Corte consideró que el despido había obedecido a una “razón prohibida” por la ley sobre relaciones en los lugares de trabajo, en violación al contrato colectivo de trabajo que existió con dichos trabajadores, que motivó la transgresión de la libertad sindical.

Finalmente, en este rápido repaso, la legislación peruana reconoce a los trabajadores y socios trabajadores de las empresas de servicios y de las cooperativas, los mismos derechos y beneficios que corresponden a los trabajadores del sector privado.

Regulación de la ley laboral colombiana frente al abuso de la tercerización y las relaciones de trabajo encubiertas, ambiguas o triangulares

Los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo regulan la vinculación de los trabajadores por medio del contrato de trabajo. Bajo ésta modalidad contractual una persona natural (trabajador) se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica (patrono o empleador), bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración. Señalan las normas citadas que una vez reunidos los elementos de prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, se entiende que existe un contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen (principio de la primacía de la realidad).

Más adelante, el artículo 34 CST, subrogado por el artículo 3o. del Decreto Ley 2351 de 1965, define al contratista independiente de la siguiente manera: “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. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades 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 del contratista; solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que se repita contra él lo pagado a esos trabajadores” (artículo 34 CST, subrogado por el art. 3º D.L. 2351/65).

En consecuencia, tenemos que el contratista independiente es: a) verdadero patrono o empleador de sus trabajadores; b) no es representante ni intermediario del beneficiario de la obra o servicio; c) responde por la ejecución de una o varias obras o servicios, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva; d) responde por los salarios y prestaciones de sus trabajadores, y e) queda obligado a suscribir las garantías que en materia laboral le exija el beneficiario de la obra o servicio.

Como puede observarse, en derecho laboral colombiano, se señalan unos límites tradicionales entre la relación de trabajo dependiente y la independiente del contratista autónomo, que puede encargarse de ejecutar obras o prestar servicios por su propia cuenta como el de limpieza, el transporte de personal, la vigilancia de instalaciones; o una parte de las labores propias del beneficiario, como labores de promoción y mercadeo de productos, o la contabilización de las operaciones de la empresa contratante, la asesoría independiente, etc., con excepción del suministro de mano de obra que está reservado exclusivamente para las empresas de servicios temporales. La responsabilidad solidaria del contratante o beneficiario de la obra o servicio, que no es empleador de los trabajadores del contratista, prevista en el artículo 3º del decreto 2351 de 1965 (artículo

lo 34 CST) no le infiere a éste último la calidad de empleador, sino que debe entenderse como una garantía especial derivada de la naturaleza protectora del derecho del trabajo, en caso de insolvencia o incumplimiento de obligaciones patronales por parte del contratista (CSJ, Sala Laboral, sentencia 19 mayo, 1998, Rad. 10.584). En todo caso, y para no confundir ésta actividad, de aquella denominada trabajo en régimen de subcontratación, no puede contratarse por disposición legal bajo ésta modalidad contractual independiente, el suministro de mano de obra de trabajadores en misión, objeto de éste análisis, por sujetarse ésta última actividad al cumplimiento de rigurosa reglamentación.

En contraste, el artículo 35 CST define al simple intermediario como la persona que contrata servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono, quien es el verdadero empleador de dichos trabajadores. Se considera también simple intermediario, aun cuando aparezca como empresario independiente la persona que agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilizan locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

Como puede observarse, en éste caso el simple intermediario no es el patrono de los trabajadores que contrata; y menos, cuando no desempeña su labor con “sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva”, respondiendo solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas, a menos que declare esa calidad y manifieste el nombre del empleador (artículo 35 CST), lo que constituye una típica relación encubierta o disfrazada.

En consecuencia, el simple intermediario puede cumplir tareas encubiertas que se asimilan a una de las modalidades a perseguir, por cuanto se convierte en la práctica en un suministrador de mano de obra, pero sin serlo legalmente, ya que no cumple con los requisitos normativos para ser reputado un empresario de servicios temporales.

En ejercicio de la libertad de empresa, hacia mediados de la década de los sesenta surgió en Colombia una modalidad de trabajo por medio de la cual un empresario suministra en forma independiente trabajadores temporales a una empresa denominada usuaria, para que, sin perder la condición de verdadero empleador de dichos trabajadores, le presten servicios subordinados al usuario.

La primera reglamentación establecida en el Decreto 1433 de 1983 señaló la condición de verdadero empleador o patrono de los trabajadores enviados a un usuario por la empresa contratista suministradora de mano de obra, a la cual se obligaba a estar constituida como persona jurídica, garantizar los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores enviados al usuario para la prestación de un servicio; a no prestar dicho servicio a empresas en huelga de trabajadores, ni llevar a cabo actividades de intermediación de oferta y demanda de mano de obra.

Este tripartismo laboral, en donde un trabajador presta sus servicios personales a una empresa que formalmente no es su empleador o patrono, pero a quien debe acatar y cumplir las órdenes e instrucciones de trabajo, se incrementó de manera

notable en el país; quizá, como resultado de la rigidez de las normas laborales y la inflexibilidad del contrato de trabajo en sus diversas modalidades, en cuanto a forma y duración.

La Ley 50 de 1990 vino a ocuparse de éste tema y llenó aquellos vacíos que habían sido detectados a lo largo de dos décadas de creciente utilización de ésta singular modalidad de trabajo. En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado al Congreso de la República por el Ministro de Trabajo de entonces Dr. Francisco Posada de la Peña, precisó que “(...) el proyecto tiende a regular las llamadas empresas de servicios temporales con el objeto de que esta actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores. Se define lo que es el servicio temporal y se precisan los casos en que los usuarios de dichas empresas pueden contratar con éstas, insistiendo en que la temporalidad es de la esencia de tales contratos. Es importante destacar - agrega la exposición de motivos - que los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios deberán constar por escrito y en ellos quedará expresamente señalado que la empresa se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago del salario, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos. Los contratos también deberán 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 referidas de los trabajadores en misión, (...) De la misma forma, los contratos tendrán que determinar la manera como se atenderán las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión”. Finalmente agregó la exposición de motivos que “(...) las empresas de servicios temporales tendrán que obtener autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para poder operar y para ello será necesario cumplir con una serie de requisitos”.

En la ponencia para el primer debate del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 50 de 1990, se señaló en forma contundente que “(...) el control de las agencias temporales de empleo es un tema clave para que la reforma laboral cumpla el objetivo de mejorar la estabilidad de los trabajadores colombianos. (...) Pese a que la temporalidad apareció en el país en 1952 sólo se incrementó notoriamente a partir de 1980. (...) Ha operado como un instrumento de administración de la inestabilidad. (...) En la práctica desborda la noción de empleo de naturaleza rigurosamente temporal hasta el punto que se ha desarrollado la costumbre de sustituir trabajadores permanentes por temporales (...) y explica en buena parte el congelamiento sindical. Hay más trabajadores temporales que afiliados a las organizaciones sindicales”.

Y finalmente en la ponencia para el segundo debate se afirmó sobre éste tema, que el auge de la temporalidad ha terminado por convertirse en un mecanismo de administración de las rigideces normativas, desbordando la noción de temporalidad y significando esguinces a las disposiciones legales.

Como puede observarse, la necesidad de expedir una reglamentación sobre el empleo temporal partió de reconocer varias circunstancias, a saber: a. Auge de la temporalidad frente al empleo permanente; b. Rigidez normativa laboral; c. Doble

retroactividad de cesantías (por aquel entonces); d. Desborde de la temporalidad; e. Falta de igualdad salarial para el trabajador temporal; f. Falta de control institucional para éste tipo de empresas, entre otras consideraciones. Podemos agregar hoy, que finalmente la triangulación en Colombia terminó cumpliendo su cometido en tanto y en cuanto a exigencias legales para su funcionamiento, más no en cuanto a impedir que también se presenten abusos, como los que vulneran el límite máximo de duración del vínculo del trabajador en misión de no exceder el término contractual de seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses más, al cabo del cual debe darse por terminado el contrato temporal de dicho trabajador o se contraten para labores distintas a las determinadas por la ley.

En efecto, debemos recordar y prevenir sobre lo dispuesto en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 reglamentado por los artículos 13 del decreto 024 de 1998 y 2º del decreto 503 de 1998, que dispone que los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar el suministro de mano de obra con las empresas usuarias en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo (contrato de trabajo ocasional, accidental o transitorio no mayor de un mes de duración que se refiere a labores distintas a las normales del patrono); 2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más. De lo contrario, podemos estar ante una relación de trabajo encubierta o disfrazada.

De conformidad con los artículos 82 y 83 de la ley 50 de 1990, 1º del decreto 1707 de 1991, y 7 y 17 del decreto 024 de 1998, las empresas de servicios temporales requieren para su funcionamiento: Estar constituidas como sociedades de comercio por medio de escritura pública registrada ante la cámara de comercio del domicilio principal y de las sucursales; acreditar un capital social pagado igual o superior a trescientas (300) veces el salario mínimo legal vigente al momento de la constitución; aprobación de la solicitud de autorización de funcionamiento de las empresas de servicios temporales que cumplan con los requisitos exigidos por la ley por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; tener aprobado el reglamento interno de trabajo por la dirección regional de trabajo y seguridad social del domicilio principal de la empresa; constituir una póliza de garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia a favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo mensual legal vigente, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa, la que se hará efectiva por parte del Ministerio de Trabajo a solicitud de los trabajadores beneficiarios de la garantía, debiéndose depositar dicha póliza en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; presentar al Ministerio los modelos de contratos de trabajo que celebre con sus trabajadores y los de prestación de servicios que celebre con las empresas usua-

rias; cumplir con todas las disposiciones laborales vigentes en cuanto a salarios, prestaciones sociales, horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos trabajados; determinar la forma de atención de las obligaciones en materia de salud ocupacional con respecto a los trabajadores en misión; presentar los informes y estadísticas exigidos por la ley; afiliar a los trabajadores y pagar las cotizaciones de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales. Expresamente disponen las normas vigentes que las empresas de servicios temporales no podrán prestar servicios a las usuarias con las que tengan vinculación económica y éstas no podrán contratar la prestación de servicios temporales con una EST que no cuente con la autorización expedida por la subdirección de servicios y gestión de empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Esta disposición también es preciso recordarla, para evitar el surgimiento de relaciones disfrazadas o encubiertas, como lo observaremos en algunas decisiones de nuestros más altos tribunales de justicia sobre estas materias.

Tal como lo señala de manera expresa el artículo 75 de la ley 50 de 1990, a los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral, incluido lo dispuesto en ésta ley y sus disposiciones reglamentarias. En consecuencia, toda la materia relacionada con el régimen individual de trabajo que regula la vinculación de trabajadores particulares, de prestaciones sociales, indemnizaciones y seguridad social son aplicables a los trabajadores en misión. Igualmente, en desarrollo del artículo 39 de la Constitución Política los trabajadores en misión tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado; y su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución (artículo 38 y siguientes ley 50 de 1990, convenios 87 y 98 OIT, ley 26 de 1976, resolución 1718 de 1991 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

Existen otras formas de trabajo en régimen de subcontratación o de triangulación, como el prestado por las denominadas cooperativas de trabajo asociado reguladas por la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990 y por las empresas asociativas de trabajo reglamentadas por la Ley 10 de 1991 y Decreto 1110 de 1992.

Las primeras, cooperativas de trabajo asociado, nacen del acuerdo cooperativo que se celebra por un determinado número de personas con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro denominada cooperativa, que tiene por objeto vincular el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. Excepcionalmente y por razones debidamente justificadas podrá realizarse el trabajo por trabajadores no asociados, a quienes se les aplicará el Código Sustantivo del Trabajo. Los aportantes de capital, denominados “asociados”, son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, quienes se someterán al régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación establecidos en los reglamentos y estatutos que se originan en el acuerdo cooperativo. Las cooperativas de trabajo asociado, en términos generales, ejecutan trabajos en favor de una empresa beneficiaria bajo la modalidad de que los asociados prestadores del servicio, pero sin vínculo de dependencia laboral de la organización coope-

rativa ni del usuario, asumen mancomunadamente compromisos de afiliación y protección de seguridad social, entre otros.

Las segundas, empresas asociativas de trabajo son organizaciones económicamente 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. Tendrán por objeto la producción, comercialización y distribución de bienes básicos de consumo familiar o la prestación de servicios individuales o conjuntos de sus miembros.

También existe la posibilidad en Colombia de contratar ciertos servicios personales con una persona jurídica denominada empresa unipersonal, que como su nombre lo indica está compuesta por una sola persona natural, quien es la prestadora del servicio. Se encuentra regulada en la Ley 222 de 1995 que la define en su artículo 71 y siguientes como aquella mediante la cual una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. Hay quienes consideran viable emplear estas empresas unipersonales constituidas por personas naturales para disfrazar o encubrir relaciones de trabajo en atención al comercio, como los vendedores o representantes comerciales. Sin embargo, la misma norma advierte que cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

En el Código de Comercio colombiano también existen otras figuras que pueden ser empleadas en forma encubierta o disfrazadas, tales como el contrato de mandato, del corretaje, la representación, la agencia comercial, siendo ésta última la más juzgada en años anteriores por los excesos cometidos por muchos empresarios al estimarla como una figura útil para contratar representantes de ventas bajo una figura aparentemente legal.

Todas las modalidades anteriores, que escapan a la típica relación de trabajo, nacen a partir de los límites o “zonas grises” por donde se puede contratar trabajo personal sin protección o sin tutela de la ley laboral.

Criterios esbozados por la jurisprudencia constitucional y laboral frente al abuso de la tercerización o las relaciones de trabajo encubiertas, ambiguas o triangulares

En primer lugar, es necesario señalar que la prestación de un servicio personal bajo ciertas condiciones, no necesariamente conlleva a ser calificada como subordinada. En sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de mayo 4, 2001, Rad. 15.678, se precisan criterios que permiten calificar como no subordinada una relación jurídica. En ese orden señaló la Sala lo siguiente: “(...) la subordinación típica de la relación de trabajo no se configura automáticamente por el he-

cho de que desde el inicio o en un determinado momento de vínculo jurídico convengan los contratantes un horario de prestación de servicios y la realización de éstos dentro de las instalaciones del beneficiario de los mismos, puesto que si bien algunas veces ello puede ser indicio de subordinación laboral, tales estipulaciones no son exóticas ni extrañas a negocios jurídicos diferentes a los del trabajo, y en especial a ciertos contratos civiles de prestación de servicios o de obra en los que es razonable una previsión de esa naturaleza para el buen suceso de lo convenido, sin que por ello se despoje necesariamente el contratista de su independencia (...), es menester analizar el conjunto de factores determinantes del núcleo de la vinculación jurídica, y no aisladamente algunos de sus elementos, porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades”.

Siguiendo los argumentos de la exposición de motivos al proyecto de ley convertido posteriormente en Ley 50 de 1990, el artículo 71 traza un marco general de temporalidad con respecto a la vinculación de los trabajadores en misión que debe ser tenido en cuenta por los operadores de justicia en Colombia, al igual que empresarios, trabajadores, asesores y gestores de recursos humanos. Al respecto, afirma certeramente la Corte Constitucional en la sentencia C-330 de Julio 27 de 1995 sobre la temporalidad de la relación de trabajo entre el trabajador en misión y su empleadora, que la vinculación de los trabajadores en misión es una garantía de estabilidad de los trabajadores permanentes, en razón a que circunscribe a incrementos temporales o reemplazos temporales de personal permanente o a términos de seis (6) meses prorrogables únicamente por otros seis (6) meses la vinculación de trabajadores en misión en la prestación de servicios, confirmando la naturaleza estrictamente temporal de los trabajadores en misión frente a la permanencia del trabajador vinculado directamente por un empleador.

Ante la eventualidad de la coexistencia de contratos de trabajo entre un trabajador en misión con su empresa de servicios temporales, como verdadero patrono, en cuanto a las labores que como trabajador en misión le ha encomendado, y otra relación laboral entre ese mismo trabajador en misión con la empresa usuaria, respecto a la prestación de servicios distintos a los encomendados y ordenados por la EST, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia de 12 de marzo de 1997, Rad. 8978, lo siguiente:

“(...) examinados cada uno de los yerros fácticos que la censura atribuyó a la sentencia acusada, estima la sala que es oportuno recordar que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo la doctrina y la jurisprudencia laboral han entendido que es permitido que entre las mismas partes puede existir pluralidad de contratos con objetos diferentes, posibilidad jurídica hoy prevista en el art. 26 CST, del cual emerge la necesidad de que dichos nexos se desarrollen con diferentes causas y haya deslinde claro en cuanto a tiempo, energía y actividad del trabajador (...) Pero, si ello es así tratándose de un mismo empleador, con mayor razón cuando existe duplicidad de vínculos jurídicos, como en el subjudi-

ce donde se ve con nitidez, del examen de las pruebas objeto de censura que en realidad coexistieron la vinculación laboral de (...) con la empresa de servicios temporales (...) como verdadero patrono según lo preceptuado por el art. 71 de la Ley 50 de 1990, para la ejecución de labores como trabajador en misión, en el cargo de moldeador de prensa para la usuaria (...) y la relación laboral entre (...) con (...) para la prestación del servicio de tejados el día (...). Estima la sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de ésta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales, y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias de marco obligacional que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposo que origina accidentes de trabajo (...).”

En cuanto a la subordinación que ejerce la empresa usuaria sobre el trabajador en misión y su eventual responsabilidad, la Sala Laboral de la Corte en sentencia de 24 de abril de 1997, Rad. 9435, señaló lo siguiente:

“(...) al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero ésta facultad la ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la EST, pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono EST, con el alcance previsto por el art. 1º inciso 1º del decreto 2351 de 1965 (art. 32 CST), esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante estos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan sólo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación”.

En cuanto a la eventual responsabilidad como verdadero empleador de la empresa usuaria al contratar con una EST irregular, la Sala Laboral de la Corte en la sentencia antes citada, señaló lo siguiente:

“(...) Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las EST como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art. 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Sólo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (CCST arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como

la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen *in solidum*, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión (...). Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión, ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la EST, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad (...). Pero ésta responsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la EST funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, art. 82), pues de lo contrario la EST irregular sólo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del CST, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta EST pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del CST (...).

En cuanto a las cooperativas de trabajo asociado, en la sentencia C-211 de 2000, la Corte Constitucional expresó lo siguiente: “Las cooperativas de trabajo asociado pertenecen a la categoría de las especializadas y han sido definidas por el legislador así: “Las 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” (art. 70 ley 79.88). El principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos.

“Las características más relevantes de estas cooperativas son éstas:

- La asociación es voluntaria y libre
- Se rigen por el principio de igualdad de los asociados
- No existe ánimo de lucro
- La organización es democrática
- El trabajo de los asociados es su base fundamental
- Desarrolla actividades económico-sociales
- Hay solidaridad en la compensación o retribución
- Existe autonomía empresarial

“Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Solo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se registrarán por la legislación laboral vigente”.

En aplicación a las anteriores características de las cooperativas de trabajo asociado, la Corte Constitucional en sentencia T-286 de 2003 (Acción de Tutela de Claudia Lorena Soto contra Cooperativa de Trabajadores de Colombia), señaló lo siguiente al caso controvertido relacionado con la terminación unilateral del vínculo de asociación estando la trabajadora en estado de embarazo:

“En torno al caso bajo examen se tiene: 1. A folio 13 del expediente obra contrato “convenio de asociación”, de fecha (...), celebrado entre la Cooperativa Coodesco y la señora (.....), en su calidad de asociado, el cual estipula en la cláusula séptima, “la duración de este convenio es igual al tiempo continuo o discontinuo de la prestación del servicio requerido por la Cooperativa. Sin embargo, las partes tienen la facultad para darlo por terminado en cualquier momento, conforme al estatuto”. 2. A folio 15 obra escrito firmado por la actora, en el cual dice adjuntar certificado médico y examen de laboratorio para prueba de embarazo efectuada el día (...). 3. A folio 15 obra oficio de fecha (...), firmado por (...), Directora Administrativa de la Cooperativa Coodesco, en el que le informa a la actora que “a partir del día 26 de julio, damos por terminada la labor de (...) que se encuentra desempeñando en la empresa cliente (...). 4. A folio 146 obra copia del Estatuto de Coodesco, el cual prevé en la página 25 las causales de pérdida de la calidad de asociado, así: 1- Por retiro voluntario, 2- Por retiro forzoso o pérdida de alguna de las calidades o condiciones exigidas para ser asociado, 3- Por muerte y, 4- Por exclusión (este último tiene un procedimiento especial). 5. En la página 9 del Estatuto antes referido, artículo 5 parágrafo 1, se establece: “Los asociados, por tener participación a través de los aportes sociales individuales son los dueños de la cooperativa y a la vez, son los trabajadores y gestores de la misma”. En el parágrafo 2 del mismo artículo, se estipula: “POR ACUERDO COOPERATIVO, según lo estipula la ley vigente, la Cooperativa no estará sujeta a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, por tal razón no existe la figura del patrono ni asalariado y por sustracción de materia, tampoco existe el contrato de trabajo, siendo este reemplazado por el convenio de asociación, por lo tanto las diferencias que surjan entre el asociado y la cooperativa se dirimen mediante arreglo directo entre las partes o mediante la conformación de un tribunal de arbitramento”.

“Sin embargo, para la Sala es claro que los presupuestos que tuvo en cuenta la Corte para dictar la sentencia C-211 de 2000, son distintos a los del caso bajo examen, tal como pasa a verse:

“A- La sentencia C-211 de 2000 se basa en el hecho de que los miembros de las cooperativas de trabajo asociado no ostenta una relación empleador-empleado, lo que de suyo implica que bajo tales respectos el asociado ha de trabajar individual o conjuntamente para la respectiva cooperativa en sus dependencia”.

“B. En contraste con esto, en el caso de autos la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado (Coodesco), también lo es el hecho de que Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Coodesco. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P.)”.

“La existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se de una relación laboral entre cooperativa y cooperado y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa; que fue lo que sucedió en este caso (...)”.

En otro caso, ante el reclamo de los trabajadores asociados de declarar la existencia de contratos de trabajo, despido colectivo, pago de prestaciones sociales, dotaciones, indemnización por accidentes de trabajo y mora, en sentencia de 16 de octubre de 2001, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia en la demanda ordinaria laboral de Edi Alfonso Acosta Cortijo y otros contra la Cooperativa de Trabajo Asociado de Mineros de Zaragoza COOMEIZAR y la Compañía Minera Oronorte S.A., señaló lo siguiente:

“(…) Para la Sala, la sentencia objeto del recurso debe ser confirmada, pues el principio de la realidad establecido en el artículo 53 superior determina “La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones”, sin desconocer la existencia de las relaciones atípicas que se van generando en el mundo del trabajo, muchas de ellas determinadas por las realidades económicas y sociales y en otras por nuevas formas de producción que no requieren de la subordinación que caracteriza el contrato laboral; siendo una de ellas la prestación de servicios determinada por lo que se llama el trabajo asociado o cooperado, una de cuyas manifestaciones es la que se desarrolla a favor de las llamadas COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO (C.T.A.), definidas por la Ley 79 de 1988, en su artículo 70, en los siguientes términos: “*Las 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*”; el artículo 57 *ibidem*, dispone que el trabajo cooperativo esté preferentemente a cargo de los propios asociados; así mismo conforme al 59, el régimen prestacional, salarial y de seguridad social debe ser el establecido en los estatutos y reglamentos, toda vez que se originan en un acuerdo cooperativo (...)”.

“Es de la esencia de estas Cooperativas, conforme al artículo 59 de decreto 468 de 1990, que sean propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor o de los derechos que proporcionen fuentes de trabajo y productos del mismo; (...)”.

“En autos, la pregunta que cabe formularse es si un contrato celebrado entre la empresa COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE ZARAGOZA COOMIZAR y la empresa MINERA ORONORTE S.A., constituía en si una actividad propia de lo que debe entenderse por actividades de auto-gestión o por el contrario, se trataba de una verdadera relación de trabajo. A folios 112, se observa copia del mencionado contrato, donde la Cooperativa se obliga a suministrar de manera permanente a la empresa mano de obra en distintas actividades, tales como perforaciones de diverso orden, acarreo y almacenamiento de mineral, trituración y molienda de mineral, mantenimiento de equipos, construcción de tacos de madera y cabecera, construcción de canastos, etc. La empresa fijó los horarios y los turnos de los trabajadores y en el numeral cuarto del convenio del convenio se dispuso: “*SITUACION LEGAL DEL PERSONA: estas personas tendrán vinculación laboral únicamente con la COOPERATIVA, y en ningún caso serán empleados de la empresa, por tanto la COOPERATIVA es responsable ante el personal asociado de la fijación de los salarios, pago de prestaciones sociales, seguridad social, pagos de tiempo suplementario, etc.*” (...) La prueba testimonial de folios 196, 198 y 199, determina que la prestación del servicio se hacía en las instalaciones de ORONORTE S.A., empresa que asumía la calidad de empleador directo o al menos, así lo percibían los trabajadores, además era la encargada de suministrar la herramienta. De ahí que sea necesario concluir, probado como está, que el personal afiliado a la Cooperativa, no estaba gestionando o administrando su propia empresa cooperativa, sino más bien que fue enviado en misión a una empresa minera; en este sentido, la Cooperativa asumía la calidad de una especie de empresa de servicios de colocación de mano de obra o servicios temporales como los denomina la ley 50 de 1990, aspecto este que si bien no lo prohíbe la ley, si está reglamentado expresamente, sin que esa sea la función que deben cumplir las Cooperativas de Trabajo Asociado”.

“En un evento similar al que hoy se debate, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; regional Valle, expidió la Resolución 0410 del 1 de julio de 1998, en la que deja claro que las Cooperativas no pueden actuar como especie de empresas de servicios temporales, pues para serlo deben contar con la aprobación del Ministerio de Trabajo, ello porque al enviar trabajadores en misión están violando los artículos 5 y 6 del decreto 468 de 1990 que disponen en relación con la CTA, que éstas deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de la labor o de los derechos que proporcionen fuentes de trabajo o productos de éste, además que deben organizar directamente las

actividades de trabajo de sus asociados con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su relación”.

“(…) Pero, al variar su objeto social de autogestión, para ofrecer servicios a terceros, remitiendo trabajadores en misión en forma indefinida a otra empresa a cambio de una remuneración determinada, lo que estaba haciendo COOMI-ZAR con sus afiliados era un acto de intermediación laboral, que desnaturalizaba frente al contrato realidad, su calidad de cooperativa de trabajo asociado, para colocarse dentro de los supuestos de los artículos 23 y 24 y 35 del código laboral, ya que la relación así ejecutada es típica de trabajo (…)”.

Conclusiones

De todo lo anterior se concluye lo siguiente: la manera más expedita para evitar el abuso de las “nuevas formas de trabajo” en detrimento del trabajador lo constituye su asimilación al trabajador dependiente. Esto equivaldrá a darle aplicación extensiva, al menos en forma parcial, al Código Sustantivo del Trabajo. Debe darse igualmente un equilibrio entre flexibilidad y protección, para evitar efectos perversos sobre la economía y el trabajador, reforzando aún más el campo de acción de la seguridad social. De igual manera, urge la necesidad de una mayor intervención de la Inspección del Trabajo para evitar el abuso de las nuevas figuras deslaboralizadas, que exige un incremento presupuestal y destinación de un mayor número de inspectores dedicados a las investigaciones y visitas a las empresas.

En un análisis sobre el estado de la Inspección de Trabajo en Colombia pudimos observar que, dada la escasez de inspectores en relación con el amplio número de empresas en el país, se necesitan algo así como 10 años para que un solo inspector pueda visitar las poco más de 3.000 empresas que le corresponden teóricamente, en proporción al número total de inspectores existentes en el país.

Los resultados de la investigación adelantada el año anterior por el Ministerio y que recibió amplia difusión, comprobó que más del 50% de las cooperativas de trabajo asociado se dedican a la intermediación laboral, cuando la ley les prohíbe el ejercicio de esa actividad; y apenas el 24,74% cumplen a cabalidad con las normas.

Como puede concluirse, las denominadas nuevas formas de trabajo en Colombia dejan mucho que desear en cuanto al uso correcto que se les debiera dar, para en cambio, disfrazar o encubrir muchas veces verdaderas relaciones de trabajo.

Cartagena de Indias, abril, 2005.