

Entidad originadora:	MINISTERIO DEL TRABAJO
Fecha (dd/mm/aa):	
Proyecto de Decreto/Resolución:	“Por el cual se adiciona el Capítulo 2 al Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo y se dictan otras disposiciones sobre la tercerización e intermediación laboral ilegal”

1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN.

1.1 ANTECEDENTES

La tercerización laboral ha sido definida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como un modo de organización de la producción en virtud del cual *“se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa”* (CSJ SL4479-2020).

Aunque la tercerización o subcontratación laboral es un fenómeno poliforme y polifacético, que puede configurarse gracias a diversas y complejas técnicas y modalidades contractuales avaladas por la legislación civil, comercial y administrativa, las cuales le permiten a los empresarios construir relaciones de colaboración para la producción de bienes y la prestación de servicios, en el ámbito del derecho laboral tiene una regulación específica en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, precepto que exige para su legitimidad que los contratistas y subcontratistas asuman el encargo bajo su cuenta y riesgo, con sus propios medios organizativos y con autonomía directiva, técnica, administrativa y financiera.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la subcontratación laboral es legítima siempre que *“la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos”*. En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que *“el contratista debe tener “estructura propia y un aparato productivo especializado”, es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación [...]”* (CSJ SL4479-2020).

Además de la exigencia de una estructura productiva propia, la jurisprudencia ha exigido para la legitimidad del recurso a la tercerización laboral que los trabajadores estén bajo la dependencia del empresario proveedor. En efecto, en sentencia CSJ SL467-2019 la Corte señaló que *“si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente”*.

En tal dirección y para efectos de determinar si los trabajadores de una empresa están bajo la subordinación del contratista o de la empresa contratante o beneficiaria, y por esa vía establecer un posible escenario de tercerización laboral ilegal, es inevitable analizar cada caso con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, la presunción de existencia del contrato de trabajo consagrada en los artículos 24 del Código Sustantivo del Trabajo y 20 del Decreto 2127 de 1945, los indicios de laboralidad establecidos por la jurisprudencia del trabajo y los señalados en la

Recomendación núm. 198 de la Organización Internacional del Trabajo, la cual aplica a todas las autoridades, incluidas las administrativas.

Mediante el Decreto 583 de 2016 este Ministerio del Trabajo intentó reglamentar la tercerización laboral, no obstante sus disposiciones principales fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 6 de julio de 2017 con número de referencia 11001032500020160048500 (2218-2016), con el argumento de que el artículo que pretendió reglamentar el citado decreto -art. 63 de la Ley 1429 de 2010- no trataba el tema de la tercerización laboral y además en el reglamento se confundieron los conceptos de tercerización laboral e intermediación laboral.

Por lo anterior, este Ministerio mediante Decreto 683 de 2018 derogó en su integridad el Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, adicionado por el Decreto 583 de 2016.

Desde esa fecha hasta la actualidad, la jurisprudencia del trabajo ha evolucionado en relación con el tema de la tercerización laboral en Colombia, precisando fundamentos, conceptos, presupuestos, límites a esa figura y consecuencias de su uso indebido, jurisprudencia que es un insumo importante para que el Ministerio goce de más elementos de conocimiento para emitir una reglamentación de la tercerización laboral adecuada y dirigida a proteger a las organizaciones sindicales y de trabajadores frente a las consecuencias de su uso ilegal.

1.2. RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA PARA LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO

Este decreto es oportuno y conveniente, pues la tercerización laboral es un modo de organización de la producción extendido en las prácticas empresariales en Colombia y en todo el mundo. La falta de una regulación adecuada de la tercerización e intermediación laboral, sobre todo en escenarios de ilegalidad, aumenta el riesgo asociado a esta práctica, a saber:

1. Precarización y deslaboralización

La tercerización laboral afecta a los trabajadores tercerizados y de la empresa principal.

Generalmente los trabajadores tercerizados gozan de peores condiciones laborales que los trabajadores de la empresa principal. Su estabilidad, salarios, prestaciones y seguridades son inferiores a los de la empresa madre y, a medida que se desciende en la cadena de subcontratistas, tienden a empeorar. A veces no gozan de ninguna protección, porque son deslaboralizados bajo figuras tales como la de empresa unipersonal, sociedades comerciales, cooperativas fraudulentas, entre otras que expulsan a los trabajadores de los beneficios propios de una relación de trabajo subordinada.

Los trabajadores de planta de la empresa principal también sufren con la tercerización laboral, porque a futuro pueden ser externalizados y, además, si no lo son, pierden en número, con la afectación de poder de sus organizaciones sindicales.



2. Peores condiciones laborales

Los trabajadores tercerizados generalmente son contratados mediante contratos atípicos precarios, como tiempo parcial, temporal, por obra, días, horas, etc., de manera que su estabilidad es precaria, lo cual tiende a acentuarse cuando sus contratos dependen de la subsistencia del contrato comercial suscrito entre la empresa madre y la auxiliar; de hecho, suele alegarse como causa de terminación de la obra la rescisión del contrato comercial. Pero también disfrutaban de salarios, prestaciones, protecciones y jornadas peores que las de los trabajadores de la empresa satélite. Esto ocurre porque la empresa principal terceriza ciertos procesos y actividades a fin de reducir costos; luego la competencia entre empresas proveedoras se centra exclusivamente en cuál puede ofrecer servicios más baratos y para ello se tiende a ejercer presión a la baja sobre los trabajadores. De igual modo, esta asimetría se explica en la medida que a veces la tercerización tiene como único fin expulsar a los trabajadores del convenio colectivo de rama para enmarcarlo en otro más económico, y cuando se trata de un sindicalismo donde se privilegia el nivel de negociación de empresa (como en Colombia y Chile), la situación es más grave porque expulsa a los trabajadores totalmente de los beneficios de los convenios colectivos.

3. Desprotección social

En no pocas ocasiones los trabajadores tercerizados son calificados como autónomos, debiendo asumir ellos mismos los costes de la seguridad social. En otras ocasiones, las empresas contratistas y subcontratistas, debido a los pocos controles que ejerce la principal, la inexistencia de sindicatos fuertes y de una autoridad del trabajo, realizan aportes sobre salarios irreales o en el peor de los casos las omiten o las hacen de manera discontinua, lo cual afecta las protecciones en materia pensional, salud y seguridad en el trabajo que brindan los sistemas contributivos de seguridad social.

4. Discriminación laboral

La situación laboral de los trabajadores de la empresa principal y de la empresa subcontratista es desigual, a pesar de que ambos pueden estar desarrollando las mismas funciones o hacer parte de las actividades principales de la empresa contratante. En efecto, los trabajadores de la principal generalmente tienen contratos más estables, mejores salarios, jornadas y prestaciones, sindicatos más fuertes, mientras que los externalizados no poseen todos estos derechos. Esto a dado lugar a una situación denominada «*segmentación o dualización colectiva*», en la que unos trabajadores son protegidos por el derecho del trabajo clásico y para otro segmento la legislación laboral no llega con todas sus protecciones o simplemente no existe.

5. Insolvencia del empleador formal

Usualmente las empresas subcontratistas son pequeñas, tienen pocos activos y financieramente son frágiles, a diferencia de lo que ocurre con las empresas satélite. De igual modo, y en la medida en que ellas son el producto de estrategias que responden al deseo de externalizar los riesgos en las variaciones de la demanda y el mercado, son las primeras en sufrir el golpe de la caída de la demanda con la terminación del contrato comercial. Esto crea un riesgo de insolvencia frente al pago de los créditos laborales, situación que tiende a exacerbarse cuando las acreencias de los trabajadores no son tratadas como pagos laborales sino como honorarios.



COLOMBIA
POTENCIA DE LA
VIDA



Trabajo

FORMATO MEMORIA JUSTIFICATIVA

6. Desempleo recurrente

Los empleos vinculados a las empresas subcontratistas usualmente se estructuran mediante modalidades atípicas (tiempo fijo, por obra o labor, trabajo autónomo, trabajo temporal), a fin de ajustar el personal a la demanda flexible. De manera que la interrupción en el empleo es recurrente en la tercerización laboral, con la afectación a derechos pensionales y los ligados a la continuidad en el empleo.

7. Ausencia o pérdida de derechos colectivos

En aquellos países en los que se privilegia la negociación por empresa como en Colombia, la tercerización deja por fuera a los trabajadores del sindicato y del convenio colectivo, generando un fenómeno de expulsión de derechos colectivos.

Precisamente, dada la importancia de la subcontratación laboral y su incidencia en las relaciones laborales, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Ocde) en la opinión formal adoptada por la Comisión de Empleo, Trabajo y Asuntos Sociales el 21 de marzo de 2018, recomendó al Gobierno Colombiano “combatir la subcontratación abusiva”. En el mismo sentido, En el plan de acción bajo el acuerdo de cooperación laboral entre Canadá y Colombia (2018-2021) se recomendó al Gobierno establecer medidas para reducir las prácticas generalizadas y sistemáticas de intermediación laboral y tercerización ilegales.

2. AMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

Este Decreto aplica a las relaciones laborales en el sector privado y público.

3. VIABILIDAD JURÍDICA

(Por favor desarrolle cada uno de los siguientes puntos)

3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo.

La competencia deriva del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en desarrollo de los artículos 34, 35, 482 a 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, los artículos 1 a 12 de la Ley 1610 de 2013

3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

Los artículos 34, 35, 482 a 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, los artículos 1 a 12 de la Ley 1610 de 2013 están vigentes.

3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

Se modifican los artículos 2.2.5.5.20, 2.2.8.1.34 y 2.2.8.1.44 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo

3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción).

3.5 Circunstancias jurídicas adicionales.

4. IMPACTO ECONÓMICO (Si se requiere)

(Por favor señale el costo o ahorro de la implementación del acto administrativo)

5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (Si se requiere)

(Por favor indique si cuenta con los recursos presupuestales disponibles para la implementación del proyecto normativo)

6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN (Si se requiere)

(Por favor indique el proyecto normativo tiene impacto sobre el medio ambiente o el Patrimonio cultural de la Nación)

7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO (Si cuenta con ellos)

ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria.

(Marque con una x)

Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)
N/A

(Marque con una x)

Informe de observaciones y respuestas
(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)

(Marque con una x)

Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio
(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)

(Marque con una x)

Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública
(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)

(Marque con una x)



COLOMBIA
POTENCIA DE LA
VIDA



Trabajo

FORMATO MEMORIA JUSTIFICATIVA

Otro <i>(Cualquier otro aspecto que la entidad originadora de la norma considere relevante o de importancia)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
---	---------------------------

Aprobó:

ANDRÉS FELIPE QUINTERO VALENCIA
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Vo. Bo.

PAVEL YASSER SANTODOMINGO AGUILAR
Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección
