



ACOSSET

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE
EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

**LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
TEMPORALES Y LAS FIGURAS
DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS,
PRODUCCIÓN DE BIENES Y/O
EJECUCIÓN DE OBRAS EN LA
LEGISLACIÓN COLOMBIANA.**

Miguel Pérez García
Presidente Ejecutivo

Christian Daniel García Acero
Director Jurídico

Índice

1. Introducción
2. Servicios como resultado final (Outsourcing o tercerización)
3. Modalidades para la prestación de servicios como resultado final
4. Servicios de intermediación laboral en la actividad misional permanente de terceros, e intermediación en los servicios de gestión y colocación de empleo.
5. Modalidades para la intermediación laboral en la actividad misional permanente de terceros, y servicios de intermediación en el empleo para gestión y colocación.
6. Los simples intermediarios en la contratación de trabajadores.
7. La legislación laboral es aplicable a los trabajadores en misión de las empresas de servicios temporales.
8. Conclusiones

En el ordenamiento jurídico colombiano existen figuras que permiten ser usadas y adaptadas de acuerdo a las necesidades que por parte de los empresarios surgen al participar de una economía tan ágil y en constante movimiento como es la nuestra.

En concordancia con lo anterior, es claro que para cada necesidad en particular existe una figura que se acomoda para suplir en determinados momentos servicios que hacen y no hacen parte de la actividad principal (actividad misional permanente) de las empresas y para las cuales fueron constituidas. Es en ese surgimiento del servicio por parte de un tercero contratante, que se debe identificar la necesidad particular de la cual se es objeto, ya que en el ordenamiento jurídico colombiano existen figuras que permiten acomodarse a ese tipo de necesidades y que soportan un dinamismo consecuente con la realidad económica

En primer lugar, cabe resaltar aquellas figuras jurídicas que permiten la prestación de un servicio, la producción de un bien o la ejecución de una obra, como resultado final a un tercero de manera autogestionaria, con plena autonomía del contratante de ese servicio, figura conocida como **outsourcing o tercerización**, que en nuestro país es ejecutada por los contratistas independientes, las Cooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo, el Contrato Sindical y todas aquellas que presten servicios a terceros como resultado final.

En segundo lugar, encontramos unas empresas que prestan de igual manera servicios pero de medio, que cuentan con unas características especiales y particulares que las diferencian entre las demás, en las que el trabajador o el aspirante a un empleo son elementos esenciales en el marco de un contrato de prestación de servicios, para cumplir con el objeto social para el cual fueron creadas, siendo las Empresas de Servicios Temporales (EST) las únicas legalmente habilitadas para el envío de trabajadores en misión a los terceros que contratan el servicio, también conocida esta actividad como intermediación laboral, en los términos del Decreto 1072 de 2015, artículo 2.2.8.1.41.

A su vez, el artículo 2.2.6.1.2.17 del Decreto 1072 de 2015, expresó que las Agencias de Gestión y Colocación de Empleo, prestan un servicio de apoyo y promoción para el empleo, cuyo objetivo es registrar a demandantes y oferentes de mano de obra y vacantes, hacer orientación ocupacional, preseleccionar y remitir los oferentes a los demandantes de mano de obra.

En tercer lugar, encontramos una figura que ha sido satanizada y que se confunde de manera flagrante con todas las anteriores descritas, como lo es la del Simple Intermediario; dicha figura se encuentra regulada en el Código Sustantivo del Trabajo (CST) en su artículo 35, con una naturaleza definida que la hace diferente e independiente a todas las demás, ya que se configura como una contratación laboral y no de prestación de servicios.

Introducción

Por último, la posición del trabajador en misión de las EST frente a la aplicación de la legislación laboral, normatividad que protege los contratos laborales celebrados entre las partes mencionadas.

En este orden de ideas, el objetivo de este documento es identificar la particularidad de cada una de esas modalidades válidas que se han venido mencionando, clarificar la naturaleza propia de cada una de ellas, y abrir el espacio para que sean conocidas e identificadas como tal, para el buen ejercicio y cabal cumplimiento del objeto otorgado por la ley y por las diferentes normas que permiten un abanico de oportunidades a los terceros contratantes dependiendo de las exigencias que se presenten al momento de surgir la necesidad del servicio, de la ejecución de una obra o la producción de un bien, como resultado final, o del personal adecuado y justo a tiempo que se requiere para ello, permitiendo identificar de manera clara qué figuras hacen tercerización de producción de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras de la intermediación laboral, actividad exclusiva otorgada por ley, únicamente a las EST y que consiste en el envío de un trabajador en misión con todas las garantías laborales establecidas en la legislación colombiana, a las dependencias de un tercero, para ejecutar la tarea o servicio contratado por este.

2. Servicios como resultado final (outsourcing o tercerización)

2.1. Definición

La tercerización u *outsourcing*, es la posibilidad que tienen las empresas de acudir a un tercero para que éste de manera independiente y autónoma realice funciones o actividades que son o no son propias del negocio principal de la empresa, que le permite una reducción en los costos operativos y mejorar su desempeño al facilitársele la dedicación a su actividad principal (actividad misional permanente) o *core bussines*.

2.2. ¿Cómo se ejecuta el servicio?

Aquellos terceros que ofrezcan los servicios de *outsourcing* deben contar con plena autonomía e independencia de quien contrata el servicio, y por tal razón, les es permitido ofrecer su actividad a diferentes usuarios; como se trata de una organización independiente, ésta debe responder por el manejo administrativo, financiero, de personal y demás responsabilidades que por su calidad de empresa surjan para garantizar el resultado final de su operación a quien lo contrate, donde el contratante del servicio, de la producción de un bien o de la ejecución de una obra, no determina la circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los trabajadores del contratista ejecutan lo contratado.

2.3. Normatividad aplicable al outsourcing o tercerización

En Colombia no existe una norma particular que defina el *outsourcing* o tercerización de manera expresa; para obtener dicha definición, basta con remitirse a lo consagrado en el artículo 34 del CST, en el cual se define a los a los Contratistas Independientes, así:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> 1o) 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 beneficios 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.

2o) 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, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”.

Como prestadores de servicios de resultado final, estos se caracterizan por esa autonomía e independencia con la que deben contar, ya que el tercero contratante no tiene ningún vínculo, salvo el comercial, en la ejecución del servicio, la producción de un bien o la construcción de una obra; sin embargo, cuando se presta el servicio en la actividad misional permanente del contratante, este será solidario de las acreencias laborales de los trabajadores que vincule laboralmente el contratista, para ejecutar el servicio, determinando las circunstancias de tiempo modo y lugar de los trabajadores del contratista.

3. Modalidades para la prestación De servicios como resultado final

En nuestro país, aquellas unidades empresariales que están habilitadas para prestar el servicio de tercerización u *outsourcing* como resultado final, son:

3.1. COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

3.1.1. Definición

Son organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector solidario de la economía, que vinculan **el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios** (artículo 70, Ley 79 de 1988).

El objeto social de estas CTA, es el de generar y mantener el trabajo para los asociados de manera autogestionaria, o sea, una empresa en la cual los trabajadores de manera activa participen en todas las decisiones tendientes a su desarrollo a nivel económico, de participación y funcionamiento, entre otros.

La autogestión de la CTA, y la participación de los asociados conllevan la autonomía, autodeterminación y autogobierno, (Artículo 2.2.8.1.5., Decreto 1072 de 2015), circunstancias particulares que para el tema del *outsourcing* son necesarias, **ya que este tipo de Cooperativas, deben ser completamente independientes del tercero que contrata sus servicios.**

3.1.2. ¿Cómo ejecuta el servicio?

Las CTA podrán contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico (artículo 2.2.8.1.6., Decreto 1072 de 2015).

La ejecución de ese servicio como resultado final, se ve reflejado en el acuerdo asociativo, cuando de manera voluntaria los asociados se comprometen en pro de su cooperativa a realizar la ejecución de labores materiales o intelectuales organizadas, a ejecutar su trabajo de forma personal de acuerdo a sus capacidades, aptitudes y requerimiento de los cargos, sujetándose a las regulaciones que establezcan los órganos de administración, ya que no están obligados a la legislación laboral ordinaria.

Una vez en ejercicio de sus actividades, estas deberán ser desarrolladas y organizadas de manera autónoma, sin injerencia alguna por parte del tercero contratante o usuario de ese servicio, de acuerdo a lo estipulado en sus estatutos en materia de autogobierno e independencia, y sin estar sujetos como lo mencionábamos a la legislación laboral colombiana. (Artículo 2.2.8.1.9., Decreto 1072 de 2015).

Estas actividades de trabajo desarrolladas por las CTA, **son de resultado final**, porque se contrata y ejecuta un proceso total cuyo objetivo será la entrega de un resultado específico. Dicho servicio deberá ser prestado con sus propios medios, en ningún momento el tercero contratante tendrá algún vínculo para el desarrollo de la actividad que se contrata y tienen prohibición expresa del funcionar como EST, enviar trabajadores en misión, intermediar en el mercado laboral y manejar trabajadores a terceros, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2.2.8.1.16. y 2.2.8.1.42., del Decreto 1072 de 2015 y el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008.



3.2. EMPRESAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO

3.2.1. Definición

Son organizaciones económicas productivas, cuyos asociados aportan su capacidad laboral por tiempo indefinido, entregan a beneficio de la EAT una destreza o tecnología, e inclusive entregan otros activos para el cumplimiento eficaz del objeto de la empresa. (Artículo 1º, Ley 10 de 1991).

El objeto social consiste en la producción, comercialización, distribución de bienes básicos de consumo familiar o la prestación de servicios individuales o conjuntos de sus miembros (Artículo 3º, Ley 10 de 1991) como servicios de resultado final.

3.2.2. ¿Cómo se ejecuta el servicio?

Para tales efectos los asociados tienen una relación de carácter comercial con la EAT, por tanto, los aportes de carácter laboral no se rigen por las normas del CST, sino por las normas del derecho comercial (Artículo 4º, Ley 10 de 1991), para comercializar, distribuir bienes básicos de consumo familiar o para la prestación de servicios individuales o conjuntos.

3.3. CONTRATO SINDICAL

3.3.1. Definición

Es aquél que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios patronos o sindicatos patronales para **la prestación de servicios o la ejecución de una obra**, por medio de sus afiliados (Artículo 482 CST), **con plena autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato** (artículo 1º, Decreto 036 de 2016 que modifica el artículo 2.2.2.1.16 del Decreto 1072 de 2015). Este contrato es civil de prestación de servicios o de ejecución de una obra o labor, en el que no hay subordinación, porque la autonomía jurídica propia del contrato civil, es la nota predominante en este tipo de relación.

3.3.2. ¿Cómo se ejecuta el servicio?

Por el sindicato o sindicatos de trabajadores. Pero ¿qué tipo de sindicato está habilitado para este tipo de contrato? El gremial, que se integra por personas de una misma profesión, oficio o actividad que presta los servicios o la ejecución de obras con autonomía administrativa y financiera, de acuerdo con su especialidad, al no tener estos trabajadores vínculo laboral con ningún empleador, como si sucede con otros tipos de sindicatos.

El artículo 1º, del Decreto 036 de 2016 que modifica el artículo 2.2.2.1.18 del Decreto 1072 de 2015, *establece que el sindicato deberá especificar, las cláusulas relativas a las condiciones específicas del objeto del contrato sindical y las circunstancias en que se desarrollará; este deberá indicar el valor total de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra, así como la cuantía de la caución que las partes deben constituir para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas y definir de común acuerdo las auditorías que consideren necesarias para verificar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas una vez suscrito el respectivo contrato.*

Una vez definidas las condiciones anteriormente citadas, el contrato sindical se ejecutará ya sea para la ejecución de obras o para la prestación de servicios, con sus afiliados vinculados, quienes por mandato legal deben gozar de plena autonomía administrativa y financiera (artículo 1º, Decreto 036 de 2016 que modifica el artículo 2.2.2.1.16 del Decreto 1072 de 2015), queriendo decir esto, que el contratante de esa obra o de ese servicio, no tendrá injerencia o vinculación alguna para la concreción del servicio de resultado final contratado.



4. Servicios de intermediación laboral en la actividad misional permanente de terceros, e intermediación en los servicios de gestión y colocación de empleo

4.1. Definición

Son servicios prestados a un tercero, en los que la persona es el eje central de la prestación del servicio; se denominará trabajador en misión, cuando sea para prestar servicios temporales de colaboración en la actividad misional permanente de un tercero mediante la intermediación laboral propia de las EST, y en donde el contratante del servicio (empresa usuaria) determina las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el trabajador en misión ejecuta el servicio contratado; y aspirante, cuando se acuda a la prestación de servicios de intermediación para gestión y colocación de empleo, sin que esto desvirtúe la verdadera naturaleza jurídica de prestadores de servicios por parte de quien los ofrece, que se configuran como una actividad de medio, que las diferencia del *outsourcing* o tercerización de servicios o producción de bienes.



5. Modalidades para la intermediación laboral en la actividad misional permanente de terceros, y servicios de intermediación en el empleo para gestión y colocación

5.1. EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (EST)

5.1.1. Definición

De acuerdo con el Convenio 181 de la OIT son las EST o ETT un mecanismo de *flexibilización* de las relaciones del mercado laboral. De conformidad con el Convenio antes mencionado y con la Recomendación 187 de la OIT, las llamadas Empresas de Trabajo Temporal habían venido convirtiéndose en verdaderos empleadores de sus trabajadores, dejando a un lado a las agencias de colocación, que simplemente ponían en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra.

5.1.2. Legislación de las EST en Colombia

La Ley 50 de 1990 desde los artículos 71 a 94, son la base fundamental de la regulación de las EST en Colombia, posteriormente a esta, surgió el Decreto 4369 de 2006 (incluido en el Decreto Compilatorio 1072 de 2015), el que trata la materia con mayor profundidad.

Se define a las EST de acuerdo al artículo 71 de la Ley 50 de 1990, así:

“Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”.

Reconociendo entonces que el verdadero empleador de los trabajadores es la EST, estas tienen a su cargo todas las obligaciones laborales que de la relación contractual se originen; y el trabajador en misión tiene la particularidad de que ejecuta su labor para un tercero, el usuario, y no para su empleador, lo que permite a las EST delegar la subordinación administrativa del trabajador en misión, para que el tercero contratante del servicio temporal de colaboración, determine las circunstancias de tiempo (horario), modo (funciones) y lugar (dependencias de la empresa usuaria), en que este trabajador ejecutará el servicio contratado, sin que la EST en ningún momento pierda la calidad de verdadero empleador del trabajador en misión, por estas circunstancias. (Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, EXP. 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez),

La naturaleza jurídica del servicio temporal en Colombia está contemplada en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, donde se resalta que una EST es (...) aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades (...). Lo que indica que su finalidad y objeto principal, es el de colaborar temporalmente con un usuario en el desarrollo de sus actividades misionales permanentes, las cuales son permanentes en él, pero que eventualmente requiere de una ayuda o colaboración limitada en el tiempo para desarrollar adecuadamente su objeto. Dicha colaboración temporal o servicio específico de colaboración, es realizado mediante la labor desarrollada por personas naturales, para el caso en particular trabajadores en misión, contratados directamente por la EST, la que tiene con respecto a estos la calidad de empleador.

Las EST, son las únicas autorizadas por vía legal y reglamentaria para el envío de trabajadores en misión a terceros para prestar servicios a empresas o instituciones, en sus respectivas actividades misionales permanentes. (Artículo 2.2.8.1.41., Decreto 1072 de 2015), y en donde el usuario contratante determina las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los trabajadores en misión ejecutan el servicio contratado.

Una vez explicado lo que taxativamente se establece en la Ley, es de aclarar que las EST no suministran personal, son prestadoras de servicios como se establece en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

Los servicios que prestan las EST, tienen un límite temporal para su prestación, establecido por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; dicho límite no se aplica al trabajador, puesto que lo que se regula en la ley es un trabajador en misión y no temporal.

Para aclarar el equívoco que comúnmente se presenta a nivel general sobre la temporalidad, nos permitimos explicar a la luz de la legislación vigente, la temporalidad y la cronología de los contratos que celebran las EST con las empresas usuarias, en los siguientes términos:

5.1.3. La temporalidad y cronología de los contratos celebrados por las EST

En el sector del servicio temporal se debe tener en cuenta que existen tres tipos de relaciones. Son ellas: Una relación comercial entre la empresa usuaria y la EST, debidamente articulada mediante un contrato comercial de prestación de servicios de acuerdo con la legislación vigente. Una segunda relación laboral, entre el trabajador en misión y la EST con el respeto total por las normas laborales vigentes al aplicarse a esta relación toda la legislación laboral y una tercera relación funcional, entre el usuario y el trabajador en misión.

Definitivamente la única manera de articular la relación entre los usuarios del sector del servicio temporal en Colombia y las empresas que prestan estos servicios, es mediante un contrato comercial o mercantil con el que se materializa la relación entre dos entidades con objetos sociales independientes, propios y autónomos.

Para efectos de las EST, que es lo que nos ocupa, y de acuerdo con el artículo 72 de la ley 50 de 1990, que se constituye en el instrumento que las regula, estas deben:

“... constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior.

Objeto que se encuentra definido en el artículo 71 de la ley objeto de análisis, así:

*“Artículo. 71: Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades (objeto principal o inmediato) mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a estos el carácter de empleador. (Objeto mediato)”. **(Paréntesis fuera de contexto.)***

5.1.4. La temporalidad del servicio específico de colaboración

Aclarado lo del servicio temporal como objeto único, debemos analizar el concepto de la temporalidad de la siguiente manera:

La Ley 50 de 1990 en su artículo 77, define los servicios que presta una EST y el límite de tiempo que tiene para ejecutarlos en la actividad misional permanente del usuario, en los siguientes términos;

“Art. 77: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con estas 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.

2.- Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3.- Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Así las cosas, debemos tener en cuenta varios aspectos:

- a) La ley expresamente nos refiere que los usuarios sólo pueden contratar con las EST en los casos o servicios mencionados por la ley, otorgándole la prerrogativa o iniciativa contractual al usuario que es en últimas quien contrata.
- b) Esto quiere decir que no podrá existir ningún trabajador en misión en las dependencias de una empresa usuaria, sin haber celebrado un contrato comercial, en el cual se especifique el servicio temporal de colaboración contratado.

Lo anterior significa que no habrá relación jurídica válida entre una empresa usuaria y una EST sin contrato comercial vigente, único instrumento que soporta el límite de la temporalidad establecido por la misma Ley 50, como a continuación se detalla.

- c) La temporalidad viene definida en los casos o servicios que solo pueden ser objeto de la contratación comercial, en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990:

- I) *La temporalidad del numeral primero, es hasta por treinta días (30), al ser las mismas actividades del artículo 6 del Código Laboral.*
- II) *La temporalidad del numeral segundo, se da por el evento particular, en este caso es la del tiempo que dure el reemplazo por la incapacidad, las vacaciones o las licencias.*
- III) *La temporalidad del numeral tercero, que entre cosas tiene una redacción cerrada y abierta al mismo tiempo cuando viene detallando taxativamente unas actividades a contratar y la última deja abierta la posibilidad de ser objeto contractual toda la prestación de servicios; se refiere a un término inicial de seis (6) meses prorrogables por otros seis (6) meses.*

- d) Debemos necesariamente citar aquí lo siguiente. Cuando el artículo 77 expresamente limita a la usuaria a que SOLO se puede contratar en esos casos o servicios y por ese límite de tiempo, se refiere a que el objeto del contrato comercial entre esta y la EST debe ser un servicio específico y concreto que lo determina, particulariza y distingue; servicio que será objeto de un contrato de prestación de servicios de colaboración temporal para el desarrollo de las actividades misionales del usuario, para así darle un mejor tratamiento jurídico frente a la autonomía e independencia de otros servicios específicos posibles a contratar.

- e) Ahora bien, el párrafo del artículo 2.2.6.5.6. del Decreto 1072 de 2015, establece:

“Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico y concreto objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales, para la prestación de dicho servicio. (Subrayado fuera de texto)”

- f) Esto simplemente quiere decir que bajo el mismo objeto (servicio específico de colaboración), que dio origen a la celebración de un contrato comercial de prestación de servicios, entre la empresa usuaria y la EST, no se podrá prorrogar por más de un año, ni celebrar uno nuevo con la misma o diferente empresa de servicio temporal, para la prestación del mismo servicio específico de colaboración objeto del contrato comercial.
- g) Para superar este mandato con su respectiva prohibición, los contratos de cada servicio específico finalizan al terminar el plazo pactado con su respectiva prórroga y para poder celebrar uno nuevo con la misma EST, se debe cambiar en el objeto del contrato comercial, la causa originaria que soporta el surgimiento de nuevos servicios, así sea en desarrollo de la misma actividad del usuario, la cual es permanente. Lo temporal es el servicio temporal de colaboración que presta la EST.
- h) Para concluir con estos aspectos jurídicos, aclaremos que las condiciones temporales del contrato están determinadas por la Ley tal como lo hemos observado, siendo una característica general que la misma está ligada con la necesidad temporal de un servicio y por tanto no puede deducirse un término diferente al que prevé la ley.

En ese orden de ideas la temporalidad es del servicio particular y concreto que se materializa en el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST; por tal razón es un error manifestar que las EST suministran personal, ya que como hemos analizado y de acuerdo a lo consagrado en la Ley, la verdadera naturaleza de las EST, es la prestación de servicios; y en segundo lugar el artículo 77, establece la temporalidad para dichos servicios, ya que en su encabezado nos señala los casos en que se puede contratar con una EST, para el caso que nos ocupa, la temporalidad del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, hace referencia al servicio objeto del contrato del comercial, por ende, si la norma le está dando un término de seis meses prorrogables por otros seis meses más al servicio objeto del contrato.

De lo anterior se desprende, que las EST contratan a nivel nacional la prestación de servicios temporales de colaboración con terceros beneficiarios que son definidos en el artículo 73 de la Ley 50 de 1990 como USUARIOS, y no se contrata por parte de estos últimos, el mal llamado suministro de personal, debido a que las personas están protegidas por la Constitución Política Nacional, y lo único que se puede suministrar en Colombia son los bienes y servicios, tal como se expresa en el artículo 968 del Código de Comercio, al definirse el contrato de suministro; y Resolución expedida por el Ministerio del Trabajo.

Como se puede evidenciar, las EST ostentan la calidad de prestadores de servicios, calidad que se puede evidenciar en el Contrato Comercial de Prestación de Servicios Temporales celebrado entre la empresa usuaria y la EST, donde se define en el objeto el servicio temporal de colaboración contratado.

Aunado a lo anterior, es muy evidente a la luz de la Ley 50 de 1990, que estas personas jurídicas se llaman EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, porque se contratan servicios temporales de colaboración, y no se contratan trabajadores para un tercero u ofrecer suministro de personal, porque de ser así, se llamarían Empresas de Trabajadores Temporales o Empresas de suministro de Trabajadores.

Tan es así, que en la Resolución 2021 de 2018, “*Por la cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010*”, expedida por el Ministerio de Trabajo, se establece:

*“(…) Por tanto, **el suministro de personal a terceros usuarios es una actividad que no se encuentra autorizada**, ya que lo que se suministra, de acuerdo a lo establecido en el artículo 968 del Código de Comercio, son los bienes y los servicios”
(Subraya y negrilla fuera de texto)*

La Ley 50 de 1990 y el Decreto 1072 de 2015, que en sus artículos 81 y 2.2.6.5.8 respectivamente, establecen que la relación entre el usuario que contrata el servicio y la EST, deberá estar regulada por un CONTRATO COMERCIAL, resaltando aún más, la calidad de prestadores de servicios.

Por las razones anteriormente expuestas, es claro que no se puede afirmar que los usuarios contratan de las EST trabajadores, sino servicios.

Como se expuso anteriormente, no se contratan trabajadores por parte de una empresa usuaria sino servicios de colaboración para el desarrollo de su en la actividad misional permanente, tal como se expresa en la Ley 50 de 1990 y en el Decreto 1072 de 2015.

La Ley 50, en el artículo 71, establece en la terminología del año 1990 que las EST pueden colaborar temporalmente en la ACTIVIDAD del tercero beneficiario (USUARIO), tan es así, que en el artículo 77 de la ley objeto de análisis se establecieron las tres clases de servicios que pueden prestar las EST a los usuarios en su actividad misional permanente, servicios a los que hemos hecho referencia.

Servicios que se relacionan íntimamente con la actividad misional permanente de la empresa usuaria que los contrata, ya que podemos evidenciar numeral por numeral, lo siguiente.

- Con respecto al numeral 1:

“1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.”

Actividades que el Código Sustantivo del Trabajo define:

*“ARTICULO 6o. TRABAJO OCASIONAL. Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, **que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador.**”
(Subraya y negrilla fuera de texto)*

Para este servicio particular, se establece que las actividades ocasionales, accidentales o transitorias deberán ser distintas a las actividades normales del empleador, o actividad misional permanente, a modo de ejemplo se da la siguiente situación.

Usuario: Industria de Harina Juanita

Actividad misional permanente u objeto social: Siembra de trigo y producción de harina.

Actividad ocasional, accidental o transitoria a contratar: Embellecimiento de jardines.

Como se observa, la empresa usuaria tiene como actividad misional permanente la siembra de trigo y producción de harina, y contrata los servicios de una EST por el numeral 1 del artículo 77 de la ley 50 de 1990, o sea, el embellecimiento de los jardines, siendo esta una actividad distinta a la actividad de la empresa usuaria que se podrá ejecutar hasta por un periodo máximo de treinta (30) días.

- Con respecto al numeral 2:

“2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.”

Si el artículo analizado permite reemplazos, la pregunta que deberá hacerse es, ¿a qué trabajadores se podrán reemplazar?, la respuesta es muy evidente, pues a los trabajadores que la empresa usuaria contrata directamente y que ejecutan su labor en la actividad misional permanente de la misma, entonces es claro, que se permite a las EST colaborar en la actividad misional permanente de la usuaria para ese reemplazo u otros que se presenten, situación que a modo de ejemplo, nos permitimos esquematizar así:

Usuario: Industria de Harina Juanita

Actividad misional permanente u objeto social: Siembra de trigo y producción de harina.

Evento a contratar: Reemplazo por licencia de maternidad de Rosa Morales Supervisora de producción.

Es muy claro, que para efectos del numeral 2 del artículo 77 de la ley 50 de 1990, las EST también pueden colaborar en la actividad misional permanente de la empresa usuaria, ya que el reemplazo irá hasta que se cumplan las semanas de licencia de maternidad de Rosa, y la trabajadora(or) que la reemplace, ejecutará su labor como supervisor de producción en la empresa Juanita para que la producción de harina (actividad misional permanente de la empresa usuaria), no se vea afectada al hacer falta la supervisora de producción.

- Con respecto al numeral 3:

“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.”

El mismo principio se aplica para este numeral, y la pregunta que deberá hacerse es ¿en dónde se presentan los incrementos, periodos estacionales de cosechas, y la prestación de servicios?, pues en la actividad misional permanente de la empresa usuaria, porque es quien de acuerdo a su objeto social determina cuando requiere colaboraciones en su actividad misional permanente, ya que con el personal que cuenta y que es contratado directamente por él, no podría responder a los eventos temporales que con ocasión de su objeto social surgen en una economía, de lo que no escapa la colombiana.

A modo de ejemplo tenemos.

- Incrementos:

Usuario: Industria de Harina Juanita

Actividad misional permanente u objeto social: Siembra de trigo y producción de harina.

Incremento en la producción: Incremento en la producción de harina por pedido de harina de la empresa Canadiense Syrup para la temporada de navidad 2018.

Incremento en el transporte: Incremento para el transporte para llevar al puerto de Buenaventura el pedido de la empresa Syrup.

Incremento en las ventas: De harina por la temporada navideña 2018 en los almacenes de grandes superficies de Bogotá D.C.

- Periodos estacionales de cosecha

Usuario: Industria de Harina Juanita

Actividad misional permanente u objeto social: Siembra de trigo y producción de harina.

Periodo estacional de cosecha a contratar: Recolecta de las cosechas de trigo del segundo semestre del año 2018.

- Prestación de servicios

Usuario: Industria de Harina Juanita

Actividad misional permanente u objeto social: Siembra de trigo y producción de harina.

Servicio temporal a contratar: Empaquetado en bolsas y bultos de harina con ocasión del pedido de la empresa Canadiense Syrup para navidad del año 2018.

Como se puede observar, la EST puede colaborar temporalmente en la actividad permanente de ese usuario, ya que los incrementos, los periodos estacionales de cosechas y los servicios que requiere, son propios de la actividad misional permanente, cual es la siembra de trigo y producción de harina y todos esos servicios que surgen los puede contratar con la misma EST, ya que la ley no establece exclusión alguna.

Conforme a lo expuesto, es evidente que la ley permite a las EST, colaborar temporalmente en la actividad misional permanente de la empresa usuaria, ya que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 expresamente consagra que son las únicas autorizadas (objeto social exclusivo artículo 72 Ley 50 de 1990) para colaborar temporalmente en la actividad del usuario, y los servicios que se prestan, salvo el numeral 1 del artículo 77, se prestan con ocasión de la ejecución del objeto social de la empresa usuaria.

5.1.5. Costos del contrato comercial

Las EST, como empresas que son, contratan con usuarios la prestación del servicio objeto de su actividad, la cual desarrolla a través de procesos internos que le permiten cumplir su finalidad; sin embargo, dicha actividad se encuentra regulada de manera especial, y por tal razón, debe obedecer a reglas especiales que la diferencian de cualquier otra. En este sentido el artículo 71 de la ley 50 de 1990 manifiesta que:

“Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a estos el carácter de empleador.

Teniendo en cuenta siempre que la intermediación laboral, entendida esta como el envío de trabajadores en misión a la dependencias de las empresas usuarias, para colaborar temporalmente en la actividad misional de este, solo se puede dar a través de las EST debidamente constituidas y aprobadas como tales por el antiguo Ministerio de la Protección Social, ahora Ministerio del Trabajo, en los casos o servicios específicos de colaboración, enunciados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con el artículo 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015.

Las empresas usuarias que contratan el servicio temporal de colaboración, están definidas por el artículo 73 de la Ley 50 de 1990 como, “*toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales*”, sólo podrán contratar con las EST cuando en su actividad misional permanente, surjan una o varias necesidades de acuerdo al artículo 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015, por medio de un contrato de prestación de servicios que a continuación analizaremos.

5.1.5.1. Contrato comercial de prestación de servicios

Teniendo en cuenta el objeto social que se ha atribuido a las EST en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, se puede verificar que estas son empresas que prestan servicios específicos de colaboración a las empresas usuarias, los cuales se llevan a cabo o ejecutan a través del envío de trabajadores en misión.

Así las cosas, la ley ha determinado que las EST sean empresas prestadoras de servicios, en este sentido, resulta conveniente afirmar que el contrato que se celebra es el de **prestación de servicios de colaboración temporal en la actividad misional permanente del usuario** a través o mediante el envío de trabajadores en misión.

Dicha contratación puede hacerse de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.6.5.8., del Decreto 1072 de 2015 en los siguientes términos:

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

La relación entre la empresa usuaria y la Empresa de Servicios Temporales puede ser regulada por uno o varios contratos, de acuerdo con el servicio específico a contratar.

Cuando se celebre un solo contrato, este regulará el marco de la relación, la cual se desarrollará a través de las órdenes correspondientes a cada servicio específico”

Conforme se explicó anteriormente, la ley ha definido a las EST, como aquellas que prestan servicios específicos de colaboración de forma temporal en la actividad misional permanente de las empresas usuarias, para lo cual se procede al envío de trabajadores en misión quienes estando vinculados laboralmente con la EST, ejercen una relación funcional en la sede de la empresa contratante.

Hecha esta claridad, un contrato de prestación de servicios, es un acuerdo bilateral entre dos personas, sean naturales o jurídicas, donde se estipula una remuneración a cambio de una obligación de hacer, relacionada con una actividad, tarea o labor, en la cual puede predominar el factor material o intelectual.

En virtud de ese contrato comercial celebrado, corresponde a las partes establecer a lo largo del proceso de negociación, el contenido que deberá tener éste instrumento, partiendo de la base que en el costo del servicio específico de colaboración prestado por la EST, estarán incluidos todos los gastos inherentes a los trabajadores en misión para ejecutar dicho servicio contratado por la usuaria, como lo son los salarios, aportes a la seguridad social integral, prestaciones sociales, incapacidades, horas extras, dominicales y festivos, indemnizaciones, exámenes médicos (ingreso, pre-ocupacionales y de egreso), gastos inherentes al fuero de la estabilidad laboral reforzada, dotación, elementos de protección personal especial, incapacidades cualquiera que sea su origen y su tiempo de duración, y todos aquellos rubros que se configuren como gasto para la EST en virtud de la ejecución del contrato comercial celebrado, al igual que el costo de administración establecido por la EST para prestar el servicio.

Dichos gastos deberán quedar estipulados en el contrato comercial y será la empresa usuaria quien los asuma como contraprestación del servicio específico de colaboración contratado; en ese sentido La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, EXP. 9435, Magistrado Ponente Francisco Escobar Henríquez, del 24 de abril de 1997, expresó:

“Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobrecosto sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos”.

Al ser el trabajador en misión el único componente del servicio temporal, todos los gastos inherentes a éste son valores del servicio que se presta y que debe cubrir quien lo contrata, porque de lo contrario, la EST tendría que asumir pagos que no le corresponden sin contraprestación por el servicio, que se convierten en un “subsidio” para la usuaria.

5.1.6. ¿Cómo se ejecuta el servicio?

Dicho servicio de medio contratado para el eficiente desarrollo de la actividad misional permanente del usuario, se concreta en el envío de un trabajador en misión que se desplaza a las dependencias del usuario para ejecutar el servicio de colaboración contratado por parte de éste (Artículo 74, Ley 50 de 1990). Ese envío de trabajadores en misión es permitido de manera exclusiva a las EST por mandato legal, permitiendo la flexibilización del manejo de recurso humano, formalizando empleo con todas las garantías de ley, ya que la EST en todo momento conserva la calidad de verdadero empleador, de acuerdo a lo establecido por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y contrata a sus trabajadores bajo cualquiera de las modalidades previstas en la legislación laboral. Lo temporal es el servicio específico de colaboración en la actividad del contratante-usuario, no el trabajador, que rota en esos servicios, con un punto de apoyo: su relación laboral directa es con la EST.

5.2.1. Definición

Estas agencias prestan un servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo, cuyo objetivo es registrar a demandantes y oferentes de mano de obra y vacantes, hacer orientación ocupacional, preseleccionar y remitir los oferentes a los demandantes de mano de obra (Artículo 2.2.6.1.2.17, Decreto 1072 de 2015), y de esa manera generar una relación laboral con el tercero que contrata el servicio, sin que la Agencia adquiera responsabilidad laboral alguna.

Se entiende por demandantes de mano de obra, a las diferentes unidades del sector de la economía que requieren que sus puestos de trabajo sean ocupados por personal calificado para tal fin, y como oferentes de mano de obra, a aquellas personas que se encuentran disponibles para ofrecer sus servicios de acuerdo a sus calidades y cualidades especiales.

Este tipo de agencias son otra opción válida dentro del ordenamiento jurídico para poner en contacto a sectores económicos y personas naturales interesadas en poner a disposición todos sus conocimientos; éstas deben contar con plena autonomía e independencia porque son una razón social independiente a la quien pide le sean prestados sus servicios.

5.2.2. ¿Cómo se ejecuta el servicio?

Los servicios de intermediación para la gestión y colocación de empleo, de orientación, preselección y remisión, se ejecutan mediante:

5.2.2.1. Las Agencias privadas lucrativas de gestión y colocación de empleo, son personas jurídicas que entre sus objetivos tienen la prestación de servicios de colocación percibiendo una utilidad ((Numeral 1), artículo 2.2.6.1.2.27, Decreto 1072 de 2015), que no procederá en ningún caso del trabajador, sino del usuario contratante del servicio.

5.2.2.2. Las Agencias privadas no lucrativas de gestión y colocación de empleo, que al igual que las anteriores son personas jurídicas que entre sus objetivos tienen la prestación de servicios de colocación; la diferencia radica en que no reciben ningún tipo de remuneración o utilidad por el servicio prestado ((Numeral 2), artículo 2.2.6.1.2.27, Decreto 1072 de 2015).

5.2.2.3. Las Agencias públicas de gestión y colocación de empleo, que son entidades de derecho público que prestan servicios de colocación sin percibir utilidades por dicha actividad ((Numeral 3), artículo 2.2.6.1.2.27, Decreto 1072 de 2015).

6. Los simples intermediarios En la contratación de trabajadores

6.1. Definición

Son simples intermediarios aquellas personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono, es decir, la contratación de trabajadores para prestar servicios a un tercero por su cuenta (Numeral 1º, artículo 35, CST).

6.2. ¿Cómo se ejecuta el servicio?

El servicio se ejecuta cuando se contrata directamente para un tercero, quien ejerce su calidad de empleador, ya que el simple intermediario no contrata el trabajador para sí, no imparte instrucciones ni órdenes, no percibe beneficio alguno por la labor del trabajador, no

es receptor directo de los servicios personales del empleado y por ende no es responsable del salario del trabajador enviado al tercero.

Para que el servicio contratado sea ejecutado en su totalidad, el simple intermediario para evitar la solidaridad de las obligaciones que como empleador le corresponden al tercero, deberá hacer constar expresamente su calidad y manifestar el nombre del empleador. (Numeral 3º, artículo 35, CST).

7. La legislación laboral es aplicable a los trabajadores en misión de las empresas de servicios temporales

En el presente aparte de este documento, se evidencia el propósito de la Ley 50 de 1990 al regularizar las relaciones de trabajo flexibles, ya que antes de la expedición de la mencionada normativa, el mercado laboral se encontraba desprotegido al no controlarse de manera expresa, quiénes y cómo se ejecutaría la flexibilización del manejo de recurso humano; fue por eso que la Ley 50 otorgó a las EST, la calidad de única figura válida para el envío de trabajadores en misión a terceros, de manera que en todo momento estos trabajadores tuvieran garantizados sus derechos y se incorporaran formalmente al mundo del trabajo.

7.1. Exposición de motivos de la Ley 50 de 1990

Como se expresó en la exposición de motivos al proyecto de ley, se consideraba que la presentación del mismo respondía *“a una necesidad de reajuste estructural que permita adecuar los principios y normas de esta materia (la laboral) a la realidad contemporánea y a lo modernización e internacionalización de la economía colombiana.”*¹, manifestando el presidente de la época, doctor César Gaviria, en su discurso de posesión, en armonía con la flexibilización laboral que se quería buscar para atender la movilidad y variabilidad de los mercados cada vez más globalizados que *“esa modernización de la economía hace necesario que se torne más flexible el régimen laboral para darle mayor competitividad a nuestros productos, para promover la inversión e incrementar la generación de empleo”*².

Dentro de esa idea de modernización, internacionalización y generación de empleo, se presentó en el mencionado proyecto de ley, una figura que permitiera ejecutar los propósitos antes mencionados, con las denominadas EST *“con el objeto de que esta actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores”*³, y que este tipo de persona jurídica *“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”*⁴.

Fue por esa razón, que en la Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes, se señalaron tres particularidades para las EST al establecerse 1. *“normas muy precisas tendientes a la protección de los derechos de los trabajadores temporales, (en misión) en cuanto a su remuneración, prestaciones sociales y salud ocupacional”*⁵, confirmando que lo más importante con la expedición de la reforma es la protección de los derechos laborales de los trabajadores. 2. *“disposiciones relativas a la constitución y requisitos para el funcionamiento de estas empresas”*⁶, regulando desde su génesis una actividad formal, que solo podría ser ejecutada por personas jurídicas legalmente constituidas para tal fin una vez se cumplieran con el pleno de los requisitos para la debida ejecución de su objeto social exclusivo, y 3. Regulando *“como han de celebrarse los contratos con los usuarios”*⁷, denotando que la relación entre la EST y la empresa usuaria, debería concretarse mediante un contrato comercial, no laboral, entre la usuaria y la EST para definir las obligaciones y derechos en la prestación del servicio de colaboración en la actividad del tercero contratante.

En esta forma quedaban tres particularidades que tal y como lo menciona la Ponencia se constituyen en *“una reglamentación tendiente a la eliminación de abusos que pueden cometerse en detrimento de los trabajadores”*⁸.

Como se puede observar, desde sus inicios, la Ley 50 de 1990 propendió por la salvaguarda de los derechos laborales de los trabajadores en misión de las EST, permitiendo que se identificara de manera clara, quién sería la única modalidad autorizada para el envío de trabajadores a terceros, con todas las garantías de ley, permitiendo la generación y formalización del empleo en una economía con aires de modernización e internacionalización.

Con base en lo mencionado, se expondrá a continuación, como quedaron esos propósitos consagrados en la Ley 50 de 1990, una vez sancionada y entrada en vigencia.

1 Compilación de la Reforma Laboral, Ministerio de la Protección Social, República de Colombia, Imprenta Nacional, Bogotá D.E., abril 1991, pág. 55

2 Ídem.

3 Ibíd. Pág. 69.

4 Ídem.

5 Ibíd, pág. 167.

6 Ídem.

7 Ibíd, pág. 168.

8 Ídem.

7.2. Regulación particular para las Empresas de Servicios Temporales y el trabajador en misión

La Ley 50 de 1990, de los artículos 71 a 94 reglamentó la actividad de las EST, otorgándole la calidad de verdadero empleador de sus trabajadores de planta como en misión, aplicándole a estos la normatividad laboral vigente (Código Sustantivo del Trabajo), y la calidad de prestador de servicios temporales de colaboración, prestación de servicios que se formaliza mediante la suscripción de un contrato comercial, condiciones anteriores que se definen de manera clara en el articulado que a continuación relacionamos.

7.2.2. Carácter de verdadero empleador

*“ARTICULO 71. Es empresa de servicios temporales aquella que **contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.**” (Negrilla fuera de texto)*

La ley le otorga la calidad de verdadero empleador a las Empresas de Servicios Temporales, queriendo decir esto que son responsables por elaborar los contratos laborales, pagar las acreencias que del vínculo jurídico laboral se deriven, como los pagos correspondientes al sistema de seguridad social (pensión, salud, riesgos laborales), salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, dotación, elementos de protección personal, entre otras, tanto de sus trabajadores de planta como en misión, ratificando lo que en la Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes se expusiera, la protección de los derechos laborales de los trabajadores.

Los dos tipos de trabajadores de planta y en misión, se encuentran definidos en el artículo 74, así:

*“ARTICULO 74. Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. **Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.**”*

¿Cuál servicio?, el de colaboración en las actividades del usuario (Artículo 71 ley 50 de 1990), ya citado.

Dándole el artículo 74 una definición propia a cada clase de trabajador, y la calidad de verdadero empleador a la EST, el artículo 75 estipuló que a los trabajadores en misión, no temporales, se les aplicaría en su totalidad lo que se expresa en el Código Sustantivo del Trabajo, la normatividad laboral vigente, y las disposiciones especiales de la Ley 50, así:

“ARTICULO 75. 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. Así como lo establecido en la presente ley.”

Si el trabajador en misión se encuentra amparado por el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral, las establecidas en la Ley 50 de 1990 son:

“ARTICULO 79. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.”

Equivalencia de salarios que no es matemática, se deberán tener en cuenta los factores objetivos descritos en el artículo, para determinar la remuneración que recibirá el trabajador en misión mientras ejecuta el servicio temporal de colaboración contratado por parte de la empresa usuaria a la EST.

Otras de las protecciones que la ley otorga al trabajador en misión, es que no podrá ser discriminado de los beneficios de alimentación, recreación y transporte que la empresa usuaria tenga para sus trabajadores de planta, permitiendo esta situación la inclusión del trabajador en misión.

Situaciones particulares que recogen lo que en la exposición de motivos se expusiera en materia de protección de los derechos laborales de los trabajadores, otorgándole al trabajador en misión, la misma calidad de cualquier trabajador, por ende, no es una clase particular de empleado, sino que por el contrario, puede gozar de los mismos derechos cuando celebra un contrato laboral.

Pero dicha protección del trabajador no se detuvo en el articulado anteriormente mencionado; la ley se extendió a tal punto que en el artículo 72 estableció:

“ARTICULO 72. Las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior.”

Queriendo decir lo anterior, que cualquiera no podría prestar el servicio, debería constituirse como persona jurídica, y que además tendría un objeto social exclusivo, lo cual limitaría su actuar y le daría plena identificación con las demás modalidades existentes en la normatividad colombiana. Pero la persona jurídica *per se* por estar constituida, no le da el derecho a ejecutar su objeto, debe cumplir con unos requisitos *sine qua non* para obtener la autorización de funcionamiento (Artículo 83 Ley 50 de 1990) y de esa manera poder ejecutar su objeto social.

Una vez ejecuta su objeto social la EST, ¿cómo se formaliza la relación con el usuario?, mediante la celebración de un contrato comercial que debe ser por escrito y cumplir con unas características particulares tal y como lo establece el artículo 81 de la Ley 50 de 1990, para darle formalidad al servicio prestado y contratado, dando seguridad jurídica a las personas jurídicas intervinientes en la relación comercial.

Con todo lo expuesto hasta el momento, cabe resaltar que la ley en aras de proteger al trabajador en misión, consagró requisitos especiales para poder constituirse y ejecutar el objeto social exclusivo como EST, permitiendo estos requisitos, la protección del trabajador que acuda a este tipo de empresas, garantizando que su vínculo laboral sea acorde al mandato legal, y no se vayan a ver vulnerados sus derechos, protegiéndolo al aplicarle la legislación laboral en su totalidad, y estableciendo requisitos especiales para la debida ejecución de la actividad de las EST.

7.3. El trabajador en misión y el artículo 53 de la Constitución Política

El artículo 53 de la Constitución Política estableció las prerrogativas fundamentales para proteger el Derecho al Trabajo de todos aquellos que se encuentran bajo el marco de un contrato de trabajo, en los siguientes términos.

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”

De acuerdo a lo anterior, es claro que esas condiciones particulares irrenunciables, han sido consagradas para permitir que los colombianos accedan a un trabajo formal, con todas las garantías de ley, permitiendo así el bienestar y la cohesión social, artículo que se aplica a todos los trabajadores que tienen un contrato laboral, incluyendo a los trabajadores en misión, porque ni la ley ni la constitución establecen diferenciación alguna para estos.

Con base en lo establecido en la ley y su relación con lo consagrado posteriormente por la Constitución, la Ley 50 de 1990 le otorga la calidad de verdadero empleador a las EST, queriendo decir esto que son responsables por elaborar los contratos laborales, pagar las acreencias que del vínculo jurídico laboral se deriven, como los pagos correspondientes al sistema de seguridad social (pensión, salud, riesgos laborales), salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, dotación, elementos de protección personal, entre otras obligaciones, cumpliendo estas condiciones con lo establecido en la norma constitucional la cual establece *“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo;”* (...) *“garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario;(...)”*

Con respecto al trabajador en misión, y lo expresado en la Ley 50 de 1990 en los diferentes artículos expuestos en cuanto a su definición, protección y derechos, se puede observar que el artículo 53 de la Carta Política, reafirma de manera clara lo que en su momento se estableciera para estos en la ley ya mencionada, en cuanto a las *“facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles”*; la aplicación del principio *in dubio pro operario*, al establecerse que se propenderá por aplicar la *“situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;”*; permitirle alegar si se están vulnerando derechos laborales al disfrazarse una relación que no es legal al hacer uso de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;”*, por ende, los trabajadores en misión de las EST, son como cualquier otro trabajador que se desempeñe dentro de un vínculo laboral, permitiendo la formalización del empleo, combatiendo la precariedad que otras figuras generan al usurpar la actividad propia de las EST, ya que los “ilegales” no están sujetos a la normatividad laboral vigente, sacrificando el bienestar de los trabajadores por el provecho económico que genera el solo hecho de no estar regulados por la legislación laboral.

En cuanto al artículo 53 de la Carta Política, la Corte Constitucional en sentencia C-171 de 2012, se pronunció así:

“La jurisprudencia de esta Corte ha protegido en innumerables oportunidades el derecho al trabajo en sus distintas modalidades, reiterando la amplia garantía y el reconocimiento que le ofrece el marco de la Carta Política de 1991. En este sentido, ha reconocido que (i) este derecho implica no solo la defensa de los trabajadores dependientes sino de los independientes; (ii) que es un mecanismo no solo para asegurar el mínimo vital, la calidad de vida digna de los trabajadores, sino que constituye un requisito esencial para la concreción de la libertad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad; (iii) que se dirige a proteger tanto los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores particulares –arts. 53 y 54 C.P.-, los trabajadores al servicio del Estado –arts.122 a 125 C.P.-, como también a la empresa y al empresario –art.333-; (iv) que la Constitución protege todas las modalidades de empleo lícito; y (v) que la regulación de las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacerlos efectivos le corresponde al Legislador, quien goza de un amplio margen para ello, dentro del marco y parámetros fijados por la Constitución Política, de manera que en todo caso debe respetar las garantías mínimas y los derechos irrenunciables de los trabajadores. Al proteger las distintas modalidades de trabajo la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una mayor protección constitucional de carácter general al empleo derivado del vínculo laboral tanto con los particulares como con el Estado, protección que se evidencia en numerosas disposiciones superiores, como los artículos 25, 26, 39, 40 num.7, 48 y 49, 53 y 54, 55 y 56, 60, 64, los artículos 122 y 125, y los artículos 215, 334 y 336 de la Carta Política, protección que genera un menor margen de libertad configurativa para el Legislador, en cuanto debe respetar condiciones laborales mínimas, así como la garantía de unas condiciones mínimas del contrato de trabajo con el fin de evitar los posibles abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y de la justicia.”

Si por mandato Constitucional y Jurisprudencial se protegen las garantías irrenunciables a las que todo trabajador tiene derecho, en esa misma vía, la ley previó que se debía garantizar que esos derechos fueran respetados, protegidos y ejecutados. Es por eso que el artículo 53 de la Carta Política, reafirma lo que en su momento expuso la Ley 50 de 1990, permitiendo un marco jurídico congruente, en el que se expusieran los derechos particulares de los trabajadores, dentro del marco de la definición legal que se hiciera en su momento en cuanto a las EST y los trabajadores en misión, permitiendo que la flexibilización del manejo del recurso humano, se ejecutara salvaguardando los derechos de los trabajadores tanto de planta como en misión, ajustándose a lo que Ley 50 de 1990 desde sus inicios pretendía.

Para concluir, es pertinente resaltar que como verdaderos empleadores, las EST, responden por todo lo que se genere con ocasión del contrato de trabajo celebrado, además deberá aplicarse toda la normativa laboral vigente no solo a sus trabajadores de planta sino en misión, permitiendo esta situación la protección del trabajador en su totalidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, permitiendo la generación y formalización de las relaciones laborales.

Como se ha establecido, cada modalidad expuesta tiene su propia naturaleza jurídica, la cual debe ser aplicada de acuerdo al propio mandato legal que rige a cada una; no es apropiado atribuir condiciones inherentes de una a otras modalidades.

Si se tiene claro el espectro en cual se desplaza la economía, todas las modalidades descritas son una respuesta para cubrir las necesidades de las unidades empresariales e instituciones que en virtud de un mercado tan ágil, requieren ofrecer respuestas dinámicas; ya sea mediante la prestación de servicios como resultado final o de medio; por tal razón es menester exponer de manera correcta las herramientas con las que contamos, para evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores al usurparse por parte de esas personas jurídicas o naturales, objetos sociales exclusivos que no les son propios, con el solo fin de lucrarse en desmedro de los derechos laborales de los trabajadores colombianos.

Como se ha observado, cada modalidad de prestación de servicios, ya sean estos de resultado final o de medio tienen su propia normatividad; la problemática que se presenta se centra en un punto esencial, el envío de trabajadores a terceros; por esta razón se debe clarificar, que de acuerdo al artículo 72 de la Ley 50 de 1990, las únicas autorizadas por ley para hacer intermediación laboral, entendida esta actividad como el envío de trabajadores en misión a un tercero (Artículo 2.2.8.1.41, Decreto 1072 de 2015), son las EST, que cumplen con los requisitos que la misma ley establece, ya que únicamente por esta forma de contratación de servicios, el tercero contratante (usuario), podrá determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los trabajadores en misión, ejecutan el servicio contratado y no por ninguna otra figura que no esté autorizada por el Ministerio del Trabajo, ya que la exclusividad de actividad es de las EST.

Lo que se buscó en su momento fue formalizar la flexibilización laboral con aplicación plena de la legislación laboral, buscando un mecanismo que garantizando los derechos del trabajador diera una respuesta efectiva a las exigencias de flexibilización del manejo del recurso humano, en economías dinámicas, altamente competitivas, e internacionalizadas, canalizando esta actividad a través del servicio temporal, buscando, de acuerdo a lo expresado en la exposición de motivos de la Ley que *“con el propósito de que estas cumplan (las EST) la función para la cual fueron creadas, se expide una reglamentación que presenta los casos en que se permite la temporalidad del servicio y los derechos de los trabajadores vinculados en esta forma”*⁹, es decir, se sintetizan los dos aspectos esenciales de esta figura; por un lado, la relación comercial entre la EST y el usuario, y de otro, la relación jurídica laboral con el trabajador con plenas garantías, que corresponde a la EST, al dársele la calidad de verdadero empleador.

⁹ Compilación de la Reforma Laboral, Ministerio de la Protección Social, República de Colombia, Imprenta Nacional, Bogotá D.E., abril de 1991, pág. 152, ponencia 2º debate Senado.

Conclusiones

Desafortunadamente el desconocimiento de la ley y el afán de evadir obligaciones laborales ha favorecido prácticas ilegales para ejercer la tercerización laboral por fuera del régimen laboral, evadiendo y eludiendo obligaciones, no sólo laborales sino tributarias, entre otras, que tienen anarquizado el mundo del trabajo, como ha venido sucediendo con las distintas modalidades descritas de *outsourcing* o tercerización, que desnaturalizan las relaciones laborales y desvirtúan su propia naturaleza jurídica ya que se dedicaron a ejecutar el objeto exclusivo dado por ley a las EST (Artículo 72, ley 50 de 1990), al enviar trabajadores en misión a terceros, circunstancia a todas luces ilegal porque de acuerdo a lo analizado, como prestadores de servicios de resultado final deben actuar con plena autonomía e independencia del tercero que contrate la ejecución de una obra, la producción de un bien o la prestación de un servicio y no como tercerizadores laborales, vulnerando los derechos laborales de los trabajadores.



ACOSET

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE
EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

Cra. 45 Autopista Norte (costado oriental)
No. 103 Ofc. 312 PBX. 6016680
www.acoset.org