

OUTSOURCING Y DERECHO LABORAL EN COLOMBIA

En el actual contexto económico y social, Colombia no está ajena a los procesos de transformación de las relaciones laborales que el modelo económico impone en un mundo globalizado. Lo anterior hace un verdadero llamado al movimiento sindical, a verificar si sus estructuras organizativas o planes de acción están respondiendo a las necesidades de la clase trabajadora inmersa en este contexto y que por necesidad o por proyecto de vida, encuentra en las nuevas formas de vinculación laboral, un espacio para desarrollar sus proyectos de vida.

Con este primer cuadernillo, queremos hacer un aporte al movimiento de trabajadores, con el fin de poner temas de la realidad socio laboral del país sobre la mesa; analizar los impactos que vienen generando los procesos de “modernización” en las formas de contratación laboral y ante todo, describir las apreciaciones que sobre estos temas en particular tiene la Jurisprudencia y la Doctrina.

Iniciamos entonces con el análisis de la figura del OUTSOURCING, término anglosajón que hace referencia a los procesos de externalización o tercerización de los procesos de una unidad productiva, el cual para muchos se ha convertido en un medio sumamente eficiente para reducir el derecho de asociación y negociación colectiva a su mínima expresión, pero para otros, en la única salvación para garantizar la continuidad de sus

unidades productivas y la permanencia de los puestos de trabajo, aun en condiciones distintas.

Es en este orden de ideas, lo que buscamos es ofrecer herramientas jurídicas, que permitan en primera medida, entender de forma genérica dicha figura, y ante todo, dar a conocer algunos de los pormenores jurisprudenciales en materia laboral que han desarrollado las altas cortes.

RESEÑA

El contrato de outsourcing surge como consecuencia de las tendencias mundiales y progresivas de la competitividad, que consiste en la “*transferencia de actividades internas de una empresa a otra externa especialista en el asunto que se delega. Es sinónimo de externalización de funciones o tercerización de procesos*” (Bermúdez, 2005)

EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Contratar con una firma de outsourcing es similar a vincularse con un contratista independiente, pues tal como lo afirma Bermúdez (2005), el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 3.o del Decreto 2351 de 1965 afirma que el segundo:

Agrupación de personas naturales o jurídicas que se obligan, mediante un contrato civil o mercantil, a ejecutar una obra o a prestar un servicio a favor de un contratante o beneficiario, quien también podrá ser una persona natural o jurídica a cambio de un precio, y asumir todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva

Ahora bien, si analizamos el concepto del contrato de outsourcing encontraremos considerables semejanzas que le permiten afirmar la similitud con el contratista independiente, así el primero se define según Suarez (2013) como:

Un concepto jurídico que define un modo o método de operar en las actividades de las empresas que por razones financieras, de calidad o de rendimiento, buscan reducir costos y obtener competitividad y resultados tangibles en los procesos productivos para el cumplimiento eficiente de los objetos sociales de las compañías, a través de la subcontratación con terceros especializados en servicios, cometidos o áreas funcionales, que anteriormente se realizaban dentro de la empresa, de modo que ésta se centra en lo que le es propio, con el propósito de reducir costos y obtener competitividad y resultados tangibles, lo cual, afecta al pliego de intereses y de relaciones en las que se mueve cualquier compañía”

El contratista independiente, que funciona como una empresa de outsourcing tiene autonomía técnica y directiva por lo que tendrá que utilizar sus propios recursos, dentro de los cuales se encuentra el factor humano, por lo tanto las personas que el contratista vincula para cumplir el objeto del contrato serán sus trabajadores, pues frente a ellos ejerce el poder de subordinación.

Por otro lado, el artículo 34 del CST explica que el beneficiario de la obra o contratante será solidariamente responsable por las obligaciones laborales del contratista, siempre y cuando las labores no sean ajenas a las actividades normales de la empresa.

En sentencia del 10 de agosto de 1994, CSJ Sala Laboral M. P.: ERNESTO JIMÉNEZ DÍAZ, la Corporación identificó tres posibles situaciones procesales con respecto al contratista independiente, comparables a la empresa de outsourcing, a saber:

- a) “El trabajador puede demandar sólo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis;
- b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de un litisconsorcio prohijado por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la

obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente, y

- c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente, “existe en forma clara, expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan solo contra el mismo” (Suárez, 2013).

La Sentencia 22 de abril de 2004, CSJ Sala Laboral, M. P.: CARLOS ISAAC NADER expresó con respecto al pago de indemnizaciones moratorias que:

El beneficiario del trabajo puede ser liberado de ésta cuando el contratista incumpla, siempre que demuestre que su conducta omisiva estuvo revestida de buena fe, pues así como le es dable exonerarse de esta sanción al empleador debe serlo para el beneficiario, fundamentado en que el artículo 65 del CST cuando se refiere al patrono no sólo alude al empleador, sino en general al obligado al pago de salario y prestaciones.

Si bien es cierto que en el contrato de outsourcing hay independencia en la ejecución de las labores designadas, pues al contratante no le concierne involucrarse en el manejo del recurso humano del contratista, esto no implica que no deba ser considerado como un verdadero empleador que se rige por las disposiciones del artículo 34 y 35 del CST. En

este sentido *“un sector de los sindicatos se opone a esta forma de contratación, pues la consideran una burla a los derechos laborales, porque con ella se logra vincular a personas para trabajar en una empresa con salarios inferiores a los fijados para sus empleados directos”* (Bermúdez, 2005); la problemática gira entorno a las exigencias que los empleadores pueden hacer a sus empleados, que son las mismas que cualquier trabajador, aunado a la imposibilidad de ejercer el Derecho a Asociación, que implica poderse beneficiar de la negociación colectiva, debido a que el contrato es de naturaleza civil o comercial.

Por todo lo anterior es claro que aunque el contrato de outsourcing aparentemente sea lejano al derecho laboral, no debe haber lugar a que se presenten estipulaciones ajenas a esta rama del derecho, por el contrario debe *“existir claridad que si una empresa contrata una empresa de outsourcing no está realizando nada distinto a contratar con un contratista independiente”* (Bermúdez, 2005)

VICIO EN EL CONSENTIMIENTO Y SIMULACION

Cuando una empresa contrata obras o servicios a través de contratistas independientes, cual es una de las modalidades utilizada por la moderna tendencia de la administración llamada outsourcing, se debe tener en cuenta que hay dos casos diferentes:

1. Cuando la obra o servicio se contrata externamente con personas naturales o jurídicas ajenas a la empresa. En el presente evento, siempre y cuando el contratista

sea realmente autónomo en la realización de su labor, no se presenta el riesgo de estar ante la presencia de un contrato de trabajo encubierto. Sin embargo, si lo que la empresa requiere es la prestación del servicio o ejecución de una labor bajo un estricto control, es decir bajo una relación de dependencia, bajo horarios preestablecidos, con materiales y elementos de trabajo suministrados por la compañía contratante, lo que se configura es un contrato de trabajo, independientemente de la denominación que se le dé.

2. El segundo evento que se puede presentar es cuando una actividad o servicio que se realizaba dentro de la empresa decide contratarse externamente pero con los mismos empleados de la empresa que venían realizando la labor, previa cancelación del contrato de trabajo con éstos. En este punto es preciso un cuidadoso examen para determinar si realmente terminó el contrato de trabajo anterior y si en el “nuevo contrato” se configura o no una relación laboral. Habría que examinar en primer lugar, las circunstancias de la renuncia del empleado.

Si fue libre o si por el contrario, fue el producto de una presión del empleador con el argumento de reducción de nómina y de ser el único mecanismo para mantener trabajo con él. Si la renuncia se dio bajo este tipo de circunstancias, podría alegarse falta de validez por vicio en el consentimiento y por ende no tendría la virtualidad de terminar la relación laboral; en este caso le corresponde demostrar el vicio a quien lo alega. Adicionalmente, el nuevo contrato también sería cuestionado.

Si los contratistas son los mismos ex-empleados, la labor se presta en las mismas dependencias, con materiales y elementos de la empresa, y con un buen nivel de control, aunque se haya constituido una persona jurídica, un examen de un juez de trabajo podría llevar a la declaración de la existencia de una relación laboral.

En un examen de la figura de la simulación desde el punto de vista laboral, se observa que esta opera a través del principio de la primacía de la realidad, la cual, como ya se explicó, hace prevalecer lo realmente acaecido en una relación jurídica sobre los pactos y acuerdos.

Elaborado por:

OCTAVIO RUBIO

Abogado

SUSANA ZAMBRANO

Asistente Jurídica y Apoyo Investigativo

BIBLIOGRAFIA

- ❖ Bermúdez, K. (2005). *Portal Universidad Externado*. Recuperado el 10 de marzo de 2016, de <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/derechoLaboral/DiscursoLab2.pdf>
- ❖ Suárez, M. N. (2013). *Repositorio CUC*. Recuperado el 9 de Marzo de 2016, de <http://repositorio.cuc.edu.co/xmlui/bitstream/handle/11323/60/30562647.pdf?sequence=1>