

UN NUEVO CONTEXTO PARA LA TERCERIZACIÓN

Diego F. Leal Vega¹ y Maria X. Phillips Bernal²

ABSTRACT

Este documento contiene una revisión normativa de la tercerización en Colombia. Brinda nociones básicas de los mecanismos utilizados para ello, evidenciando que los compromisos internacionales asumidos por Colombia y un inadecuado control por parte de las autoridades del trabajo, han generado regulaciones contradictorias y diversos criterios de aplicación del concepto de tercerización. Posteriormente se efectúa un análisis de las acciones implementadas por el Ministerio del Trabajo para garantizar la aplicación de las normas existentes y así entender el enfoque de sus mecanismos de control. Por otra parte, se exponen los aspectos considerados por algunos empleadores importantes del país al momento de llevar procesos de tercerización. El cruce de esta información expone falencias en el entendimiento de cada parte sobre el correcto proceder al tercerizar, la ambigüedad generada por reglamentaciones recientes y la falta de eficiencia de los mecanismos de control reactivos. A partir del análisis de este contexto y enmarcado en la autorregulación sustentada en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, se propone un proceso de tercerización humana sostenible a través de la implementación de buenas prácticas, garantizando cadenas de suministro limpias y condiciones de trabajo decente para trabajadores de terceros, manteniendo eficiencia y competitividad empresarial.

Palabras claves: tercerización, subcontratación abusiva, competitividad, tercerización humana sostenible, trabajo decente, cadena de suministro

This document contains a revision of the legal frame for outsourcing in Colombia. It provides basic notions of the mechanisms used, showing that the international commitments assumed by Colombia and an inadequate control by the labor authorities, has generated contradictory regulations, and diverse criteria for several outsourcing application models. An analysis of the actions implemented by the Ministry of Labor to guarantee the application of the regulations is carried out, allowing to understand the focus of the control mechanisms. On the other hand, the aspects considered by major employers in Colombia when outsourcing are presented. The cross-reference of this information exposes the weaknesses of each party in the understanding of adequate outsourcing procedures, the ambiguity generated by the latest regulations, and the lack of efficiency of the reactive control mechanisms. Based on this analysis and framed in autoregulation supported on the Guiding Principles on Business and Human Rights, a sustainable human outsourcing process is proposed with the implementation of good practices, guaranteeing clean supply chains and decent labor conditions for third party workers, ensuring efficiency and business competitiveness.

¹ Abogado colombiano especialista en derecho laboral de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Magíster en dirección de empresas (MBA) del INALDE, Asesor especializado de empresas en temas de derecho laboral individual y tercerización. Líder de la Unidad de Conocimiento de la firma López & Asociados. Docente universitario en pregrado. Correo: leald@javeriana.edu.co. ORCID No 0000-0001-5691-853X.

² Abogada colombiana especialista en derecho laboral de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, con más de 14 años de experiencia en derecho laboral individual y colectivo, procesal laboral y auditorías y *due diligence*. Actualmente abogada laboral para General Motors en Colombia y Perú. Docente universitario en pregrado y posgrado. Correo: mx.phillipsb@javeriana.edu.co. ORCID No 0000-0003-3920-0571.

Keywords. Outsourcing, abusive subcontracting, competitiveness, human sustainable outsourcing, decent work, supply chain

INTRODUCCIÓN

En el marco del modelo globalizado, las empresas han tenido que cumplir ciertos estándares que les permitan subsistir en un mundo competitivo. Para ello no solo deben contar con la capacidad de impactar positivamente en el mercado objetivo, ofreciendo productos o servicios cuya calidad y precio sean valorados y adquiridos de manera satisfactoria por parte del consumidor, sino que además deben procurar una eficiencia económica en la que internamente la empresa pueda obtener una adecuada utilización de los recursos a fin de maximizar la producción de bienes y servicios y generar una mayor rentabilidad. Este escenario ha generado que los empresarios hayan decidido concentrar sus esfuerzos en determinadas actividades de su negocio, buscando a través de la tercerización³ alternativas para tener una mayor productividad, alcanzar mejores estándares de eficiencia o minimizar los costos de su operación.

Desde hace tiempo la legislación laboral ha creado y promovido figuras que permiten llegar a ese cometido, tales como los contratistas independientes en todas sus modalidades societarias, los contratos sindicales, las empresas de servicios temporales, las agencias de intermediación y colocación de empleo y/o las cooperativas de trabajo asociado, regulando de base el alcance de cada figura, el objeto de estas y las obligaciones y derechos que comportan para cada una de las partes, limitando en algunos casos ciertas actividades a una de estas formas de tercerización.

Estos esquemas, aun cuando jurídicamente válidos, han sido cuestionados en primera instancia por un entendimiento errado de que per se, se constituyen como mecanismos de vulneración de derechos, y en segunda instancia por la existencia de una mala utilización de las figuras, lo que ha implicado la necesidad de emitir nueva normatividad que, en vez de solucionar el problema, ha generado mayor confusión, dejando una percepción de ilegalidad e inconveniencia general de la tercerización; en especial cuando dichas normas fueron expedidas en el marco de compromisos internacionales tanto para la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos como de las recomendaciones dadas por este país ante la admisibilidad de las quejas presentadas por los partidos políticos de Estados Unidos y las propias agremiaciones laborales activistas y sindicales, sin que a la fecha se hayan cumplido con las expectativas de todos los actores que han intervenido en estos asuntos.

En efecto, aunque se ha fortalecido la investigación, vigilancia y control por parte del Ministerio del Trabajo, las sanciones impuestas en su gran mayoría se han dado ante el incumplimiento de los parámetros de intermediación laboral y solo en pocos casos ante una indebida tercerización sin

³ Para efectos de nuestro estudio definimos la tercerización como la contratación de terceros por parte de un beneficiario o contratante para la ejecución de una obra, la prestación de un servicio especializado, el suministro de mano de obra o para facilitar la contratación de fuerza de trabajo, sin que medie un vínculo laboral entre quien presta el servicio y quien se beneficia del mismo, de forma tal que el beneficiario en el desarrollo de sus procesos productivos o de servicios cuente con alternativas para obtener una mayor productividad, alcanzar mejores estándares de eficiencia o minimizar los costos de operación.

lograr evidenciar la violación de los derechos laborales de los trabajadores del tercero. En este contexto de sanciones y de falta de claridad, los empresarios han recurrido a tercerizar servicios asumiendo el riesgo que ello conlleva, pero a la vez implementando una serie buenas prácticas que les permitan minimizar estos riesgos, procurando condiciones laborales y de seguridad de estos trabajadores. Por su parte, frente a esta situación, el gobierno y agentes de Estados Unidos han mantenido su posición de que se han incumplido los compromisos adquiridos en materia laboral en el marco de la entrada en vigencia del TLC, lo cual ha desacreditado el actuar del Gobierno de Colombia en materia de subcontratación abusiva⁴, imponiendo nuevas cargas de investigación y sanción en diferentes sectores, pero especialmente en aquellos que se han sido priorizados (puertos, minas, flores, palma y azúcar).

En este contexto, esta investigación nace en primera medida del interés de reivindicar la tercerización como mecanismo para lograr la competitividad empresarial, de la necesidad de buscar alternativas que den claridad a la situación normativa actual que se mueve entre un panorama de confusión y contradicción; y de la importancia de resaltar la existencia de medidas que se puedan implementar, en el marco de la debida diligencia y de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, como alternativa para que no solo se cuente con normas que impongan consecuencias jurídicas reactivas ante el incumplimiento de los requisitos de utilización de las figuras de tercerización, sino que los contratantes se auto regulen y adopten medidas que garanticen condiciones dignas y de trabajo decente⁵, sin importar si se trata de trabajadores directos o de terceros, ya que consideramos que la verdadera eficiencia en un escenario competitivo está en la implementación de unas buenas prácticas enfocadas a lograr una tercerización humana sostenible.⁶

De ahí que, en esta investigación, al comparar la posición del Ministerio con la posición de los empresarios, pretendemos responder el siguiente interrogante: ¿Cuáles deberían ser las buenas prácticas para una tercerización humana sostenible en el marco de un escenario competitivo?

Para responder dicha cuestión, en el presente artículo utilizaremos una metodología mixta, tomando por un lado los métodos clásicos de análisis del derecho y de las ciencias sociales y

⁴ Conforme a lo dispuesto en el informe público del examen de la comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia) Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América. Oficina de Asuntos Comerciales y Laborales. Dirección de Asuntos Laborales Internacionales. Departamento de Trabajo de los EE.UU. 11 de enero de 2017, se entiende como subcontratación abusiva el uso de los vehículos contratantes para suprimir ilegalmente los derechos a la libertad de asociación y negociación colectiva o para mantener relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas.

⁵ Entendida por la OIT (ver <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>) como la oportunidad de las personas de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.

⁶ Para efectos de esta investigación hemos desarrollado el concepto de tercerización humana sostenible como la alternativa que tiene el contratante de vincular terceros a la cadena productiva con miras a garantizar la sostenibilidad y la competitividad de la operación, siempre asegurando el respeto de los derechos no solo de los trabajadores vinculados directamente sino también de aquellos vinculados por el contratista, velando para que este, además de cumplir a cabalidad con los servicios ofrecidos, gestione a sus trabajadores, afiliados o asociados dándoles un lugar digno y privilegiado dentro de sus dinámicas organizacionales, haciéndose responsable del respeto de las garantías mínimas laborales y en materia de seguridad exigidas por el marco normativo vigente.

aplicaremos el método cuantitativo con miras a recolectar los datos requeridos para llegar a la conclusión propuesta. En este sentido, analizaremos las normas que han regulado de una u otra forma la tercerización, revisaremos las estadísticas del Ministerio del Trabajo en materia de inspección, vigilancia y control frente a la tercerización, así como las estadísticas presentadas por este Ministerio ante la OTLA (Office of the United States Trade Representative Executive Office of the President, 2012) con miras a determinar qué conductas son sancionadas por esta entidad, y poder establecer el entendimiento que le están dando a las normas de tercerización y si verdaderamente se está cumpliendo el objetivo pretendido con las mismas o si solamente se está buscando cumplir con los compromisos internacionales que el Gobierno nacional adquirió con el Gobierno norteamericano en el marco del Tratado de Libre Comercio.

De igual forma, realizaremos un *snowball sampling* (Statics How To, 2019) que nos permitirá recopilar información en torno a cómo están utilizando la tercerización las empresas de cara a lograr una operación competitiva y sostenible, cuáles son los beneficios que se evidencian al momento de tercerizar, qué porcentaje del proceso productivo están tercerizando en su operación y conforme a ello qué actividades están comprendidas dentro de esta tercerización, qué medidas han tomado para garantizar el cumplimiento de las normas laborales en su cadena de suministro⁷ y las sanciones que el Ministerio del Trabajo les han impuesto en el marco de la tercerización. Estas encuestas se aplicarán a un grupo de empresas que hacen parte de la Mesa Empresarial⁸ conformada por 50 de las más grandes empresas del país, lo cual si bien no es una muestra significativa (considerando el número de empresas que hay en Colombia) y puede contener un sesgo derivado de la voluntariedad de la participación, si se constituye en una muestra relevante, considerando que se trata de empresas reconocidas⁹, pertenecientes a diferentes sectores que impulsan la economía colombiana y que son un referente en los modelos de buenas prácticas empresariales.

Con este análisis pretendemos concluir: i) que la tercerización es necesaria en los modelos globales actuales dado que permite generar productividad, especialización y sobre todo competitividad en la operación de las empresas; ii) que las normas que existían antes de la expedición de la Ley 1429 de 2010 eran lo suficientemente claras para abordar el alcance de cada uno de los modelos de tercerización y que en ese sentido, las que se expidieron con posterioridad a ello, no solo generaron contradicción y confusión sino que tampoco cumplieron con los objetivos propuestos; y iii) que las consecuencias impuestas por las normas vigentes no logran materializar los derechos de los trabajadores dado que están redactadas en términos reactivos que aplican consecuencias ante eventuales incumplimientos más no establecen obligaciones que impliquen una prevención de los riesgos de tercerización indebida.

⁷ Entendida como el conjunto de actividades, instalaciones y medios de distribución necesarios para llevar a cabo el proceso de venta de un producto, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. Esto es, desde la concepción, la búsqueda de materias primas, su posterior transformación hasta la fabricación, distribución y entrega al contratante o consumidor final).

⁸ La Mesa Empresarial nació en el año 2017 de la integración de un grupo de empresas como parte de una iniciativa para contrarrestar las propuestas realizadas por el Gobierno nacional en aplicación del acuerdo de paz. Su objetivo ha sido generar un espacio de discusión y de presentación de propuestas que permitan a los empresarios ser más competitivos, intercambiar buenas prácticas y participar de discusiones normativas ya sea a través de agremiaciones o de manera directa ante el Congreso o la rama ejecutiva.

⁹ Celsia, Alquería, LATAM, Ocesa, Copa Air, Sodimac, Corona, Alpina, Grupo Enel, Claro y Telefónica.

Finalmente proponemos que en aras de lograr una tercerización sostenible y humana se debe: i) derogar la Ley 1429 de 2010 así como la normatividad que surge a partir de ella a través de una ley en la que se establezca: que la legalidad de la tercerización en todas sus formas, reiterando que solo las instituciones autorizadas por el Ministerio del Trabajo podrán realizar actividades de intermediación laboral; que la responsabilidad solidaria por parte de los contratantes debe existir en todos los mecanismos de tercerización; que el uso de la tercerización se debe realizar en pro de la eficiencia productiva y no de la generación de condiciones de desigualdad, o para la violación de los derechos de asociación o negociación colectiva; y que todos los trabajadores, asociados o afiliados que se encuentren vinculados a través de algún mecanismo de tercerización deben gozar de los derechos laborales y de seguridad social mínimos; ii) buscar que el Ministerio del Trabajo ejerza su función preventiva, analizando los diferentes sectores económicos y efectuando recomendaciones conforme a sus necesidades en el marco de la ley; y iii) generar un modelo de auto regulación por parte de los empresarios sustentado en una serie de prácticas con las que no solo se minimicen las eventuales contingencias derivadas de procesos de tercerización sino que de manera especial se promuevan cadenas de suministro limpias en las que se fomenten condiciones de trabajo dignas y humanas.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: Contexto de la tercerización en Colombia

El concepto de tercerización como tal no ha sido definido de manera expresa en el ordenamiento laboral colombiano, a pesar de que el Código Sustantivo del Trabajo desde sus inicios ha previsto figuras que permiten la contratación de terceros para la ejecución de una obra, la prestación de un servicio especializado, el suministro de mano de obra o facilitar la contratación de fuerza de trabajo, sin que medie un vínculo laboral entre quien presta el servicio y quien se beneficia del mismo.

Ejemplo de ello se evidencia en los artículos 34 y 482 del CST en los que se previó que tanto el contratista independiente como la organización sindical están facultados para ser contratados para la prestación de servicios especializados o para la ejecución de una obra. En el primero de los casos el contratista presta sus servicios al contratante a través de un vínculo de naturaleza civil o comercial, el cual ejecuta con plena autonomía e independencia, utilizando sus propios medios y asumiendo todos los riesgos derivados de la operación. En el segundo de los casos, la organización sindical presta sus servicios en virtud de un contrato sindical de naturaleza colectiva laboral, suscrito con la empresa contratante. Si bien las obras ejecutadas o los servicios prestados por el sindicato también deben ejecutarse con autonomía administrativa e independencia financiera, tal como sucede con el contratista independiente, en este caso la actividad tercerizada se realiza en ejercicio de la libertad sindical, sin ánimo de lucro, y a través de los afiliados a la organización sindical con quienes no existe un vínculo laboral.

Con relación al contratista independiente es necesario resaltar que dicha figura desde su concepción nunca se ha equiparado a la de aquellos terceros que realizan intermediación, así lo manifestó expresamente el artículo 34 del CST al establecer que los contratistas independientes son verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, con quienes se contrata la ejecución de una obra o la prestación de servicios por un precio determinado.

Al respecto es necesario realizar dos precisiones. La primera, guarda relación con el hecho de que las normas laborales colombianas, desde sus inicios han diferenciado la intermediación laboral de la prestación de servicios autónomos e independientes, estableciendo además que cada uno de estos servicios debe ser prestado por figuras totalmente diferentes entre sí y ello es lo que justifica que cada vínculo o mecanismo deba usarse conforme a sus requisitos y finalidades. La segunda de ellas implica que aun cuando el contratista independiente es un verdadero empleador, ello no exime al contratante de su responsabilidad frente a las obligaciones laborales en materia de salarios, prestaciones e indemnizaciones que pueda llegar a deber este contratista o sus subcontratistas, en aquellos casos en que lo que se tercerice no sean actividades extrañas o sean actividades normales de su empresa o negocio, lo que se constituye como una responsabilidad solidaria.

El Código Sustantivo también previó en su artículo 35 la figura del simple intermediario, como aquel facilitador que se encarga de contratar trabajadores en beneficio de un empleador. En este caso, la existencia del vínculo laboral es con el beneficiario de los servicios que presta el simple intermediario quien deberá declarar la calidad con la que actúa, de lo contrario, implicará que exista responsabilidad solidaria entre quien lo vinculó y quien es el verdadero empleador.

Con la expedición de la Ley 50 de 1990 se creó la posibilidad de contratar a un tercero para el suministro de personal, estableciéndose así el criterio de la intermediación laboral, en el cual una persona natural o jurídica autorizada por el Ministerio del Trabajo, intermedia empleos de manera gratuita u onerosa, tal como lo establecieron los artículos 95 y 96 de la mencionada ley. La persona jurídica que el Ministerio autorizó para prestar este servicio de manera exclusiva fue la empresa de servicios temporales, quien solo podrá hacerlo en casos específicos y taxativos, a saber: para atender incrementos en las ventas, en la producción o en la prestación de servicios por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más; para reemplazar personal en vacaciones, incapacidades o en licencias; y/o para llevar a cabo actividades ocasionales, accidentales o transitorias que no acostumbra a realizar la empresa usuaria siempre que no se superen los 30 días. La prestación del servicio por fuera de las condiciones establecidas anteriormente desnaturaliza la figura y acarreará sanciones tanto para la empresa usuaria como para la misma empresa de servicios temporales, sin que esto se constituya en una intermediación ilegal como lo desarrollaremos más adelante.

En 2006 con el Decreto 4588 se reglamentaron las cooperativas de trabajo asociado, en desarrollo de la Ley 79 de 1988¹⁰, creando así otra nueva modalidad de prestación de servicios o de ejecución de obras por un tercero, que opera bajo un modelo de autogestión en el que se fijan sus propias reglas, lejos del control y sin que medie para la prestación de este servicio o la elaboración de la obra una relación laboral entre la cooperativa y sus afiliados que son quienes ejecutan el objeto contratado. Para poder llevar a cabo contratos con terceros, la labor ejecutada por la cooperativa debe corresponder a la ejecución de un proceso total, o incluso a procesos parciales o subprocesos que atiendan a las diferentes etapas de la cadena productiva, pero siempre bajo la condición de que se llegue a un resultado final. Esta figura se asemeja a la del contratista independiente en cuanto a la autonomía que tiene para el desarrollo de su objeto, la asunción de los riesgos que se derivan de la operación, el uso de sus propias herramientas para la prestación del servicio, y la experticia que demuestra en el desarrollo de este. Sin embargo, se diferencia del contratista en la medida en que, para su constitución, la cooperativa asocia a personas con conocimientos específicos quienes entrarán a aportar su trabajo, sin que medie entre ellas una relación laboral.

No obstante lo anterior, algunos empresarios encontraron en las cooperativas de trabajo asociado una alternativa para obtener mano de obra a un bajo costo, desnaturalizando el uso para el cual se había creado la figura. Algunas empresas migraron áreas de trabajo al modelo cooperativo convirtiendo, de la noche a la mañana, a trabajadores directos en asociados, de igual forma, otras empresas contrataron cooperativas para el suministro de personal, lo que conllevó a que se hiciera necesario poner límites a los abusos que se estaban cometiendo de cara a las garantías de los asociados.

Bajo este contexto de uso abusivo del sector cooperativo, y en medio de las negociaciones y firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, el Gobierno colombiano expidió la Ley 1233 de 2008 por medio de la cual se establecieron unas cargas adicionales para las cooperativas, tendientes a brindar garantías laborales en favor de sus asociados. Fue así como esta ley estableció que las compensaciones mensuales que recibían los asociados no podían ser inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente en proporción a la labor desempeñada, y que

¹⁰ Esta ley fijó un marco para el desarrollo del sector cooperativo.

las cooperativas tenían la obligación de afiliar, asumir y pagar los aportes parafiscales y de seguridad social por sus asociados.

En ese mismo sentido, la Ley 1233 de 2008 dispuso que las cooperativas no podían “actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión”¹¹, lo cual, en nuestro sentir, no se constituye en una novedad legal ni en una limitación adicional a lo ya establecido, en la medida en que desde la expedición de la Ley 50 de 1990 se determinó en la normatividad laboral una restricción a las actividades de intermediación de personal, pues estas solamente pueden ser ejecutadas por las entidades autorizadas para tales efectos por el Ministerio del Trabajo.

Para el Gobierno nacional no resultó suficiente la regulación desarrollada por la Ley 1233 de 2008 ni las existentes hasta la fecha, las cuales, como ya lo expusimos, regulaban de manera extendida cada uno de los mecanismos de tercerización, por lo que, en el año 2010 fue expedida la Ley 1429, cuya finalidad fue la formalización y promoción de empleo a través de la generación de incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas, de tal manera que aumentaran los beneficios y disminuyeran los costos de formalizarse. Fue así, como dentro del capítulo referente al sistema nacional de información sobre la demanda de empleo se incluyó el artículo 63, el cual estableció que el personal requerido por las empresas para el desarrollo de sus actividades misionales permanentes no podía ser vinculado a través de las cooperativas de trabajo asociado que hicieran intermediación laboral.

Es claro que el mencionado artículo no guardó relación alguna con el objeto de la ley y que dicha prohibición se encontraba claramente establecida de tiempo atrás dado que, como ya lo mencionamos, la intermediación de personal estaba exclusivamente destinada para aquellas empresas autorizadas para ello, esto es las empresas de servicios temporales. Como si esto no fuera suficiente, complementó la norma en mención que no puede vincularse personal a través de ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. Frente a este punto, es importante aclarar que la norma tampoco implicó ninguna novedad normativa en la medida en que se refiere a contratación de personal, a sabiendas de que mediante las otras modalidades contractuales no se contrata personal sino la ejecución de obras o la prestación de servicios. A pesar de ello, esta norma ha sido la que ha servido de fundamento para que se sancione a las empresas que tercerizan la prestación de servicios o la ejecución de obras frente a actividades misionales permanentes, concepto no era claro y que solo se definió un año después.

En nuestro criterio la expedición de estas dos normas, así como de algunas posteriores, tiene su origen principalmente en los compromisos internacionales que adquirió Colombia con Estados Unidos en virtud de la firma del Tratado de Libre Comercio, el cual, aunque se suscribió en noviembre 22 de 2006, no entró en vigencia en dicha fecha puesto que existían serias inconformidades por parte del Gobierno de Estados Unidos en el proceder del Gobierno de Colombia, especialmente en lo que tiene que ver con asuntos de índole laboral, lo que requirió que se adelantarán diferentes acciones que terminaron en compromisos por parte del Gobierno colombiano para erradicar las violaciones de derechos que hasta la fecha se estaban evidenciando.

¹¹ Numeral 1 del artículo 7° de la Ley 1233 de 2008.

La primera aproximación para la entrada en vigencia del Tratado se realizó a través de la suscripción del Plan de Acción Laboral (conocido como PAL) entre los gobiernos Obama – Santos el 7 de abril de 2011, en el cual Colombia ratificó su compromiso de proteger los derechos laborales internacionalmente reconocidos, prevenir la violencia contra sindicalistas y castigar a los autores de estos actos violentos.

Bajo el Plan de Acción Laboral, el Gobierno colombiano asumió los siguientes compromisos: i) restablecer un Ministerio del Trabajo que realmente ejerza una función de inspección, vigilancia y control, para lo cual se generó el compromiso de contratar nuevos inspectores que fueran formados para tales fines; ii) reformar el Código Penal estableciendo sanciones penales para los empleadores que socavan el derecho a organizarse y negociar colectivamente; iii) implementar un régimen tendiente a evitar el uso de las empresas de servicios temporales como mecanismo para violar los derechos laborales; iv) generar mecanismos tendientes a sancionar la utilización de pactos colectivos como mecanismos para atentar contra el derecho de negociación colectiva a través de la concesión de mayores beneficios para los trabajadores no sindicalizados; v) promover una definición, conforme a diferentes herramientas existentes, de lo que se entiende por servicio público esencial; vi) solicitar cooperación, asesoría y asistencia técnica de la OIT con miras a garantizar el cumplimiento de los derechos laborales; vii) implementar planes de protección para los activistas, formadores y defensores de las actividades sindicales y líderes sindicales, destinando recursos adicionales para tales fines; viii) asignar nuevos investigadores de policía judicial para que adelanten las investigaciones relacionadas con los atentados contra los derechos de los activistas y líderes sindicales; ix) promover una reforma al Código Penal Colombiano para fortalecer las penas por atentados contra estos grupos de personas; x) contratar 100 inspectores de los cuales 50 se encargarían de investigar los casos relacionados con la utilización de cooperativas especialmente en los sectores priorizados; y xi) emitir una reglamentación tendiente a definir qué se entiende por intermediación ilegal y actividad misional permanente, así como velar para que en los casos en que se determine que existe violación de los derechos por la utilización indebida de estos mecanismos se promuevan los acuerdos de formalización del empleo o, en su defecto, se fortalezca la escala de multas en los eventos en que se determine que las cooperativas no son autónomas.

Dando cumplimiento a este último compromiso el Gobierno de Colombia elaboró y promulgó el Decreto 2025 de 2011 que reglamentó las Leyes 1233 de 2008 y 1429 de 2010, y en el cual: i) se aclaró que la intermediación laboral solo le está permitida a las empresas de servicios temporales y que como tal las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado no están autorizadas a realizarla; ii) se estableció que por actividad misional permanente se entiende aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa y se determinó que las empresas privadas o públicas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con cooperativas y precooperativas de trabajo asociado; iii) se decretó que en el evento en que las cooperativas intermedien personal podrán verse expuestas tanto ellas como el intermediario del servicio a una multa de hasta 5000 SMLMV y que la cooperativa estará incurso en causal de disolución y liquidación, sin perjuicio de las consecuencias judiciales por la declaratoria de un eventual contrato realidad y; iv) se determinó la procedencia de la suscripción de acuerdos de formalización como alternativa ante el incumplimiento, el cual genera que se suspenda el proceso administrativo sancionatorio.

Considerando el compromiso mostrado por el Gobierno de Colombia, el 15 de mayo de 2012 finalmente entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, el cual se materializó a través de la suscripción del CTPA por sus siglas en inglés (*United States – Colombia Trade Promotional Agreement*), acuerdo que entre sus diferentes capítulos incluyó uno laboral, a través del cual las partes reafirmaron sus obligaciones como miembros de la OIT y se comprometieron a generar reglamentaciones que: i) fortalezcan la inspección, vigilancia y control; ii) creen mecanismos enfocados al respeto de los derechos laborales y a establecer un verdadero trabajo decente en el que se eliminen todas las formas de trabajo forzoso e infantil, así como la discriminación en todas sus formas en el empleo; iii) garanticen efectivamente los derechos de asociación y negociación colectiva y a la vez; iv) determinen la creación de los puntos de contacto para el tratamiento de las vulneraciones evidenciadas a los derechos laborales.

Con posterioridad a ello, y considerando incluso la queja presentada por la AFL-CIO (Federación de Sindicatos de Estados Unidos) en el año 2012 en la cual se evidenció la falta de cumplimiento al PAL, el Gobierno colombiano emitió nueva normatividad para seguir desarrollando el tema que nos ocupa.

A través del Decreto 2798 de 2013 se hizo un nuevo esfuerzo por reglamentar la Ley 1429 de 2010 con miras a precisar las modalidades a las cuales hacía referencia el artículo 63 de la mencionada ley, hacer eficaz la función de inspección, vigilancia y control del Ministerio del Trabajo, y preservar la vigencia de las normas consagradas en el Decreto 2025 de 2011. Para tales efectos en el mismo: i) se reiteró que el uso de sociedades, asociaciones, corporaciones, fundaciones y la contratación de servicios de colaboración o manejo de recurso humano, empresas de servicios temporales, compañías de servicios de colaboración, o personas naturales, no podrá implicar en ningún caso el desconocimiento o violación de derechos laborales constitucionales, legales y extralegales, de carácter individual o los colectivos de asociación sindical, negociación y huelga; ii) se validó la tercerización como una forma de prestación de servicios reiterando la aplicación de la solidaridad y de la unidad de empresa como mecanismos para proteger los derechos de esos terceros y; iii) se reiteró la obligación de los inspectores laborales de iniciar las investigaciones a que haya lugar cuando se llegue a evidenciar la vulneración de derechos imponiendo multas de hasta de cinco mil (5.000) SMLMV. Este decreto fue derogado integralmente por el Decreto 1025 de 2014 para someter la nueva norma a revisión de la Subcomisión de Formalización y a la Plenaria de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, lo cual nunca sucedió.

Posteriormente, el 08 de abril de 2016 el Gobierno nacional expidió el Decreto 583 con el fin de hacer más eficientes e integrales los procesos administrativos sancionatorios sobre tercerización ilegal, reglamentando así el artículo 63 de la Ley 1429 frente a otras formas de vinculación diferentes a las Cooperativas de Trabajo Asociado, sobre las que ya se había hecho la reglamentación correspondiente a través de Decreto 2025 de 2011. Para cumplir con los objetivos propuestos, el Decreto 583: i) estableció una serie de definiciones, la mayoría ya contenidas en la normatividad vigente (contratista independiente, simple intermediario, trabajador en misión, actividad misional permanente) e incluyó la definición de tercerización laboral¹² y; ii) fijó una

¹² El artículo 1° del Decreto 583 de 2016 que adicionó el capítulo 2 al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015 estableció en el numeral 6° del artículo 2.2.3.2.1. que se entiende como tercerización laboral los procesos

serie de elementos indicativos de la tercerización ilegal como referente para la aplicación de sanciones por parte de los inspectores de trabajo, las cuales podrían ser de hasta cinco mil (5.000) SMLMV, reiterando la posibilidad de suscribir acuerdos de formalización laboral en los términos de la Ley 1610 de 2013.

De manera paralela a la expedición de estas normas reglamentarias, y a pesar de las medidas adoptadas por el Gobierno colombiano, en el año 2016 se presentó una queja ante la Oficina de Asuntos Comerciales y Laborales (OTLA) por parte de la Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO), la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), la Corporación Colombiana para la Justicia y el Trabajo (COLJUSTICIA), el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria (SINTRAINAGRO) y la Unión Sindical Obrera (USO), en la que se alegaron violaciones al capítulo laboral de CTPA ya mencionado, y en el que se determinó que el Gobierno colombiano falló en el esfuerzo de garantizar de manera efectiva los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva, y en dar cumplimiento al procedimiento de garantías laborales establecidas en el capítulo laboral.

En la queja en mención, respecto del tema de tercerización, se alegó: i) que las reformas se concentraron principalmente en la intermediación laboral a través de cooperativas de trabajo asociado, dejando a un lado regulaciones referentes a otros mecanismos alternos de contratación; ii) que si bien ha habido una marcada disminución en la creación y uso de cooperativas, estas simplemente fueron sustituidas por otras formas de empleo indirecto, como los contratos sindicales¹³ y las sociedades por acciones simplificadas¹⁴; iii) que a pesar de que se emitieron nuevas reglamentaciones, las mismas no fueron efectivas; iv) que el Decreto 036 de 2016 impuso determinados límites al uso de contratos sindicales, pero no prohibió explícitamente su uso en la intermediación laboral de actividades misionales permanentes y tampoco eliminó la práctica engañosa del Gobierno de incluir los contratos sindicales en las estadísticas de negociación colectiva; v) que el Decreto 583 no contempló para los demás mecanismos de tercerización la aplicación de medidas rigurosas como las que rigen para las cooperativas, y por el contrario les permitió expresamente la subcontratación de actividades permanentes, siempre y cuando no se infrinjan los derechos constitucionales, legales ni laborales.

Los alegatos de la queja se soportaron en incumplimientos evidenciados en algunos casos hito como el de Pacific Rubiales, donde según ellos se usaron contratos sindicales como mecanismos para vulnerar derechos de asociación sindical y negociación colectiva sin que existiera una

que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

¹³ El doctor Enrique Borda, Viceministro de Relaciones Laborales, Inspección y Gestión Territorial entre 2014 y 2016, en la clase de Panorama en Materia Laboral y Sindical en Colombia y Latinoamérica de la Maestría de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana, explica que según cifras del Ministerio del Trabajo en el año 2010 habían 2.117 cooperativas de trabajo asociado y tan solo 50 contratos sindicales, mientras que para el año 2015 solo quedaban 277 cooperativas y los contratos sindicales habían ascendido a 2.032, cifras que respaldan los argumentos presentados en la queja presentada ante la OTLA.

¹⁴ En virtud de la expedición de la Ley 1258 de 2008 muchas Cooperativas de Trabajo Asociado se convirtieron en Sociedades por Acciones Simplificadas dada la facilidad que brindaba dicha ley para su constitución. Es necesario precisar que el cambio de un modelo cooperativo a un modelo societario no evitó que la subcontratación abusiva se predicara de ambas figuras debido a que en ambos casos concurrían las mismas situaciones de suministro de personal y de falta de autonomía e independencia.

verdadera sanción por parte del Ministerio del Trabajo; el del Ingenio La Cabaña, donde presuntamente se usaron sociedades por acciones simplificadas para intermediar personal en desarrollo de actividades misionales permanentes, desconociendo los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva de los trabajadores que se encargaban del corte de caña, sin que se impusiera multa alguna por parte del Ministerio a pesar de las vulneraciones evidenciadas; y el de Oleaginosas Las Brisas donde se utilizaron cooperativas de trabajo asociado para el suministro de personal en el cual se impuso la multa más grande que se ha tenido en el país por concepto de intermediación laboral ilegal, que ascendió a la suma de \$11.702 millones de pesos, de los cuales \$9.435 millones se impusieron a cinco cooperativas de trabajo asociado y a una empresa de servicios temporales que interactuaron en la prestación de esos servicios en Puerto Wilches, correspondiéndole a la empresa en particular una multa por valor de \$2.226 millones de pesos.

La queja formulada fue admitida por la OTLA el 15 de julio de 2016, quien rindió el informe correspondiente el 11 de enero de 2017 en el que determinó: i) que aunque el Ministerio del Trabajo ha fortalecido su capacidad de inspección, vigilancia y control, aún se evidencian deficiencias en las investigaciones en el sector rural, en la imposición de las multas y en el cobro de las mismas; y ii) que en materia de subcontratación laboral se observó que aunque se disminuyó la contratación con cooperativas de trabajo asociado se utilizaron otras figuras (contratos sindicales y SAS) para hacer intermediación de personal, frente a lo cual se solicitó que se procediera a tomar las medidas tendientes a atacar esa situación.

En el marco del informe emitido por la OTLA se recomendó al Gobierno colombiano que procediera a: i) mejorar el sistema de inspección, vigilancia y control de la aplicación de la ley laboral, a través de la capacitación para que los inspectores ejerzan sus funciones en el marco de la ley, la introducción de un sistema electrónico de seguimiento de casos y de medidas preventivas de inspección (especialmente en los sectores priorizados), y la asignación de recursos necesarios para adelantar estas gestiones; ii) efectuar un cobro efectivo de las multas que se impongan en el marco del proceso de inspección, tanto persuasivo como coactivo, a través de una verdadera gestión entre el SENA y el Ministerio del Trabajo; iii) adelantar investigaciones e imponer sanciones a todas las formas de subcontratación abusiva conforme a lo establecido en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, especialmente en los sectores priorizados, asegurando que se cumplan los acuerdos de formalización; iv) sancionar el uso de pactos colectivos que atenten contra el derecho de asociación sindical; y v) mejorar los procesos de investigación por violencia en contra de activistas y sindicalistas.

No siendo suficiente esta situación, algunas de las normas que hasta la fecha venían regulando el tema de la tercerización, fueron demandadas, declarándose la nulidad parcial del Decreto 2025 de 2011 mediante sentencia proferida por el Consejo de Estado el 19 de febrero de 2018¹⁵ y del

¹⁵ Declaró la nulidad parcial de los artículos 2, 4 (incisos 1 y 3), 5, 9 y 10 porque en su expedición se excedieron las facultades reglamentarias, eliminando la restricción impuesta de contratación de cooperativas de trabajo asociado para actividades misionales permanentes y el régimen sancionatorio que había sido creada mediante esta norma, con lo que queda vigente el régimen anterior contenido en el Decreto 4588 del 2006. En este orden de ideas es claro, que esta norma no aportó nada al tema de tercerización dado que simplemente contempló la restricción que ya estaba contenida en la normatividad sobre intermediación laboral en la que se establecía que era exclusivamente limitada a los entes autorizados para ello por el Ministerio del Trabajo, lo cual hacía claro que las cooperativas de trabajo asociado no

Decreto 583 de 2016 mediante sentencia del 06 de julio de 2017¹⁶ proferida por esa misma corporación, norma esta última que fue derogada de manera integral a través del Decreto 683 del 18 de abril de 2018,

Bajo este contexto, el Ministerio del Trabajo profirió la Resolución 2021 del 09 de mayo de 2018, la cual estableció los lineamientos que deben seguir los inspectores de trabajo para ejercer la función de inspección, vigilancia y control al momento de aplicar e interpretar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, es decir, para determinar si existe o no intermediación laboral ilegal por parte de las empresas al momento de requerir personal vinculado bajo cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral ilegal para el desarrollo de actividades misionales permanentes o cuando a través de otras modalidades de vinculación se requiera personal para desarrollar actividades misionales permanentes afectando derechos constitucionales, legales y prestacionales, lo cual, como ya lo habíamos dicho al analizar la Ley 1429 de 2010, es un sinsentido dado que desde la Ley 50 de 1990 era claro que la intermediación de personal esta restringida a cierto tipo de modalidades que ya fueron analizadas, limitación que no hizo distinción alguna de si se trataba de actividades misionales permanentes o no, lo cual reiteramos era absolutamente suficiente, más aun si se tiene en cuenta que con la expedición de las normas posteriores se generaron ambigüedades que expondremos más adelante y que actualmente permanecen con esta resolución.

De la Resolución 2021 se destacan algunos aspectos contenidos en los considerandos que fijan las bases para este nuevo contexto de la tercerización y que aclaran algunos aspectos que hasta la fecha había sido confusos con la expedición de las normas a las que ya hicimos referencia. De esta forma: i) aclaró que la tercerización no solo es legal, sino que es una realidad en las sociedades contemporáneas que hace parte fundamental del giro normal de los negocios, siendo un fenómeno dinamizador de la economía de un país y de la potencialización de sus industrias, y una herramienta que disminuye la informalidad; ii) diferenció la tercerización de la intermediación laboral, estableciendo que ésta última solamente está autorizada conforme a las normas existentes (artículo 35 del CST y Ley 50 de 1990) a los simples intermediarios, las agencias de colocación de empleo y a las empresas de servicios temporales; iii) determinó que lo que se castiga es la intermediación laboral ilegal; iv) estableció que tanto en la tercerización como en la intermediación se deben respetar los derechos constitucionales, legales y prestacionales de los trabajadores consagrados en las leyes vigentes; y v) reconoció que aunque las cooperativas de trabajo asociado han venido desapareciendo a raíz de los problemas de intermediación de personal que se presentaron, se están usando otras figuras legalmente establecidas para violar lo establecido legalmente como las sociedades por acciones simplificadas y los contratos sindicales, lo que obliga a crear mecanismos más fuertes de inspección, vigilancia y control que eviten que situaciones como estas se presenten.

A pesar de lo dispuesto en la parte considerativa de la norma, encontramos que la misma no trajo novedad alguna dado que solo se limitó a establecer quiénes están autorizados para intermediar; a reiterar que bajo las otras modalidades diferentes a estas no se puede realizar intermediación de

tenían esta potestad. La única novedad que trajo esta normatividad es la definición de actividad misional permanente que había sido incluida pero no definida en la Ley 1429 de 2010.

¹⁶ Declaró la nulidad de los numerales 4 y 6 del artículo 1, debido a que el gobierno se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria en la medida que el decreto reguló aspectos relacionados con la tercerización, los cuales no estaban comprendidos en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Con esta decisión, nuevamente se distorsionan los conceptos de tercerización e intermediación laboral, generando tanto a los inspectores de trabajo como al empresariado colombiano un sinnúmero de dudas de lo que se puede investigar y sancionar en materia de tercerización.

personal; y a señalar mediante indicios aquellos casos en que se evidencia una intermediación ilegal la cual debe ser sancionada con multas de hasta cinco mil (5.000) SMLMV tanto para el contratista como para el contratante. De igual forma, estableció que, aunque las empresas de servicios temporales están autorizadas para intermediar personal, ello no es óbice para que se puedan ver expuestas a eventuales sanciones pecuniarias de hasta cien (100) SMLMV diarios cuando dicha intermediación se dé por fuera de los parámetros legalmente establecidos.

Nuestra conclusión es que las normas que se expidieron desde la Ley 1429 de 2010 hasta la Resolución 2021 de 2018 no eran necesarias, ya que en primera medida, con las estipulaciones existentes, el Ministerio del Trabajo hubiera podido ejercer su autoridad coactiva para evitar que cooperativas de trabajo asociado, sociedades por acciones simplificadas, organizaciones sindicales, contratistas independientes y empresas de servicios temporales fueran más allá del objeto para el cual fueron creadas; y en segunda medida porque se incorporaron términos que a nuestro parecer resultan confusos, incompatibles con las normas vigentes e innecesarios de cara a evitar que a través de la tercerización indebida se violen derechos constitucionales como el de asociación sindical, negociación colectiva o en general cualquier derecho de carácter laboral, aspecto este que será abordado en el capítulo 4 del presente documento.

Lo anterior, de forma adicional, nos permite concluir que las nuevas reglamentaciones al no tener un contenido novedoso son una respuesta exclusiva a los compromisos internacionales que se crearon en el marco del TLC con Estados Unidos, sin que a la fecha incluso dicho país dé por cumplido lo acordado, lo cual corrobora aún más la posición esbozada.

CAPÍTULO SEGUNDO: Proceder del Estado en el desarrollo de sus funciones frente a tercerización

A. Acciones del Ministerio del Trabajo para garantizar la aplicación de las normas

Para dar cumplimiento al compromiso adquirido por el Gobierno colombiano de fortalecer el ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control del Ministerio del Trabajo, fue necesaria la expedición de nuevas normas de carácter administrativo que determinaran unas bases sólidas para ello.

Conforme a lo anterior, y en primera medida, se expidió el Decreto 4108 de 2011 a través del cual se reorganizó el Ministerio del Trabajo. En dicha norma se estableció que el Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección, ejercería las labores de promoción de políticas frente al cumplimiento de las obligaciones laborales y la creación de estrategias destinadas a lograr la eficiencia y eficacia de la inspección, vigilancia y control en materia laboral.

Esta última obligación se reiteró y desarrolló mediante la Ley 1610 de 2013 en la que se determinaron y ampliaron las funciones de los inspectores de trabajo, resaltando las siguientes: i) función preventiva que propende porque todas las normas de carácter sociolaboral se cumplan a cabalidad, a través de la adopción de medidas que garanticen los derechos del trabajo y eviten posibles conflictos entre empleadores y trabajadores; ii) función coactiva o de policía administrativa que se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma laboral, aplicando siempre el principio de

proporcionalidad; iii) función conciliadora en virtud de la cual estos funcionarios intervendrán en la solución de los conflictos laborales de carácter individual y colectivo sometidos a su consideración, para agotar la vía gubernativa en aplicación del principio de economía y celeridad procesal; iv) función de mejoramiento de la normatividad laboral la cual deben desarrollar mediante la implementación de iniciativas que permitan superar los vacíos y las deficiencias procedimentales que se presentan en la aplicación de las disposiciones legales vigentes; y v) función de acompañamiento y garante del cumplimiento de las normas laborales del sistema general de riesgos laborales y de pensiones.

Adicional a lo anterior, con miras a fortalecer la facultad de inspección y a disuadir la comisión de conductas de intermediación laboral, a través de esta ley se modificó el numeral 2 del artículo 486 del CST ampliando la facultad de los funcionarios del Ministerio para imponer multas de hasta cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes, las cuales antes de la expedición de la Ley 1610 podían ser de máximo cien (100) salarios mínimos.

De igual forma, en desarrollo de la citada ley, se emitió la Resolución 1309 de 2013 por medio de la cual se expidió el Manual del Inspector del Trabajo y la Seguridad Social, en el que no solo se reguló la forma en que se ejercería esa función de inspección, vigilancia y control, sino que se estableció, de cara al tema que nos ocupa (tercerización e intermediación), una serie de funciones en cabeza de la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control encaminadas a monitorear la forma como se prestan los servicios tercerizados para identificar aquellos casos en que se actúa por fuera de la ley o en los cuales se intermedia personal de manera ilegal.

A pesar de los esfuerzos realizados por las direcciones territoriales para cumplir sus funciones de inspección, vigilancia y control en torno a la intermediación laboral, los resultados arrojados no fueron los pretendidos por el Gobierno de Estados Unidos, dado que en primera instancia no se demostró una verdadera disminución de los casos de intermediación laboral ilegal ni tampoco se acreditó un cumplimiento del compromiso de adelantar las investigaciones, imponer las multas cuando se evidencien la comisión de conductas por fuera del marco de la ley ni lograr su recaudo efectivo en los términos solicitados por el mencionado gobierno, tal y como se evidencia en la queja presentada por la AFL-CIO, la CUT, la CTC, COLJUSTICIA, SINTRAINAGRO y la USO ante la OTLA en la que se alegan violaciones al capítulo laboral del CTPA en lo referente a estos aspectos. Lo anterior se corrobora aún más si se analizan las cifras presentadas por el Gobierno colombiano a la OTLA en la que se evidencian las medidas adoptadas en materia de vinculación de inspectores de trabajo, averiguaciones preliminares y procesos administrativos sancionatorios iniciados las cuales se concretan en la Tabla No 1.

De acuerdo con análisis de estas cifras efectuado por la OTLA en el marco del informe preliminar por el que se acepta la queja, dicha organización determinó que los datos reflejaban que el número de investigaciones administrativas adelantadas y multas impuestas estaba disminuyendo, pese a que el número de inspectores asignados estaba aumentando. No obstante lo anterior, a pesar de la disminución en el número de investigaciones administrativas y multas aplicadas desde 2012 hasta 2015, la OTLA indicó que la cantidad de llamadas entrantes a la línea directa pública del Ministerio del Trabajo había aumentado constantemente cada año. De igual forma señaló que conforme a datos obtenidos de otras fuentes en todo el país se pudo determinar que cientos de reclamos por violaciones de derechos se presentaron ante el Ministerio cada año durante los últimos tres años,

lo cual consideraron era prueba de la ineficacia e ineficiencia de las medidas adoptadas en los términos de la queja.

Tabla No 1: Investigaciones administrativas de violaciones de la legislación laboral del 2010 al 2016 (Office of the United States Trade Representative Executive Office of the President, 2012)

Año	Número de Inspectores	Averiguación Preliminar	Investigaciones Administrativas	Visitas a lugares de trabajo	Sanciones ejecutoriadas
2010	423	N/A	24.631	9.066	1.749
2011	410	N/A	12.536	9.609	3.311
2012	462	8.239	17.346	10.006	2.295
2013	564	15.588	5.988	1.489	1.694
2014	703	16.546	4.182	1.250	1.376
2015	826	21.055	3.713	1.063	1.291
2016 (hasta octubre)	819	16.048	3.099	1.087	1.304

En nuestro criterio, aun cuando reiteramos que no compartimos que la manera de medir la efectividad de las acciones implementadas por el Ministerio deba enfocarse en el número de multas impuestas, también consideramos que hay varias razones por las cuales la disminución de las sanciones aplicadas puede no ser el resultado de la existencia de violaciones decrecientes, sino de otros factores que nos son atribuibles exclusivamente a la gestión de esta entidad. Un primer factor indica que ello pudo obedecer a una reducción de las investigaciones administrativas como consecuencia de los cambios efectuados en el 2012 al CPACA en lo que al procedimiento administrativo se refiere, los cuales permitieron un período de revisión preliminar antes de que se adelantara el proceso de investigación. Otro factor que pudo contribuir a la reducción en la imposición de sanciones se encuentra en los cambios incluidos en el Manual del Inspector, cambios que dilataron el inicio de nuevas investigaciones no solo por el tiempo que se requirió para capacitar a los inspectores en el nuevo procedimiento, sino también por el lapso que tomó la aplicación del mismo. De igual forma, consideramos que dicha disminución también pudo generarse por un incremento en la suscripción de acuerdos de formalización que generaron como consecuencia la suspensión de las investigaciones administrativas en curso o incluso pudo obedecer a una mayor conciencia en el uso que los empresarios le están dando a las diferentes figuras de tercerización.

De igual forma, habiendo revisado la información consolidada por el Ministerio del Trabajo en sus boletines virtuales desde el año 2016 y hasta el tercer trimestre del año 2019 en lo que se refiere a las sanciones por intermediación laboral ilegal (Ver tabla No 2), evidenciamos que la situación no es diferente, dado que se muestra un número reducido de sanciones ejecutoriadas, que ni siquiera pueden ser analizadas en debida forma ya que se carece de información respecto de aquellos hechos que las han motivado.

Tabla No 2: Boletín virtual inspección, vigilancia y control. Sanciones por intermediación laboral ilegal – Ministerio del Trabajo¹⁷

PERIODO	No Ejecutoriadas		Ejecutoriadas		
	Número	Valor	Número	Valor	
2019	3er trimestre	10	\$ 2.418.098.720	7	\$ 189.529.304
	2do trimestre	6	\$ 285.700.020	15	\$ 1.245.622.268
	1er trimestre	-	\$ -	-	\$ -
2018	4to trimestre	13	\$ 492.963.702	32	\$ 11.853.546.090
	3er trimestre	-	\$ -	-	\$ -
	2do trimestre	20	\$ 4.736.670.246	12	\$ 351.741.740
	1er trimestre	14	\$ 731.179.678	16	\$ 2.242.826.853
2017*	9	\$ 9.280.479.860	1	\$ 55.156.400	
2016**	37	\$ 27.032.763.000	-	\$ -	

* El boletín virtual que expidió el Ministerio del Trabajo para el cuarto trimestre de 2017 contiene un consolidado de todo el año, sin embargo, las sanciones por intermediación laboral ilegal solamente corresponden a los sectores priorizados.

** El primer boletín virtual que expidió el Ministerio del Trabajo fue el del tercer trimestre del año 2017. En este informe se plasmaron las sanciones por intermediación laboral solamente para los sectores priorizados y aunque establece las cifras del año 2016 no hace distinción entre sanciones ejecutoriadas y no ejecutoriadas.

Como resultado de las cifras anteriormente expuestas, se logró evidenciar que siguen existiendo falencias en el seguimiento y reporte de las sanciones por intermediación laboral ilegal, prueba de ello es que no siempre se presentaron los informes trimestrales y que los que se presentaron ofrecen información muy básica, con la cual no se logran hacer comparativos de montos y número de sanciones impuestas por las autoridades o del cumplimiento por parte de las empresas.

A pesar de que la información no es clara, podemos notar como los resultados del año 2019, tanto en lo que respecta a sanciones no ejecutoriadas como a sanciones ejecutoriadas, siguen evidenciando una tendencia a la baja que se refleja en que cada año es menor el número de sanciones impuestas. Incluso si solo tomamos los primeros trimestres de cada uno de los años en los que el Ministerio del Trabajo a través de los boletines virtuales presentó cifras (primer y segundo trimestre del año 2018, y segundo y tercer trimestre del año 2019), encontramos que en materia de sanciones no ejecutoriadas las cifras del 2019 se han reducido en un 50% en comparación con las del año 2018, y que los valores de las sanciones ejecutoriadas en el año 2019 apenas llegan al 55% de las sanciones ejecutoriadas el año anterior.

A pesar de contar con la información consolidada en las tablas anteriores en la que se evidencian el número de sanciones impuestas y ejecutoriadas, encontramos que dicha información no es suficiente para poder determinar los criterios que utiliza el Ministerio al momento de aplicar estas sanciones por intermediación laboral. Esta situación se ve agravada si tenemos en cuenta que el Ministerio del Trabajo no dispone de un sistema consolidado que permita revisar los casos abiertos, las sanciones impuestas y las multas cobradas, dado que cada dirección territorial solo ha implementado controles manuales manejados por algunos funcionarios sin que se tenga plena certeza de las causas de las investigaciones o del estado de los expedientes, lo cual obligaría a acudir a la revisión manual e individual de cada uno de ellos, si se quiere contar con la información.

¹⁷ http://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/relaciones-laborales/inspeccion-vigilancia-y-control/boletin-virtual-ivc/-/document_library/

Las cifras tampoco nos permiten determinar si las direcciones territoriales del Ministerio del Trabajo tienen un foco común o por lo menos un mismo criterio a la hora de llevar a cabo sus requerimientos, investigaciones y posteriores sanciones, por ejemplo, nótese (ver tabla No 3) cómo la dirección territorial de Risaralda en estos dos años ha impuesto 16 sanciones mientras que su vecina, la dirección territorial del Quindío solo ha impuesto una sanción en el mismo lapso; o que la dirección territorial que más sanciones ha impuesto es la de Santander con 18 multas, por encima de zonas del país con mayor desarrollo económico como Atlántico, Antioquia o Cauca; o que en la dirección territorial de Caldas una sanción por intermediación laboral ilegal en promedio es inferior a los 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que en Bogotá cada sanción en promedio supera los 450 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o en Cesar donde una sola sanción impuesta en el año 2018 ascendió a 3000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tabla No 3: Boletín virtual inspección, vigilancia y control. Sanciones por intermediación laboral ilegal todos los sectores económicos – Ministerio del Trabajo¹⁸

Dirección Territorial	2018				2019			
	No Ejecutoriadas		Ejecutoriadas		No Ejecutoriadas		Ejecutoriadas	
	Número	Valor	Número	Valor	Número	Valor	Número	Valor
Atlántico	1	\$ 39.062.100	0	\$ -	2	\$ 828.116.000	0	\$ -
Antioquia	4	\$ 62.499.360	4	\$ 66.394.530	0	\$ -	0	\$ -
Amazonas	0	\$ -	2	\$ 312.496.800	0	\$ -	0	\$ -
Bogotá	3	\$ 1.205.283.240	3	\$ 142.366.000	2	\$ 1.391.234.880	1	\$ 581.320.996
Bolívar	6	\$ 446.089.182	1	\$ 58.593.150	0	\$ -	2	\$ 148.435.980
Caldas	1	\$ 2.213.151	2	\$ 15.624.840	0	\$ -	0	\$ -
Cauca	5	\$ 79.558.900	3	\$ 32.402.250	0	\$ -	2	\$ 11.718.630
Cesar	1	\$ 2.343.726.000	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -
Cundinamarca	0	\$ -	3	\$ 206.994.200	0	\$ -	1	\$ 78.124.200
Magdalena	2	\$ 703.117.800	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -
Norte de Santander	4	\$ 35.023.107	3	\$ 15.492.057	1	\$ 33.124.640	2	\$ 28.905.954
Putumayo	1	\$ 117.186.300	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -
Quindío	0	\$ -	1	\$ 34.472.750	0	\$ -	0	\$ -
Risaralda	4	\$ 41.405.826	0	\$ -	7	\$ 153.201.460	5	\$ 49.854.452
Santander	3	\$ 234.372.600	8	\$ 1.561.538.096	2	\$ 132.498.560	5	\$ 390.621.000
Sucre	2	\$ 27.343.470	0	\$ -	0	\$ -	1	\$ 24.843.480
Tolima	4	\$ 390.621.000	2	\$ 241.749.770	2	\$ 165.623.200	3	\$ 121.326.880
Urabá	1	\$ 59.017.360	1	\$ 41.360.240	0	\$ -	0	\$ -
TOTAL	42	\$ 5.786.519.396	33	\$ 2.729.484.683	16	\$ 2.703.798.740	22	\$ 1.435.151.572

Esta disparidad de criterios genera inseguridad jurídica al momento de enfrentarse a una averiguación preliminar, dado que dependiendo del inspector que la asuma o de la territorial en que se tramite la investigación se podría tener un resultado diferente, sin que se haya logrado a la fecha una verdadera unificación de criterios respecto del proceso de inspección, vigilancia y control.

De igual forma, si analizamos los datos contenidos en la tabla señalada, podemos corroborar que los resultados de las investigaciones adelantadas por las diferentes direcciones territoriales del Ministerio del Trabajo en materia de sanciones por intermediación laboral ilegal han ido disminuyendo en este año en comparación con el año 2018.

¹⁸ http://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/relaciones-laborales/inspeccion-vigilancia-y-control/boletin-virtual-ivc/-/document_library/

Dado que la mayor parte de las investigaciones adelantadas por el Ministerio del Trabajo en materia de tercerización tratan de casos de intermediación laboral ilegal, se evidencia la intención por parte del Ministerio del Trabajo por celebrar acuerdos de formalización¹⁹, tanto de cara a terminar la conducta como de cumplir con los compromisos adquiridos con Estados Unidos para eliminar la subcontratación abusiva. Dicha afirmación se corrobora al revisar las estadísticas en las cuales se evidencia que entre 2012 y el tercer trimestre del 2019 se suscribieron 295 acuerdos en los que se formalizaron²⁰ a más de 37.054 trabajadores (ver tabla 4).

Tabla No 4: Boletín virtual inspección, vigilancia y control. Acuerdos de formalización laboral suscritos – Ministerio del Trabajo²¹

PERIODO	N° de Acuerdos Suscritos	N° de Trabajadores Formalizados
2019	3er trimestre	4
	2do trimestre	10
	1er trimestre	-
2018	4to trimestre	11
	3er trimestre	-
	2do trimestre	3
	1er trimestre	8
2017	49	6148
2016	54	3930
2015	72	4544
2014	39	9332
2013	42	9571
2012	3	1905

Lo anterior, en nuestro criterio, aunque evidentemente se constituye como una alternativa muy positiva de solucionar de fondo la problemática, en la práctica se trata de un proceder mal ejecutado, en la medida en que al analizar los casos²² se puede corroborar que si bien se celebraron acuerdos para que se formalizara de manera directa la contratación de personas tercerizadas, dichos acuerdos solo generan efectos hacia futuro, de igual forma se permitió que las empresas determinaran la manera como lo llevaría a cabo y las personas con que lo realizaría. Así las cosas, consideramos que, con la práctica actual, se desvirtúa la intención de resarcir el daño causado a aquellos trabajadores afectados por la intermediación indebida, quienes debieron ver en esta alternativa el reconocimiento de los derechos que les habían sido conculcados, y por lo tanto no se cumple verdaderamente con la finalidad propuesta dentro de estos procesos. Esta situación evidencia, de cara a las diferentes funciones radicadas en cabeza de los inspectores del Ministerio del Trabajo, la necesidad de hacer énfasis en la función preventiva del Ministerio antes que en la coactiva y en tal sentido parte de nuestra propuesta es que el Ministerio fomente acciones que

¹⁹ Entendidos conforme a la Ley 1610 de 2013 como aquel suscrito entre uno o varios empleadores y una Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, previo visto bueno del Despacho del Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección, en el cual se consignan compromisos de mejora en formalización, mediante la celebración de contratos laborales con vocación de permanencia y tendrán aplicación en las instituciones o empresas públicas y privadas.

²⁰ Entendida para los efectos de este proyecto y de la gestión del Ministerio como la facultad de contratar de manera directa y mediante contrato laboral al personal que estaba siendo contratado por un tercero.

²¹ http://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/relaciones-laborales/inspeccion-vigilancia-y-control/boletin-virtual-ivc/-/document_library/

²² Ver entre otros los casos de Avianca y Clínica Marly conforme a información revisada del Ministerio del Trabajo.

prevengan y mitiguen la materialización del riesgo y no simplemente la forma de enfrentar las consecuencias ya materializadas, pues de lo contrario aumentará el número de casos por los mismos motivos.

Aunado a lo anterior, al revisar las estadísticas presentadas, se concluye que aun cuando el Ministerio del Trabajo centró sus esfuerzos de formalización especialmente en el año 2013 con el mayor número de trabajadores formalizados y en el año 2015 con el mayor número de acuerdos suscritos, los esfuerzos en la materia no son constantes, prueba de ello es que disminuyeron sustancialmente en los últimos años sin que se encuentre una verdadera causa para ello, lo cual es visto (como efectivamente se ha manifestado en la queja de los 12 congresistas demócratas estadounidenses del presente año) como una falta de gestión y un desinterés en torno al tema.

De igual forma, el hecho de que en la práctica no se evidencia conformidad con lo previsto en la norma sobre seguimiento al cumplimiento de los acuerdos de formalización, esto demuestra que si bien se ha adelantado una gestión, la misma no ha sido realmente efectiva.

Teniendo en cuenta lo reseñado anteriormente en torno a las falencias que tiene la información consolidada por el Ministerio, de cara a analizar las situaciones que han dado lugar a la apertura de averiguaciones preliminares y/o procesos administrativos sancionatorios, procedimos a revisar 18 expedientes del Ministerio del Trabajo como una muestra de los casos de tercerización que se han tramitado en diferentes direcciones territoriales, en varios sectores económicos relevantes como el aeronáutico, el automotriz, el de alimentos y bebidas, el de tecnología y telecomunicaciones, el sector salud, el sector palmero entre otros, la cual, a pesar de no ser una muestra relevante, nos puede dar una idea de cómo ha procedido el Ministerio frente a casos particulares.

Esta revisión nos permitió llegar a las siguientes conclusiones: i) el trámite de los procesos es muy lento dado que existen radicados del año 2016 en los cuales no se ha presentado ningún avance e incluso hay procesos que llevan más de 4 años en estudio sin que se haya proferido una decisión de fondo; ii) existe una falta de claridad en los motivos que pueden llevar a una investigación, confundiendo términos como intermediación y tercerización, a pesar de que cada uno de ellos aplica a situaciones particulares; iii) la mayoría de los casos analizados son de intermediación ilegal por parte de cooperativas, así como de situaciones que el Ministerio denomina intermediación ilegal con empresas de servicios temporales lo que evidencia una indebida interpretación de la figura; iv) aunque en todos los casos en que se investigó a contratistas independientes se alegó tercerización ilegal por contratación de actividades misionales permanentes, en ninguno de los casos hay claridad de dicho concepto y de los parámetros que guiaron la investigación; v) en los casos revisados no se evidencia un análisis de si esa tercerización comporta o no una vulneración de los derechos y garantías de los trabajadores de ese tercero, como efectivamente se señala en la normatividad vigente; vi) se evidencia una presunción de mala fe cuando de por medio existe una sociedad por acciones simplificada, lo cual no tiene razón de ser, dado que el Ministerio debe revisar caso a caso conforme a los hechos y las pruebas que se presentan y recaudan en el curso del trámite; vii) se pudo establecer la aplicación de normas propias de la temporalidad a los outsourcing; y viii) en los casos en que se impusieron sanciones en primera instancia, las mismas fueron revocadas en segunda instancia bajo el argumento que se fundamentaban en normas no aplicables al caso, normas que perdieron vigencia, falta de material

probatorio que soporte la falta que se endilga o incluso la ausencia de claridad conceptual, lo cual reitera no solo la falta de credibilidad, sino la falta de seguridad jurídica y de solución de fondo del problema evidenciado.

Derivado de esta revisión es posible concluir que la misma confusión y contradicción en la normatividad aplicable en este caso, ha permeado el proceder del Ministerio del Trabajo generando inseguridad jurídica, falta de unificación de criterios de un caso a otros o entre direcciones territoriales, aplicación indebida de las normas y no hay evidencia de una verdadera ejecución de este poder sancionatorio, tal y como ya lo habíamos expresado.

B. Obligaciones del Estado de cara a proteger los derechos humanos

Desde 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se definió que los Estados son los sujetos obligados por el derecho internacional a respetar, proteger los Derechos Humanos de todos los habitantes de su territorio y/o jurisdicción, y así lo han hecho efectivo los diferentes tribunales internacionales de Derechos Humanos. Bajo esta concepción, se consideró en un principio que las empresas no eran responsables por la vulneración de los Derechos Humanos y se sostuvo que la única responsabilidad que tenían las empresas era la de generar utilidades (Friedman, 1970).

Esta concepción se modificó a partir de los años setenta en donde las diferentes ONG activistas de Derechos Humanos empezaron a dirigir sus acciones de litigio ya no en contra de los Estados sino en contra de las Empresas en la medida en que consideraron que las empresas deberían también ser responsables del impacto que generan con su actuar frente a los diferentes grupos de interés que se ven impactados con su actividad. De ahí surgió el interés en la comunidad internacional de establecer que la responsabilidad por la vulneración de los derechos humanos no se limitara a los Estados sino también a las empresas, especialmente a las transnacionales las cuales no solo contaban con un capital mayor al PIB de algunos países, sino que adicionalmente llevaban a cabo su actividad en países en desarrollo con muchas fallas de gobernanza.

Esto llevó a desarrollar diferentes iniciativas tendientes a comprometer a las empresas con el respeto de los derechos humanos, sin que ello implicara reemplazar el deber de protección que tiene el Estado frente al cumplimiento de los derechos humanos en su territorio por parte de todos los actores que desarrollen su actividad en el territorio.

Al establecer la responsabilidad de respeto por los Derechos Humanos en cabeza de las empresas no pretendió reemplazar el deber de los Estados de velar por la protección de los mismos, sino que, por el contrario, se dio pie a que en el año 2006 el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan nombrara en 2006 a John Ruggie como Relator Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, quien en 2008 presentó el marco para las actividades empresariales y los derechos humanos que se desarrolló a través de tres pilares: proteger, respetar y remediar. En 2011, el mismo relator especial presentó ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos el cual se constituye en una serie de principios que buscan poner en práctica el marco proteger, respetar y remediar, los cuales fueron adoptados de forma unánime por dicho Consejo.

Conforme a estos Principios Rectores, los Estados tienen el deber de proteger los Derechos Humanos contra cualquier violación, incluso las cometidas por las empresas. De esta forma los Estados, como parte del cumplimiento de su deber de protección tienen que adoptar las medidas adecuadas de política pública para que las empresas cumplan y respeten los derechos humanos, así como brindar asesoría a éstas en el cumplimiento de dichos derechos.

Es en este marco en el que decidimos analizar, conforme a las cifras revisadas, las acciones coactivas implementadas por el Estado a través del Ministerio del Trabajo en lo que respecta a la protección de los derechos tanto de los trabajadores como de las mismas empresas. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, establecen que los Estados tienen la obligación cumplir, respetar y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo cual, de cara a la tercerización, comporta un doble efecto, pues en el rol de empleador el Estado es el primer llamado a utilizar de manera adecuada los mecanismos de tercerización establecidos en la normatividad colombiana, y en el rol de autoridad tiene la obligación de proteger los derechos humanos de posibles impactos de terceros, incluidas las empresas, responsabilidades estas que no ha cumplido a cabalidad, dado que el Estado en su rol de empleador y de cara a sus funcionarios es quien a la fecha más nómina paralela tiene (constituyéndose en una violación de los derechos y garantías de esas personas que habiendo suscrito un contrato de prestación de servicios tiene en realidad un contrato realidad), y a la vez en su rol de autoridad frente a los terceros, no busca frenar las causas de subcontratación abusiva sino que pretende implementar normas que generan confusión y contradicen los mecanismos existentes e imponen sanciones sin criterios claros y objetivos, en aras de mostrar un resultado para acreditar un cumplimiento de cara a compromisos internacionales como ya lo hemos comentado a lo largo de este escrito y no en cumplimiento de su deber de proteger los derechos humanos.

Sin embargo, si detallamos la forma como los Principios Rectores consagran la manera en que ese deber de protección se debe materializar, nuevamente debemos concluir que la medida primigenia no es la sanción, sino que a ella la antecede en primer lugar la prevención²³.

Nuestro interés no es desconocer que las compañías también tienen un papel esencial en el respeto de los derechos humanos, así también lo han consagrado los Principios Rectores, y en tal virtud en nuestro siguiente capítulo procederemos a analizar la manera como las empresas actúan de cara a la tercerización, pero si el Estado no cumple adecuadamente con su deber de protección de los derechos humanos resulta muy difícil que se pretenda que las organizaciones se responsabilicen con el respeto de esos mismos derechos.

CAPÍTULO TERCERO: Aspectos de la tercerización de cara a los empleadores

Habiendo analizado el proceder del Ministerio del Trabajo en un contexto normativo como el que desarrollamos en el capítulo primero de este documento, es procedente analizar la forma como las

²³ El primer principio fundacional de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos establece que “Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”.

empresas visualizan el tema de la tercerización de cara a la competitividad de sus negocios, la actividades que tercerizan, las razones que la justifican, y la forma como han implementado acciones con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo por parte de los terceros frente a los trabajadores que vinculan para efectos de ejecutar el objeto contratado, lo cual, aunque no es un requerimiento legal si es parte de la responsabilidad que las empresas han asumido de manera voluntaria en el marco de una debida diligencia²⁴ para garantizar una cadena de suministro limpia²⁵.

Con el fin de llevar a cabo este análisis procedimos a efectuar un *snowball sampling* con doce de las cincuenta empresas que integran la Mesa Empresarial quienes voluntariamente quisieron participar en el sondeo. Para estos efectos queremos reiterar que aunque el número de empresas que participaron con absoluta disposición del *snowball sampling* no es significativo frente al número total de empresas existentes en Colombia, la muestra resulta relevante en la medida de que se trata de un grupo que hace parte de las 50 empresas más grandes de Colombia, es decir, de aquellas que mueven la economía de nuestro país y que a pesar de haber asumido con mayor compromiso su responsabilidad como contratantes de servicios tercerizados y de haber implementado buenas prácticas en materia de tercerización, también se han visto impactadas por el contexto normativo enunciado siendo objeto de investigaciones por parte del Ministerio del Trabajo, incluso siendo algunas de ellas sancionadas como parte de este proceso.

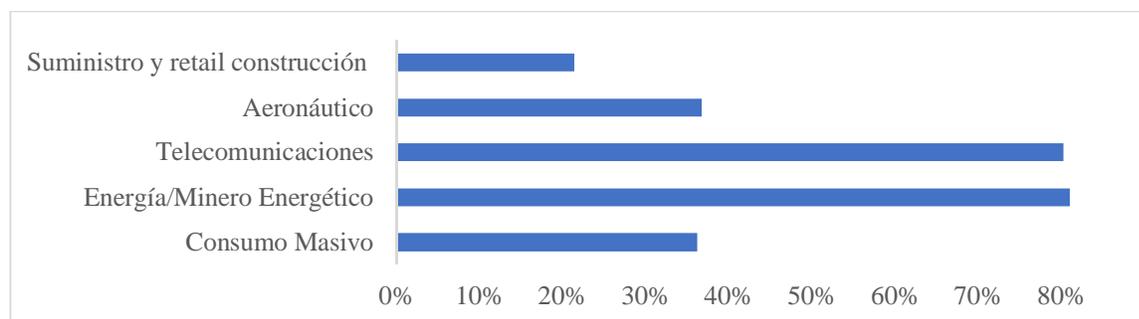
El primer resultado que queremos mostrar del *snowball sampling* realizado es el índice de tercerización por sectores, el cual está constituido por el número de trabajadores que están vinculados con un tercero (contratistas o empresas de servicios temporales²⁶) en comparación con la totalidad de personas que prestan sus servicios de manera directa en cada una de las empresas que participaron de nuestra encuesta. En tal medida del total de los trabajadores que se requieren para poder cumplir con sus procesos productivos o de servicios, las empresas en promedio tercerizan el 56% de su operación, siendo energía y telecomunicaciones los sectores en los cuales se evidencia un alto índice de tercerización (por encima del 80%), a diferencia de los sectores de suministro de materiales y *retail* para construcción en donde el índice de tercerización apenas supera el 20%, tal como se evidencia en la siguiente gráfica:

Gráfica No 1: Porcentaje de tercerización por sector. Fuente Mesa Empresarial. *Snowball Sampling* octubre 2019

²⁴ El principio 17 de los Principios Rectores establece que, con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos.

²⁵ Para efectos de este documento entendemos por cadena de suministro limpia, aquella en la cual empresario en su calidad de empleador y contratante vela por garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo no solo frente a sus trabajadores directos sino de manera especial frente a todos los trabajadores de contratistas y proveedores que se involucren en el desarrollo del proceso productivo.

²⁶ Frente a este punto en particular, es importante destacar que habiendo efectuado un sondeo con todas las empresas que integran la Mesa Empresarial se pudo evidenciar que de las 14 que participaron voluntariamente ninguna de ellas utiliza cooperativas de trabajo asociado o contratos sindicales para efectos de tercerizar la prestación de servicios o la ejecución de una obra por la estigmatización que se ha efectuado frente a estas figuras y solo en pocos casos (14% equivalente a 2 de las 14 empresas) contratan con sociedades por acciones simplificadas, tomando aquellas como un verdadero contratista independiente más allá de los indicios que se han tenido frente este tipo de sociedades.



Al analizar las actividades que son objeto de tercerización (tabla 5), podemos corroborar que la mayoría de las empresas tercerizan actividades que son complementarias a su objeto social considerando los sectores industriales a los que pertenecen, tales como aseo, seguridad privada, *call center*, servicio médico, transporte de personas o restaurante. A pesar de ello, frente a otros servicios tercerizados pueden llegar a existir discusiones de si se trata de actividades relacionadas con el giro ordinario de los negocios o si hacen parte de lo que se ha denominado actividad misional permanente. Un ejemplo de las discusiones que se pueden suscitar lo constituye el servicio de mantenimiento en el cual es el servicio más tercerizado por parte de nuestros encuestados y en el que cada sector y/o empresa debe analizar si hace parte de sus actividades normales para el desarrollo de su proceso. Justamente son estas situaciones las que pueden conllevar a que estas empresas sean sujetos de investigaciones por parte del Ministerio del Trabajo, riesgo que han asumido de manera consciente y que en nuestro criterio no debería ser el foco de las investigaciones como lo explicaremos en el punto cuarto del presente documento.

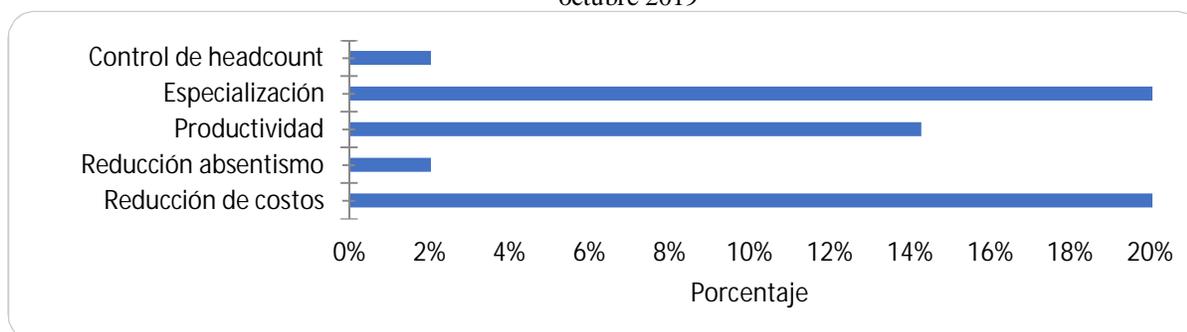
Tabla No 5: Discriminación de actividades tercerizadas por sector. Fuente Mesa Empresarial. *Snowball Sampling* octubre 2019

Actividad	Aeronáutico	Energía	Telecom	Consumo Masivo	Constr /retail
Servicio médico					
Equipaje					
Servicio					
Control de pérdidas					
Manejo de residuos					
Transporte de personas					
Restaurante					
Ventas					
Embarque en aeropuerto					
Logística					
Aseo					
Transporte de mercancía					
Tecnología					
Call center					
Ingeniería/Consultoría					
Seguridad privada					
Mantenimiento					

En lo que respecta a las razones que justifican el uso de la figura de la tercerización por parte de las empresas, encontramos que ello se soporta principalmente en obtener reducción de costos, en contar con un apoyo especializado en la ejecución de la función, y en la búsqueda de eficiencia en

las labores productivas (ver gráfica No 2). Al analizar estas causas concluimos que, de cara a los empresarios, lo que verdaderamente justifica la contratación con terceros es alcanzar mayores niveles de competitividad y lograr la sostenibilidad de su operación, dado que realizar estas actividades directamente podría tomar más tiempo, generar menos productividad e incurrir en mayores costos y gastos, lo que al final de cuentas impacta los resultados y la rentabilidad del negocio.

Gráfica No 2: Razones que justifican la tercerización por empresa. Fuente Mesa Empresarial. *Snowball Sampling* octubre 2019



Tal y como lo desarrolló el mismo Código Sustantivo del Trabajo y lo reiteró expresamente la Resolución 2021 de 2018, la tercerización de actividades productivas es permitida y no implica per se una vulneración de derechos, siempre que se cumplan con los requisitos y con las condiciones legalmente establecidas para su ejecución. De esta forma en los eventos en que no se acaten los lineamientos normativos, las empresas contratantes y los contratistas se verán expuestos a que se adelanten investigaciones en su contra que puedan llegar a tener como consecuencia la imposición de multas. En el caso de los datos analizados en la encuesta se pudo corroborar que el 16% de las empresas (2 de las 12 empresas encuestadas) han tenido algún tipo de sanción por parte del Ministerio del Trabajo no por tercerización ilegal sino por intermediación ilegal en un caso y por indebida utilización de las empresas de servicios temporales en otro, lo cual demuestra que en términos generales existe un buen uso de la tercerización en las grandes empresas.

Otra de las conclusiones que queremos resaltar como resultado del *snowball Sampling* realizado son las medidas adoptadas por las empresas para velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los terceros contratados. En efecto, analizada la información suministrada (ver gráfica No 3) podemos concluir que el tercerizar servicios o contratar el suministro de personal con empresas autorizadas para ello no implica un desinterés por parte de los empresarios contratantes en lo que respecta a los derechos laborales, la cobertura en seguridad social, así como las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores que vinculan los terceros para ejecutar la labor contratada.

Gráfica No 3: Acciones implementadas por las empresas frente a sus contratistas. Fuente Mesa Empresarial. *Snowball Sampling* octubre 2019



Es así como encontramos oportuno señalar que, aunque la ley no impone una obligación especial en la materia, el 100% de los encuestados, de manera voluntaria, han venido implementando actividades y procedimientos que les permiten constatar de una u otra forma el cumplimiento de las obligaciones mencionadas a lo largo de su cadena de suministro. En tal virtud, las empresas encuestadas han creado procedimientos para contratistas en los que se incluyen estándares mínimos en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo que se deben cumplir tomando como referente aquellos que se aplican en muchos casos para trabajadores directos so pena de que ello se constituya en un incumplimiento contractual. En esta misma línea, se solicitan comprobantes de pago de acreencias laborales o de aportes en materia de seguridad social, se verifican condiciones de seguridad en la prestación de los servicios y se realizan auditorías permanentes las cuales no tienen como finalidad el sancionar pecuniariamente a los contratistas sino garantizar el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores que intervienen en la prestación del servicio o en la ejecución de la obra.

Si bien estos procedimientos o acciones implementadas por las empresas se podrían ver como medidas preventivas de cara a la solidaridad consagrada en el artículo 34 del CST, en nuestro criterio, y luego de analizada la información suministrada, encontramos que la solidaridad no es el motivo principal para implementar estos procedimientos de verificación, dado que en la mayoría de los casos no se evidencia con plena claridad que se traten de actividades del giro ordinario de los negocios o de aquellas que los contratantes desarrollan en el marco de su *core*²⁷. Lo que realmente ha llevado a las empresas a ejecutar estos procedimientos de verificación y control frente a quienes les prestan servicios o les ejecutan obras hace parte de su interés legítimo de garantizar unas condiciones dignas y justas para todo el personal tercerizado en el marco de la ley e incluso en algunos casos por encima de la misma para materializar el trabajo decente de cara a su cadena de suministro y a todos los actores que la componen, bajo unos parámetros de igualdad no con lo que como empleador se le otorga a sus trabajadores en términos económicos sino frente a aquello que se debe procurar como estándar mínimo (que podrá variar de empresa a empresa siempre teniendo como mínimo el consagrado en las normas vigentes) y que como tal exigible a todos los terceros.

Conforme a ello, es que consideramos, como lo expondremos más adelante, que es en los procedimientos de verificación y control implementados por las empresas contratantes a quienes

²⁷ Se refiere a las actividades centrales o fundamentales que realiza la empresa para la ejecución de su actividad productiva.

prestan los servicios tercerizados donde está el equilibrio entre la competitividad y la productividad versus la responsabilidad de respetar los derechos y las garantías mínimas que se deben ofrecer a todos los trabajadores. Si bien, el usar las diferentes figuras de tercerización conforme a los parámetros normativos no exime a los contratantes de exigir a sus terceros la constitución de pólizas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales que tienen con sus trabajadores, consideramos que la verdadera manera de minimizar los riesgos que se derivan de la tercerización no se limita ni se centra en efectuar un llamamiento en garantía ante un eventual incumplimiento de los terceros, sino en tomar medidas preventivas cuyo fin sea mitigar el riesgo de vulneración de derechos a esos terceros trabajadores. Esto en nuestro criterio se enmarca en el aseguramiento de una debida diligencia en los términos establecidos en los Principios Rectores en materia de las Empresas y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas que desarrolla el interés genuino de las empresas de proteger cualquier vulneración que se pueda llegar a presentar.

CAPÍTULO CUARTO: Conclusiones, alternativas y propuestas

Tal como lo hemos venido exponiendo a lo largo de nuestra investigación, existen una serie de situaciones que han provocado que la tercerización en Colombia genere inconformidades y quejas por parte de trabajadores, organizaciones sindicales y entes internacionales; así como críticas a la actuación por parte del Ministerio del Trabajo; y una altísima inseguridad jurídica para el empresariado colombiano, el cual requiere de la tercerización para poder lograr sus objetivos pero ve que la figura no está siendo percibida con buenos ojos en diferentes escenarios. Justamente son estas situaciones las que nos llevan a proponer un nuevo contexto para la tercerización en Colombia. En virtud de ello, en este último capítulo expondremos, a manera de conclusión, cuáles son las situaciones más relevantes que hemos identificado y las diferentes alternativas que se pueden considerar para hacerles frente, para finalmente escoger la propuesta integral que consideramos más viable y efectiva para cada una de las situaciones evidenciadas, teniendo como principal objetivo garantizar el respeto de los derechos y garantías laborales de las personas con las que los diferentes terceros prestan sus servicios.

A. Contexto normativo confuso y contradictorio

En el contexto normativo expuesto en el primer capítulo encontramos que a la fecha frente al tema de tercerización está vigente la regulación contenida en los artículos 34, 35 y 482 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 50 de 1990, la Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008, la Ley 1429 de 2010, el Decreto 2025 de 2011 (parcialmente conforme a lo señalado en el aparte correspondiente), la Ley 1610 de 2013 y la Resolución 2021 de 2018 expedida por el Ministerio del Trabajo.

Conforme a lo anterior, la primera problemática que logramos identificar es la contradicción normativa existente (frente a qué se puede tercerizar) y la vez la reiteración innecesaria (frente a la imposibilidad de intermediar personal por empresas que no estén autorizadas para ello) que surge a partir de la expedición de la Ley 1429 de 2010, específicamente en lo que tiene que ver con su artículo 63, así como el desarrollo que de la misma se realiza en el Decreto 2025 de 2011²⁸.

²⁸ Desde la Ley 50 de 1990 existe la restricción de quien puede intermediar personal y a partir de la lectura de los artículos 34 y 482 del Código Sustantivo del Trabajo, del Decreto 4588 de 2006 y de la Ley 1258 de 2008, es claro

Adicional a ello, el concepto de actividad misional permanente ha generado grandes debates e incluso zonas grises en las cuales para ninguno de los actores es claro qué se puede llegar a tercerizar, más aún cuando el Ministerio del Trabajo sanciona sin determinar ni siquiera como lo exige la norma si existe una verdadera vulneración o no de los derechos de los trabajadores de esos terceros y sin definir unos criterios claros bajo los cuales se pueda entender esta clasificación.

En ese escenario, consideramos que una primera alternativa a considerar es derogar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y todas aquellas normas que se deriven del mismo, incluyendo el Decreto 2025 de 2011 y la Resolución 2021 de 2018, dejando vigentes las normas previas que ya venían regulando todas las figuras de tercerización, en especial el artículo 95 de la Ley 50 de 1990 que estableció que ninguna persona natural o jurídica podría hacer intermediación de personas sin autorización del Ministerio al igual que los artículos 34 y 482 del Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 4588 de 2006 y la Ley 1258 de 2008 que previeron la contratación de cualquiera de las actividades que desarrolla la empresa con un tercero. Al mantener la normatividad atrás enunciada y derogar las normas propuestas, ni contratistas independientes, ni cooperativas de trabajo asociados, ni sociedades por acciones simplificadas, ni organizaciones sindicales a través de contratos sindicales, podrían suministrar personal en ninguna circunstancia sin limitarlo al desarrollo de actividades misionales permanentes, pero sí podrían bajo su propia regulación proceder a prestar servicios de manera autónoma y asumiendo los riesgos propios en cualquier actividad que requiera la empresa contratante.

No obstante, puede suceder que al derogar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y las normas que basadas en este se desarrollaron no se garantice la seguridad jurídica y la claridad normativa pretendida, y que a la vez no se entiendan cumplidos los compromisos internacionales que se adquirieron en virtud del PAL y del CTPA. Para evitar esta situación, proponemos que esa derogatoria se lleve a cabo a través de una ley en la que, siguiendo los considerandos de la Resolución 2021 de 2018, se establezca con absoluta claridad: i) que la tercerización laboral en Colombia es legal; ii) que existen diversas figuras de tercerización, tanto aquellas en las que media un vínculo laboral (contratista independiente, empresas de servicios temporales, simples intermediarios), como aquellas en las que el servicio se desarrolla a través de personas que no tienen la calidad de empleador (cooperativas de trabajo asociado, contratos sindicales); iii) que solo las que sean autorizadas por el Ministerio del Trabajo podrán llevar a cabo labores de intermediación laboral y que el objeto de las demás estará limitado a la prestación de servicios diferentes al suministro de personal; iv) que en todos los eventos deberá existir la responsabilidad solidaria de quien contrata los servicios tercerizados dado que no es lógico que la misma solo se establezca para aquellos casos en los cuales se trate de actividades normales de la empresa; y v) que la tercerización en cualquiera de sus modalidades será ilegal si la misma no se realiza para alcanzar condiciones de eficiencia y competitividad sino la generación de condiciones de desigualdad²⁹ o la violación de los derechos de asociación sindical o de negociación colectiva.

que nunca se ha limitado la posibilidad de tercerizar actividades misionales permanentes como lo establece el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 o de actividades normales o del giro ordinario de la empresa como se conoce en otros escenarios, por el contrario, siempre se ha determinado la posibilidad de contratar cualquier tipo de servicio en la medida que el mismo fuera ejecutado de manera autónoma y directa previendo en algunos casos, como el del contratista independiente una solidaridad acotada a dichas actividades.

²⁹ Lo anterior bajo el entendido no de unas condiciones económicas sino bajo la premisa que los trabajadores, afiliados o asociados tercerizados tienen derecho a unas condiciones de trabajo que atiendan los parámetros de trabajo decente

B. Imprecisiones en el actuar del Ministerio del Trabajo

En lo que respecta a este punto en particular, tal y como lo planteamos a través de este documento encontramos que son varios los problemas que debemos abordar, para lo cual presentamos las siguientes propuestas:

Formación especializada para inspectores del trabajo

Teniendo en cuenta la inseguridad jurídica existente y las falencias bajo los criterios planteados en materia de tercerización e intermediación, es necesario que se realice una capacitación a los inspectores de cara a generar un criterio jurídico claro y aplicable en todo el territorio nacional de aquellas conductas que constituyen intermediación laboral ilegal y aquellas en las cuales la tercerización se usa como mecanismo para generar condiciones de desigualdad o la vulneración de los derechos de asociación y negociación colectiva. De igual forma, es necesario emitir un instructivo o circular con dichos criterios (que reemplace lo incluido hasta la fecha en el Manual del Inspector del Trabajo y la Seguridad Social) para que conforme a ello se pueda ejercer de manera justa y clara la función de inspección, vigilancia y control que les fue asignada.

Función preventiva y participación activa de todos los actores en el marco de la tercerización

Otro problema es el enfoque coactivo y no preventivo que tiene el Ministerio del Trabajo a la hora de ejercer funciones de inspección, vigilancia y control. Este enfoque coactivo desvirtúa el rol del Estado en su función de proteger los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentran los derechos laborales, tal y como lo explicamos en el capítulo 2 del presente documento.

Para hacer frente a este problema, proponemos crear un órgano con la participación no solo de un delegado del Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección sino también de funcionarios de los gremios (tanto de empleadores como de trabajadores), designados de la OTLA e incluso un delegado de la OIT con miras a efectuar un análisis pormenorizado de cada uno de los sectores de la economía (no solo de los 5 priorizados) que ayude entender sus realidades y necesidades, para que conforme a ello, se planteen alternativas y se emitan recomendaciones que, dentro del marco de la ley, les permitan a los empresarios desarrollar sus actividades atendiendo los estándares de productividad y eficiencia que se requieren para ser competitivos a nivel local e internacional, pero haciéndolos al mismo tiempo responsables de velar por el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista en su condición de garantes de las condiciones laborales del personal tercerizado. Lo anterior le otorgará a las empresas y a los trabajadores seguridad jurídica, al Ministerio información clave para atacar el problema de la subcontratación abusiva de raíz y determinar unos parámetros para cada uno de los sectores de la economía bajo los cuales se entienda legal la utilización de la tercerización, no a través de la represión sino del entendimiento de una realidad y de un planteamiento conforme a ella, y así mismo permitirá mostrar a los organismos internacionales y especialmente a los representantes del Gobierno de Estados Unidos

esbozados por la OIT sin que ello implique que deban gozar de las mismas condiciones, derechos y/o beneficios que se otorgan a los trabajadores directos, sino bajo el entendido de que siempre se les deberán garantizar los derechos mínimos establecidos por la normatividad laboral o aquellos mínimos que se haya pactado contractualmente como referente para el desarrollo del objeto contratado.

una verdadera voluntad de solucionar las quejas que hasta la fecha se vienen presentando basadas en la existencia de una subcontratación abusiva.

Ejercicio de la función coactiva como última medida

Solo en los eventos en los cuales no se haya logrado el objetivo previsto desde el punto de vista preventivo, se debe proceder a ejercer la función coactiva cuyo objetivo principal sea el de generar un verdadero impacto que permita mitigar la vulneración de garantías y derechos de los trabajadores tercerizados, que es la finalidad que realmente se debe perseguir al momento de erradicar una subcontratación abusiva y no lo que sucede actualmente, en donde el objetivo de la función sancionatoria está basado en la necesidad de mostrar una cifra para cumplir con un compromiso internacional, centrándose en la publicidad del caso más fuerte o más sonado para generar una afectación reputacional y una sanción ejemplarizante que para nada obedece a la protección efectiva de los derechos de los trabajadores.

C. Existencia de normas reactivas más no preventivas

Frente a este punto, el problema que evidenciamos es la imposibilidad que presentan las normas vigentes de materializar los derechos de los trabajadores en la medida que están redactadas en términos reactivos que aplican consecuencias sancionatorias ante eventuales incumplimientos mas no establecen condiciones preventivas para cumplir con la obligación de proteger que recae en cabeza del Estado conforme a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que en este caso debe propenderse por la aplicación de la auto regulación y de la debida diligencia empresarial, siguiendo la línea del fenómeno que se ha venido desarrollando en materia de derechos humanos en lo que respecta con la protección en cabeza del Estado, el respeto por parte del Estado y las empresas y la remediación por parte de estos últimos cuando ellos se vean vulnerados³⁰.

Es bajo este contexto que pretendemos que se aplique el concepto de tercerización humana sostenible, ya que con la aplicación de este nuevo esquema de autorregulación pretendemos rescatar el factor humano de esa tercerización para que de esta forma el contratante se convierta en un garante de oportunidades (no de condiciones económicas) que satisfagan las necesidades básicas de todos los involucrados en la cadena de producción independientemente del tipo de vínculo que tengan, justamente porque darles un lugar privilegiado y digno a cada persona dentro

³⁰ Frente a este aspecto, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, establecen en el principio 13: “13. La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”. Frente a las cadenas de suministro de las empresas, el precitado literal b) resulta especialmente relevante pues incluye el compromiso de respetar los derechos humanos no solo en sus propias operaciones o actividades; sino de implementar mecanismos que prevengan o al menos mitiguen las afectaciones a derechos humanos que puedan generar terceros con los que aquellas sostengan relaciones comerciales, lo que por supuesto incluye las cadenas de suministro de bienes y servicios por parte de contratistas o subcontratistas.

de la dinámica organizacional es entender la relevancia del aporte que cada uno hace para alcanzar los objetivos pretendidos por el contratante.

Aun cuando la aplicación de este compromiso de autorregulación implicaría un deber adicional y un costo indirecto para los contratantes, consideramos que es la contraprestación que el empresario debería estar dispuesto a asumir al haber logrado los objetivos de competitividad, reducción de costos, productividad y eficiencia pretendidos al momento de contratar la prestación de servicios o la realización de las obras o la intermediación de personal con un tercero.

De ahí que nuestra propuesta final sea plantear, en el marco de esta directriz, una guía que contenga un decálogo de buenas prácticas que, de ser implementadas por el contratante, no solo lo blindarán de reclamaciones futuras por incumplimientos que pueda incurrir ese tercero con las personas vinculadas para la ejecución de su contrato, sino que adicionalmente le permitirán materializar su compromiso en calidad de garante del respeto de los derechos, sin perjuicio del modelo de tercerización que se esté implementando:

1. Realizar un proceso de precalificación del contratista antes de proceder a asignar una orden de compra que permita asegurar el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la normatividad en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo.
2. Incluir en los contratos suscritos con los terceros, cláusulas en las que se indique que quien presta el servicio se compromete a cumplir la normatividad local y a erradicar cualquier forma de trabajo infantil, forzoso o discriminatorio.
3. Crear parámetros o estándares adicionales a los legalmente establecidos (pudiendo usarse como referente aquellos que utiliza o tiene implementados el contratante) que permitan la realización de los derechos de sus trabajadores y reten al contratista a mejorar su gestión.
4. Generar espacios de capacitación para el contratante no sobre la ejecución del objeto contratado sino sobre aspectos y condiciones que permitan fortalecer sus sistemas de gestión en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo.
5. Solicitar de manera periódica (en nuestro criterio mensualmente) los aportes a seguridad social de los trabajadores que se utilicen para la ejecución del contrato y en los eventos en que no se cuente con los mismos no permitir la prestación de los servicios.
6. Efectuar auditorías de manera periódica (en nuestro criterio anualmente) para verificar y corroborar el compromiso y cumplimiento de obligaciones con los trabajadores vinculados en el marco del contrato.
7. Establecer espacios de atención para trabajadores de contratistas en los cuales puedan poner de presente sus necesidades y los eventuales incumplimientos a los que puedan verse expuestos.
8. Fijar mecanismos de vinculación de personas de la zona de influencia en la que se ejecute el contrato, así como la contratación de personas en situación vulnerable, generando incentivos cuando de manera voluntaria lo implementen.
9. Promover que el contratista establezca espacios de formación técnica para comunidades y de habilidades blandas para los trabajadores, generándose incentivos cuando de manera voluntaria lo implementen.
10. Determinar indicadores de resultado (<i>KPIs</i>) que reten al contratista tanto al cumplimiento de los derechos laborales como a generar productividad y competitividad, pero que a la vez eso se traduzca en una retribución adicional para los trabajadores que participaron en alcanzar dicho cumplimiento u objetivo.

Con este decálogo buscamos establecer un parámetro de referencia para todos aquellos que encuentran en la tercerización una alternativa para la generación de oportunidades, no solo de crecimiento, especialización, eficiencia y competitividad, sino de manera especial la oportunidad de generar alternativas de empleo formal, de garantizar unas condiciones mínimas en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo, de brindar o promover formación técnica y actitudinal, de llevar la dignidad humana a través del trabajo a lugares donde las posibilidades de desarrollo personal son escasas, de generar adhesión, pensamiento colectivo y una nueva visión que se aparte de la cosificación y se alinee con la humanización del derecho del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. (09 de 09 de 1950). Diario Oficial No 27407.
- Congreso de la República de Colombia . (23 de 12 de 1988). Ley 79. Diario Oficial No 38648.
- Congreso de la República de Colombia . (28 de 12 de 1990). Ley 50. Diario Oficial No 39618.
- Congreso de la República de Colombia . (22 de 7 de 2008). Ley 1233. Diario Oficial No 47058.
- Congreso de la República de Colombia . (5 de 12 de 2008). Ley 1258. Diario Oficial No 47194.
- Congreso de la República de Colombia . (29 de 12 de 2010). Ley 1429. Diario Oficial No 47937.
- Congreso de la República de Colombia . (2 de 1 de 2013). Ley 1610. Diario Oficial No 48661.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Expediente 11001-03-25-000-2016-00485-00 (2218-2016) C consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. (06 de 07 de 2016).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Expediente 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011). Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. (19 de 02 de 2018).
- Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. (2017). *Informe Público del Examen de la Comunicación a los EEUU 2016-02 (Colombia) Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América: Oficina de Asunto Comerciales y Laborales de la Dirección de Asuntos Laborales Inte.*
- Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO), Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), Corporación Colombiana para la Justicia y el Trabajo (COLJUSTICIA), Sindica. (2016). *Public Submission to the Office of Trade & Labor Affairs (OTLA) under Chapter 17 (Labor) and 21 (Dispute Settlement) of the Colombia - United States Trade Promotion Agreement.*
- Friedman, M. (13 de 9 de 1970). The social responsibility of bussiness is to increase its profits. *The New York Magazine* .

Gobierno Obama - Santos. . (2011). *Colombian Action Plan Related to Labor Rights*.

Ministerio del Trabajo & Business & Human Rights Resource Centre. (2012). *Colombia: Ministerio del Trabajo impone millonaria multa a empresa palmicultora Oleaginosa Las Brisas y varias cooperativas después de paro de trabajadores que protestaban contra la intermediación laboral*. Obtenido de Business & Human Rights Resource Centre: <https://www.business-humanrights.org/es/colombia-ministerio-del-trabajo-impone-millonaria-multa-a-empresa-palmicultora-oleaginosa-las-brisas-y-varias-cooperativas-despu%C3%A9s-de-paro-de-trabajadores-que-protestaban-contra-la>

Ministerio del Trabajo de Colombia . (29 de 4 de 2013). Resolución 1309. Diario Oficial No 48778.

Ministerio del Trabajo de Colombia . (16 de 4 de 2018). Boletín Virtual IVC Primer Trimestre 2018-3.

Ministerio del Trabajo de Colombia . (9 de 5 de 2018). Resolución 2021. Diario Oficial No 50801.

Ministerio del Trabajo de Colombia . (17 de 07 de 2019). Boletín Virtual IVC- Segundo Trimestre 2019.

Ministerio del Trabajo de Colombia. (2011). *Plan de Acción, Santos - Obama*. Obtenido de <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/asuntos-internacionales/plan-de-accion-santos-obama>

Ministerio del Trabajo de Colombia. (2013). Manual del Inspector de Trabajo y Seguridad Social (Resolución No 1309).

Ministerio del Trabajo de Colombia. (26 de 05 de 2015). Decreto 1072. Diario Oficial No 49523.

Ministerio del Trabajo de Colombia. (12 de 10 de 2017). Boletín Virtual IVC Tercer Trimestre 2017.

Ministerio del Trabajo de Colombia. (29 de 01 de 2018). Boletín Virtual IVC Cuarto Trimestre 2017.

Ministerio del Trabajo de Colombia. (19 de 07 de 2018). Boletín Virtual IVC Segundo Trimestre 2018.

Ministerio del Trabajo de Colombia. (12 de 02 de 2019). Boletín Virtual IVC Cuarto Trimestre 2018.

Ministerio del Trabajo de Colombia. (22 de 10 de 2019). Boletín Virtual IVC Tercer Trimestre 2019.

Naciones Unidas. (2011). *Guiding Principles on Business and Human Rights*. Nueva York: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Office of the United States Trade Representative Executive Office of the President. (2012). *United States – Colombia Trade Promotional Agreement-Chapter 17*.

- Organización Internacional del Trabajo. (2019 de 10 de 21). *Trabajo decente*. Obtenido de <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>
- Presidencia de la República de Colombia. (27 de 12 de 2006). Decreto 4588. Diario Oficial No 46494.
- Presidencia de la República de Colombia. (08 de 06 de 2011). Decreto 2025. Diario No 48094.
- Presidencia de la República de Colombia. (2 de 11 de 2011). Decreto 4108. Diario Oficial No 48241.
- Presidencia de la República de Colombia. (29 de 11 de 2013). Decreto 2798. Diario Oficial No 48989.
- Presidencia de la República de Colombia. (29 de 05 de 2014). Decreto 1025. Diario Oficial No 49166.
- Presidencia de la República de Colombia. (12 de 01 de 2016). Decreto 036. Diario Oficial No 49753.
- Presidencia de la República de Colombia. (8 de 4 de 2016). Decreto 583. Diario Oficial No 49838.
- Presidencia de la República de Colombia. (18 de 4 de 2018). Decreto 683. Diario Oficial No 50568.
- Ruggie, J. (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas .
- Statistics How To. (07 de 11 de 2019). *Snowball Sampling: Definition, Advantages and Disadvantages*. Obtenido de <https://www.statisticshowto.datasciencecentral.com/snowball-sampling/>
- U.S. Department of Labor (USDOL). (2018). First Periodic Review of Progress to Address Issues Identified in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2016-02 (Colombia).