UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

# La subcontratación laboral. Reflexiones y propuestas desde una perspectiva Neoconstitucional a propósito de una ampliación de la protección de los derechos de los trabajadores subcontratados.

**Andrés Esteban Algarra Tavera**

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Bogotá D.C., Colombia
2024

# La subcontratación laboral. Reflexiones y propuestas desde una perspectiva Neoconstitucional a propósito de una ampliación de la protección de los derechos de los trabajadores subcontratados.

**Andrés Esteban Algarra Tavera**

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título de:

**Magíster en Derecho con Profundización en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**

Director:
Doctor Juan Camilo Salas Cardona
Codirector:
Doctor Hernando Torres Corredor

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Bogotá D.C., Colombia
2024

*A mi padre y mi madre, a mis hermanos y a los grandes amigos que tengo la fortuna de tener alrededor un especial agradecimiento por el apoyo brindado y un enorme abrazo.*

V La subcontratación laboral. Reflexiones y propuestas desde una perspectiva Neoconstitucional a propósito de una ampliación de la protección de los derechos de los trabajadores subcontratados.

---

*A los profesores Juan Camilo Salas Cardona y Hernando Torres Corredor un especial agradecimiento por su paciencia y dedicación*

# Resumen

**Subcontratación laboral: ampliación del modelo de responsabilidad frente a la protección de derechos de los trabajadores subcontratados**

En el presente trabajo, construido sobre la base del método dogmático a través de la identificación de reglas doctrinales y recopilación de normatividad y jurisprudencia, a su vez apelando al método socio jurídico del análisis de información cuantitativa se analizan las necesidades regulatorias y cambios en el modelo de subcontratación laboral en un estado Social de Derecho bajo la impronta de las teorías del neoconstitucionalismo y las tendencias en las formas atípicas del contrato de trabajo.

**Palabras clave: Subcontratación, neoconstitucionalismo, proteccionismo, formas atípicas del contrato laboral, tercerización, fordismo, toyotismo.**

V La subcontratación laboral. Reflexiones y propuestas desde una perspectiva Neoconstitucional a propósito de una ampliación de la protección de los derechos de los trabajadores subcontratados.

# Abstract

***Outsourcing*: expansion of the responsibility model regarding the protection of the rights of subcontracted workers**

In the present work, built on the basis of the dogmatic method through the identification of doctrinal rules and compilation of regulations and jurisprudence, in turn appealing to the socio-legal method of quantitative information analysis, the regulatory needs and changes in the model are analyzed. of labor subcontracting in a Social State of Law under the imprint of the theories of neoconstitutionalism and trends in atypical forms of the employment contract.

**Keywords: Subcontracting, neoconstitutionalism, protectionism, atypical forms of labor contracts, *Outsourcing*, Fordism, Toyotism**

# Contenido

**Pág.**

**Resumen** ..... **VII**

**Abstract** ..... **VIII**

**Lista de figuras** ..... **11**

**Introducción** ..... **12**

**1. Desarrollo de la Subcontratación Laboral** ..... **16**

1.1 Antecedentes históricos y jurídicos generales de la subcontratación laboral ..... 16

1.1.1 Primeras formas de regulaciones atípicas del trabajo ..... 17

1.1.2 Antecedentes del Outsourcing en el constitucionalismo social ..... 21

1.1.3 La Crisis del modelo fordista, el toyotismo y la consolidación del Outsourcing ..... 25

1.2 Antecedentes históricos y jurídicos locales ..... 28

1.2.1 El surgimiento de la regulación del trabajo tercerizado en Colombia 29

1.3 La subcontratación laboral en cifras ..... 34

1.3.1 Cifras globales de tasa de ocupación y población económicamente activa ..... 34

1.3.2 Cifras de empleo por sector económico en Colombia. ..... 37

1.3.3 Cifras globales de subcontratación laboral en Colombia ..... 39

1.4 Breves consideraciones finales ..... 43

**2. Bases epistemológicas para abordar la subcontratación laboral 45**

2.1 La teoría de la relación laboral y el principio protector ..... 46

2.1.1 Desarrollo histórico del siglo XX: las etapas del derecho del trabajo. 47

2.1.2 La teoría de la relación laboral: un abordaje económico y social de la subordinación ..... 51

2.2 Neoconstitucionalismo y flexiseguridad: ..... 57

2.2.1 Crisis, flexibilización y neoconstitucionalismo ..... 58

2.2.2 La Flexiseguridad y las relaciones atípicas de trabajo ..... 62

2.3 Breves consideraciones finales. ..... 69

**3. Propuestas para la implementación de un modelo de responsabilidad en la subcontratación laboral** ..... **72**

3.1. Los elementos jurisprudenciales en Colombia para un modelo de responsabilidad en la subcontratación laboral ..... 74

3.1.1. Los hitos fundacionales de la subcontratación en la jurisprudencia colombiana: ..... 75

3.1.2. La definición especializada del Outsourcing en la jurisprudencia colombiana: ..... 77

3.1.3. Abordaje del Outsourcing en el sector público y el objeto misional de la administración. ..... 79

*3.3.* La responsabilidad *in vigilando*: punto de partida para un modelo de responsabilidad integrador ..... 87

3.4. El concepto de trabajo decente de la OIT y las regulaciones supranacionales en la subcontratación laboral ..... 91
3.5. Algunos ejemplos de la responsabilidad en el marco de otros países.. 99
3.4.1. Modelo de responsabilidad en España y Argentina: la responsabilidad *in vigilando.* ..... 99
3.4.2. Modelo de responsabilidad en Uruguay y Chile: La responsabilidad subsidiaria. ..... 103
3.4.3. Modelo de responsabilidad en México: La responsabilidad radical. .. 105
3.5. Breves consideraciones finales ..... 107

**Conclusiones y recomendaciones ..... 111**
4.1 Conclusión ..... 111
4.2 Recomendaciones ..... 112
Referencias Bibliográficas..... 117
Fuentes jurisprudenciales ..... 122

# Lista de figuras

**Pág.**

**Figura 1-1:** Distribución laboral de la población colombiana..... 35
**Figura 1-2:** Distribución Porcentual de la ocupación en Colombia 2023..... 36
**Figura 1-3:** Tasa global de participación, ocupación y desocupación Total nacional Septiembre (2015 - 2023)..... 37
**Figura 1-4:** Número de trabajadores formales por tamaño de empresa 2023 ..... 38
**Figura 1-5:** Trabajadores Formales por actividad 2023 ..... 38
**Figura 1-6:** Proporción de personas que respondieron a la pregunta: “La Empresa o persona que contrato a ¿es la misma empresa donde trabaja o presta sus servicios?”(2008-2018): ..... 40
**Figura 1-7:** Figura 1 10:“Tipo de empresa que contrata a ocupados con contrato que trabajan en una empresa diferente (2008-2018)” .....**¡Error! Marcador no definido.**41
**Figura 1-8:** Tendencias en las distintas formas de tercerización laboral ..... 42
**Figura 2.1:** Número de ratificaciones Convenios de Negociación Colectiva……67

# Introducción

El objeto de investigación a tratar aborda en un panorama general la figura del *Outsourcing*, la cual es una tendencia que ha marcado desde las últimas cinco décadas hasta hoy día una de las más relevantes formas atípicas del contrato de trabajo. Partiendo de la anterior premisa, para plantear el objeto de investigación se hace necesario responder a la pregunta: ¿Qué es el *Outsourcing*?

La palabra "*Outsourcing*" significa en principio subcontratación, es decir, que el *Outsourcing* es la forma en la cual se da el cumplimiento de obligaciones y funciones derivadas directa o indirectamente de un determinado objeto o razón social, por medio de la suscripción de contratos de prestación de servicios con un contratista externo a la empresa, para realizar actividades que subyacen o guardan relación con el objeto o razón social propio de la empresa. Para esto, el *Outsourcing* tiene como uno de sus elementos claves la tercerización de la mano de obra. Siendo los *trabajadores* que realizan determinadas labores para la empresa determinada, contratados por la empresa contratista y no por la empresa ante la cual prestan directamente su mano de obra bajo ajenidad.

La subcontratación de la mano de obra se ha convertido en una forma de contratación que representa múltiples beneficios a las empresas; por una parte, representa beneficios en cuanto permite un abaratamiento en los costos productivos al trasladar los gastos en que se incurre en determinada actividad de la cadena de producción hacia su ejecución por

parte de un tercero. Ello se evidencia en cuanto el contratista, por dedicar su objeto social al cumplimiento de una actividad determinada, cuenta con procesos, herramientas y personal capacitado para la realización de dicha actividad, la cual presta a múltiples contratantes, lo que a su vez permite lograr la adquisición una fuerte capacidad financiera para lograr cumplir esa actividad. Si por el contrario, la empresa realiza dicho proceso productivo por cuenta propia, puede darse un requerimiento de mayores recursos para su cumplimiento, ya que, al ser un proceso productivo interno no cuenta con recursos financieros por parte de terceros y a su vez, se haría más costoso dedicar herramientas y personal capacitado específicamente en la realización de dicha labor, pues el lucro de esta no se obtendría de forma directa sino como un resultado del engranaje que se haga de los demás procesos productivos.

Como un segundo beneficio que se obtiene del modelo de la subcontratación, tenemos la especialización de los procesos productivos. Esta especialización permite un desarrollo eficiente del proceso, pues se logra un mayor nivel de calidad con una menor inversión al contar el contratista por cuenta propia con los recursos necesarios para lograr el cumplimiento de la actividad determinada, recursos que, por el contrario, la empresa que realiza el proceso productivo de forma directa ha de repartir en otras actividades dentro de su esquema productivo.

Presentadas las ventajas que representa el modelo de la subcontratación para las empresas, han de indicarse las desventajas que dicho modelo acarrea, en particular para el trabajador subcontratado. Si bien es cierto que dicho sistema permite una mayor capacitación del trabajador en una actividad determinada, y a su vez, permite la creación de nuevos mercados laborales, el modelo también lleva consigo connaturalmente una serie de limitaciones a los derechos de los trabajadores, particularmente el que se diluya la responsabilidad de quien es beneficiario del servicio y la repercusión que ello tiene frente a la exigibilidad y eficacia de los derechos laborales.

Se verá en el presente trabajo que el modelo normativo que se ha implementado en Colombia desde el año 1990, a través de la legislación, la jurisprudencia y los actos administrativos ha dado como resultado el reconocimiento y regulación de múltiples formas atípicas de las relaciones laborales, siendo una de ellas la subcontratación laboral. Dicha

relación laboral, planteó un nuevo escenario de protección del trabajador, el cual se tradujo en la delimitación de la responsabilidad solidaria entre las múltiples personas implicadas en la relación laboral que ostenten la calidad de empleador siempre y cuando se evidencie una relación intrínseca en el objeto social común entre éstos. Sin embargo, la necesidad de proteger derechos como el acceso al Sistema de Seguridad Social a través de la afiliación y aportes en cabeza del empleador, la implementación de una política de Seguridad y Salud en el Trabajo, el derecho a formar o constituir organizaciones sindicales y la promoción de un ambiente de trabajo libre de acoso y de violencias basadas en género entre otras obligaciones de naturaleza extrapatrimonial, desbordan el alcance que hasta el momento se le ha dado a la institución de la responsabilidad solidaria atada a la prestación de un servicio intrínsecamente relacionado al objeto social del beneficiario.

Es necesario ampliar el escenario de protección más allá de las labores intrínsecamente relacionadas con el objeto social, pues en virtud de los principios constitucionales del Trabajo y la Seguridad Social, con independencia del objeto social, todos los actores inmersos en una relación laboral deben ser garantes conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la realización de los fines del Estado Social de Derecho, siendo esencial la garantía de los mínimos derechos de los trabajadores.

De tal problema evidenciado, será entonces finalidad de la presente investigación responder a la pregunta ¿De qué manera pueden desarrollarse en el contexto normativo colombiano mecanismos de responsabilidad acorde a la necesidad de garantizar la realización efectiva de los mínimos derechos laborales de los trabajadores en relaciones de subcontratación laboral sin un objeto social intrínsecamente relacionado entre el contratista y el beneficiario del servicio, en un escenario de proteccionismo laboral sobre las formas atípicas del contrato de trabajo?

Respuesta que encuentra su base en la reivindicación del constitucionalismo social y la concepción del trabajo como un derecho humano y un fin en nuestro ordenamiento constitucional recogiendo para ello la respuesta que la doctrina, la jurisprudencia y otras legislaciones han dado a la necesidad de cubrir a formas atípicas del contrato de trabajo, particularmente la subcontratación laboral, a través de esquemas de responsabilidad

solidaria que trascienden más allá del concepto del objeto social y el nacimiento de normas imperativas en la contratación comercial, civil y pública para el efecto.

# 1. Desarrollo de la Subcontratación Laboral

En este primer capítulo se pretenderá mostrar el desarrollo histórico y doctrinal que ha tenido el modelo de subcontratación laboral en el mundo y particularmente en el escenario colombiano, el impacto que dicho modelo ha generado en el país y finalmente será expuesta la respuesta que legal y jurisprudencialmente se ha dado, particularmente con un modelo de responsabilidad solidaria entre contratista y beneficiario del servicio siempre que se evidencie un objeto social intrínsecamente relacionado.

## 1.1 Antecedentes históricos y jurídicos generales de la subcontratación laboral

Comprender los antecedentes históricos de la subcontratación laboral es una tarea que implica identificar las distintas etapas de desarrollo histórico del derecho laboral, desde su aparición con las primeras formas de regulación del trabajo o lo que podríamos denominar el proto-derecho laboral, hasta su desarrollo y abordaje como institución jurídico dogmática. Para ello en el presente apartado se traerá a colación una división producto de la metodología histórica abarcada mayoritariamente en la doctrina del derecho del trabajo la cual converge en identificar cuatro principales etapas o edades del trabajo (Ojeda, 2008):

Una primera etapa caracterizada por la desregulación en donde se dan insipientes normas de carácter civil sobre la mano de obra y se produce la intensificación de las exigencias de mano de obra con el surgimiento de las teorías de la administración científica del trabajo como el Taylorismo.

Una segunda etapa que abarca el constitucionalismo social como respuesta a la deshumanización del trabajo y el surgimiento del derecho del trabajo como rama del derecho, caracterizada por el nacimiento de códigos y regulaciones sistemáticas encaminadas a la protección de los trabajadores y el reconocimiento constitucional de la relación laboral como una relación compleja y desigual que trasciende a la esfera de la noción del trabajo como un contrato.

Una tercera etapa que abarca la denominada flexibilización, en donde se impusieron modelos de deslaboralización y se crea la necesidad de disminuir garantías laborales en pro del aumento de la producción y los puestos de trabajo, caracterizada a su turno por la caída del modelo de producción fordista y la entrada de nuevas formas de producción.

Una cuarta etapa que abarca la reivindicación del trabajo como derecho humano y un fin del estado el cual debe proveer una respuesta distinta ante las diversas nuevas formas de producción como el *Outsourcing* o el *Crowdsourcing,* desarrollando el concepto de flexiguridad.

Por último, si bien de manera un tanto menos desarrollado en la doctrina es pertinente evidenciar el surgimiento de la subcontratación laboral desde las primeras formas de proto-derecho laboral

### 1.1.1 Primeras formas de regulaciones atípicas del trabajo

El desarrollo de las formas típicas y atípicas del contrato de trabajo se ha dado de manera connatural y de la mano con el desarrollo histórico en la organización productiva que ha acompañado el crecimiento de las civilizaciones. Pese a ello, no a la par de tales transformaciones se ha desarrollado un ordenamiento jurídico cohesionado tendiente a regular dichas formas de producción desde uno de sus factores más determinantes: la

mano de obra. De manera mayoritaria, la doctrina ha señalado los procesos de revolución industrial de finales del siglo XIX y principios del siglo XX como la génesis del derecho del Trabajo, Caracterizando algunos autores que si bien en el sigo XIX no existe el derecho del trabajo sistemático y codificado, predomina una visión burguesa de los trabajadores como una clases social que debe ser vigilada y dirigida lo que lleva en principio a hacerles algunas concesiones que antaño fueren reconocidas a los gremios (Ojeda A, 2010, p. 31)

Sin embargo, la regulación sistemática del trabajo y de las relaciones de producción encuentran asidero en etapas históricas que antecedieron a las revoluciones industriales sobre las cuales existe consenso[1] y por supuesto con ello se desarrollaron históricamente formas atípicas del contrato de trabajo como la subcontratación.

Se constata la existencia de primigenias formas de regulación de la mano de obra en la división del trabajo en antiguas civilizaciones como la romana o la egipcia, señalando algunos autores que el trabajo *"estuvo presente siempre que una sociedad alcanzaba una etapa de acumulación de recursos y poder en unas cuantas manos"* (FINLEY, 1982, p.85.). Muestra de ello lo es el surgimiento de antiquísimas categorías jurídicas como la *LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM,* en donde el *Locator* prestaba personalmente su fuerza de trabajo y el *conductor* a cambio del beneficio recibido otorgaba una contraprestación económica.

Se han constatado primitivas formas de intermediación laboral, siendo recurrente no solo la venta de los derechos de propiedad sobre la fuerza de trabajo del esclavo hacia quien sería su amo, sino también formas primitivas de alquiler de esclavos, las cuales se han constatado en diversas investigaciones sobre el trabajo en la antigua civilización egipcia, en donde podían comprarse determinados días de servicio de un esclavo sin que ello

[1] Parte considerable de la doctrina concuerda con cuatro revoluciones industriales: La primera iniciada en el siglo XVIII con el desarrollo de la maquinaria a vapor y la obtención de energía del carbón en Inglaterra; La segunda a inicios del siglo XIX caracterizada por el desarrollo de la electricidad y el motor a combustión y la industria del petróleo; La Tercera a inicios del siglo XX caracterizada por la organización científica del trabajo y avances como la electrónica y los primeros medios de comunicación masiva; y una cuarta caracterizada por la automatización industrial y el surgimiento de las tecnologías informáticas. (Galindo y Ortiz, 2005, p. 92)

implicara la transferencia de la propiedad de éste, transacción que debía surtirse bajo regulación del *Kenebet*[2], interviniendo el estado en el desarrollo y controversias de dicha forma de división del trabajo.

Tales formas de regulación del trabajo constituyen de alguna manera un proto-derecho laboral, alejado de concebirse en su esencia como regulaciones frente a lo que hoy día entendemos por las relaciones laborales. Amén de lo anterior, existieron formas complejas de regulación de actividades de intermediación laboral mucho más cercanas a la normatividad de las relaciones laborales, que tienen su génesis en procesos históricos anteriores a las mencionadas revoluciones industriales. Tal es el caso de las complejísimas instituciones encaminadas a regular formas de trabajo más allá de la esclava, inclusive formas de trabajo para la época consideradas libre, que se alejan de las dinámicas de la Europa Moderna y encuentran su génesis en los procesos coloniales desarrollados en América desde el siglo XVI hasta los procesos independentistas en la región, contextos históricos en donde se anticipaban importantes instituciones hoy día inescindibles del derecho laboral.

Los procesos de colonización en América Latina produjeron una temprana protección a los indígenas reflejada en las leyes de Burgos de 1512 en donde fue primigeniamente regulada la disposición de la fuerza de trabajo y la humanización de dicho recurso al intervenirse en figuras como la encomienda – institución similar al *outsourcing* laboral -. Siguiendo tal tendencia, la colonización durante el siglo XVI estableció una serie instituciones que perduraron a lo largo del periodo colonial tales como la encomienda, los virreinatos, las gobernaciones y los municipios.

A finales del siglo XVII, bajo el reinado de Carlos II las leyes de Indias surgieron con el ánimo de cohesionar las instituciones y diversas formas sociales y culturales que en el periodo de expansión colonial habían tenido desarrollo. Quizá una de las más importantes relaciones sociales sobre la cual se pretendía regular fue la relación de producción entre

[2] Órganos colegiados del antiguo Egipto encargados de desempeñar tanto funciones judiciales como administrativas a nivel local y a nivel central representadas en la institución conocida como “Gran *Kenebet”*

la colonia y los pueblos indígenas. Tal pretensión se vio plasmada con suma relevancia en el libro VI de las leyes de Indias.

Sorprende ver como tres siglos antes del surgimiento del constitucionalismo social que sentaría las bases dogmáticas del derecho del trabajo, la prestación personal del servicio fue asociada con la actividad del trabajo reflejado en labores como la labranza de la tierra, el transporte de recursos, la explotación de las minas o las ventas. y objeto de regulación jurídica.

También se evidencia una identificación del elemento de subordinación asociado con la autonomía de los indígenas para disponer de su fuerza de trabajo, si bien les era impuesto trabajar para la corona (salvo excepciones).

Por último, el concepto salarial es evidenciado y regulado a través de la figura del jornal, que si bien fue regulado con vaguedad al ponerse bajo el criterio de “retribución justa”, la cual había de ser establecida por la autoridad competente, fue considerado como contraprestación subyacente a la prestación personal de un servicio.

Así, vemos como los elementos que han definido la actual noción del concepto de relación laboral y de sus distintas formas, fue caracterizado tempranamente por las leyes de Indias. Para ilustrar tal acontecer, se hace necesario hacer alusión al libro VI, título XII, Ley primera de las leyes de indias, en donde se estableció la prohibición de antiguas formas de prestación de servicios personales, estableciéndose una serie de mínimos parámetros para observar que los indios laboraren en un lugar de trabajo al que estuvieren acostumbrados, sin vejación ni maltratos y más importante aún, que ellos pudieren escoger a quien prestar su servicio y por el tiempo que estimaren sin que nadie les pudiera imponer el trabajo contra su voluntad.

Con formas de subcontratación laboral sobre indígenas como la encomienda, se constata desde las leyes de indias del siglo XVII, el surgimiento de modelos de responsabilidad frente a los beneficiarios e intermediarios de la mano de obra indígena, se resalta el reconocimiento de la responsabilidad institucional (los ministros) en los actos cometidos, lo cual legitima la vinculatoriedad el cuerpo normativo positivo establecido en la ley indiana en mención.

Por su puesto dentro de tales antecedentes no pueden dejar de observarse sendas intromisiones en la autonomía de los pueblos indígenas propiciadas por la corona como la conocida figura de la Mita Colonial y la misma encomienda, figuras que con el devenir del libro XII, dieron lugar al reemplazo de la labor de intermediario del encomendero hacia la máxima autoridad del resguardo, quienes determinarían la proporción y distribución de los indígenas necesarios para el cumplimiento de la labor. Mucho menos debe dejar de observarse la paralela existencia del trabajo esclavo durante la duración de la colonia y aún durante las primeras décadas de la independencia.

Así pues, los antecedentes históricos normativos de la intermediación laboral se han desarrollado de la mano con la regulación de las relaciones de trabajo, desde una “proto regulación” en las civilizaciones antiguas, hasta más complejas formas de regulación en la colonia española en donde se sentaron las bases de instituciones jurídico-laborales como el salario, la subordinación y la responsabilidad del patrono.

### 1.1.2 Antecedentes del Outsourcing en el constitucionalismo social

La doctrina ha tenido como punto de convergencia respecto de los procesos históricos en que se enmarca la génesis del derecho del trabajo, los procesos de revolución industrial adelantados en Europa a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en donde se encontraba en pleno apogeo la locomotora industrial inglesa, alemana y francesa y en paralelo se da el surgimiento de los primeros movimientos obreros como la Gran Confederación de Trabajadores Ingleses de 1834.

Convergen tales periodos históricos con el desarrollo del modelo de producción fabril en donde paulatinamente se torna en dominante el traslado de la producción en los talleres a la fábrica atendiendo la necesidad de producción en masa. Tal cambio del modelo productivo trae tras de sí a su vez el cambio en las estructuras económicas y sociales que giran en torno a la organización del trabajo, naciendo paulatinamente una clase obrera asalariada emergente en sustitución de la antigua clase de trabajadores artesanos.

Como describe Coriat, el modelo productivo migra a reducir el trabajo a la reproducción en cadena de movimientos y gestos dentro de una línea de producción para arrojar como resultado el producto final, por cuanto se erige ahora el “Cronómetro” o la administración

científica del trabajo como el pilar fundamental para dirigir la actividad de la clase trabajadora (Coriat, 1982, p. 2).

Los cambios en el modelo productivo como indica el profesor CORIAT, trajeron consigo una expropiación de la fuerza de trabajo de los otrora artesanos y con ello una serie de tensiones dadas las nuevas relaciones de poder configuradas. Tales tensiones se verían aún más afectadas con el surgimiento de las tesis de la organización científica del trabajo abanderadas por Frederick Taylor, quien en su obra "Principios de la administración científica", expresaría que la prosperidad social no podría existir sin la máxima productividad, y necesario para ello lo era el logro de la mayor eficiencia (Taylor, 1911). Con tal doctrina se configuraría la conocida para algunos doctrinantes como edad de hierro del derecho del trabajo (Ojeda A, 2010), caracterizada por la priorización de la eficiencia dentro de los procesos productivos, a costa de largas jornadas de trabajo de los obreros, el control exacerbado de los tiempos y movimientos y la despersonalización del trabajo, formando parte el obrero de la máquina y por supuesto substituible por otros tantos.

Las tensiones entre el desarrollo del modelo de producción fabril y las exigencias de trabajo en condiciones mínimas conllevarían al establecimiento de las primeras regulaciones sistemáticas del trabajo de las mujeres y los niños, lo cual, sin embargo, lejos de ser resultado de procesos sociales de negociación con la clase obrera emergente, parecieren en un primer momento *"una legislación esporádica, quizá en un principio obediente a una motivación tuitiva o filantrópica"* (Ojeda A, 2010, p. 31).

A su vez, primaría en la regulación del derecho del Trabajo una visión contractualista la cual no permitía que fuere deslindada de la normatividad de carácter civil, principalmente bajo la figura del contrato de arrendamiento de servicios, reflejado en normas como el Código Civil Alemán de 1900 o incluso en el Código Civil Francés de 1802 vigente para inicios del siglo XX.

No será hasta principios del siglo XX cuando realmente las tensiones entre el modelo de producción fabril y la clase obrera naciente de lugar a los primeros grandes procesos de regulación del trabajo, conocidos como el constitucionalismo social. En los países de Europa en la década de 1900 aparecen normas regulatorias respecto del descanso dominical, accidentes de trabajo, regulación del salario mínimo, con importantes

compendios normativos como el Código de Trabajo Francés de 1919 y la Ley Británica sobre Salario Mínimo de 1909.

Continuaría su desarrollo el constitucionalismo social, marcado con los procesos de posguerra que sucedieron a los acontecimientos de la primera guerra mundial, estableciéndose en el tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 el surgimiento de la Organización Internacional del trabajo en su parte XIII, sección I.

A su turno, la ausencia de regulación el trabajo que caracterizó al siglo XIX vería su fin, surgiendo procesos históricos como la constitución de Querétaro de 1917 y la constitución de la República de Weimar de 1919, dos hitos históricos que marcaron la pauta del surgimiento del derecho social tanto en América Latina como en Europa. Ambas constituciones introducen conceptos que radicalmente cambiarían el constitucionalismo imperante para la época.

Particularmente como lo describiría Valle, se erigieron como características definitorias del constitucionalismo social el reconocimiento de los derechos de organización profesional, el derecho a la huelga, a la redistribución de la riqueza, el concepto de equidad en las relaciones jurídicas y económicas, particularmente en la constitución de Querétaro además, se dan las regulaciones agrarias y se limita el tradicional derecho a la propiedad heredado del constitucionalismo liberal imperante (Valle, 2017. p. 442).

Sobre la base de la justicia social y el reconocimiento de la clase obrera y sus demandas, las formas de trabajo vendrían a ser reguladas traspasando la barrera que la teoría contractualista habría impuesto tras someter el trabajo a las regulaciones de los bienes y las monedas de cambio en el siglo XIX. De manera prolongada se consolidaría aquella etapa histórica en la regulación del trabajo denominada por algunos como *"*El esplendor*"* señalando algunos autores que *"Los años transcurridos entre 1935 y 1970 asisten al esplendor del Derecho del Trabajo, a su época dorada, cuando Calixto Valverde se pregunta si el Derecho Civil sobrevivirá en la dura competencia con el Derecho Sindical."* (Ojeda A, 2010, p. 45).

Si en el periodo de la posguerra a inicios del siglo XX se sentarían las bases del constitucionalismo social, las décadas posteriores se convertirían en la manifestación de tales pilares – no ajeno a ello el estado colombiano respondería a tal tendencia con la constitución de 1936 y el Código Sustantivo del Trabajo de 1950 - con novedosas

regulaciones que encontrarían la respuesta a los conflictos de índole laboral en la negociación colectiva como la Ley Wagner de 1935.

Por otra parte, seguiría siendo imperante el modelo de producción fabril heredado del taylorismo a inicios del siglo XX, siendo imperante hasta la década de 1970 la fábrica y la centralización de los procesos como forma de producción, por cuanto durante tal periodo histórico sería incipiente la adopción de modelo de tercerización y subcontratación laboral, adoptando el modelo de producción fabril nuevas formas como la producción en cadena para garantizar la hegemonía de la fábrica como escenario de las relaciones laborales, particularmente el fordismo.

Concuerda entonces la doctrina en que asiste al auge del modelo de producción en cadena el conocido modelo implementado en los Estados Unidos a inicios del siglo XX en cabeza de Henry Ford caracterizado por la estandarización de los procesos productivos, la especialización de los trabajadores, la acentuación de la subordinación en las relaciones de trabajo, la subdivisión de los distintos procesos productivos y la implementación de incentivos para una mayor productividad y reducción de tiempos muertos – implementando el fordismo metodologías del taylorismo como el control de tiempos y movimientos-. Dicho en otras palabras, *"el fordismo es entendido como un tipo de proceso de producción con un sistema de máquinas en línea continua y una organización del trabajo parcializado, con control de tiempos y movimientos, estandarizado"* (Zuccarino M, 2012. p. 5.)

Bajo tesis económicas imperantes en la primera mitad del siglo XX como el keynesianismo, conviviría el modelo de producción fordista heredando algunas tesis de corte taylorista como el control de tiempos y movimientos e introduciendo algunas otras contrarias a ello como lo fue la implementación de un sistema de incentivos salariales para la maximización de la producción.

Sin embargo, supuso el surgimiento del modelo de producción en cadena un importante antecedente de surgimiento del *outsourcing* pues posteriormente, bajo modelos productivos como el toyotismo pasarían a deslocalizarse los distintos eslabones de la cadena productiva para finalmente culminar con la atomización de las relaciones de trabajo dando cabida como nuevo modelo de producción hegemónico al *outsourcing.*

Surge entonces el *outsourcing* del modelo de producción taylorista y fordista bajo el cual en una misma fábrica convergen varios procesos productivos que con la debida organización de sus engranajes conllevaría a la producción en masa de bienes y servicios que exigiría la nueva estructura social, en donde paradójicamente, el trabajador asalariado paso a tener el protagonismo. Así mismo, respondió durante la primera mitad y parte de la segunda mitad del siglo XX la sociedad ante tal modelo productivo y las nuevas formas de circulación del capital, dando surgimiento a una nueva rama del derecho: el derecho social, que sin embargo veremos, vio de la mano con el desarrollo del modelo *outsourcing* una amenaza, vaticinando algunos autores su práctica desaparición en la década de 1990 y los 2000.

### 1.1.3 La Crisis del modelo fordista, el toyotismo y la consolidación del Outsourcing

Gran éxito significó para el modelo productivo y el surgimiento de los primeros sistemas de regulación laboral garantistas el fordismo y la fábrica como centro focalizado de la producción que incluso conllevaría a la consolidación de la clase social obrera – asalariada y la conformación de grandes organizaciones sindicales. Sin embargo, tal modelo productivo centralizado vería un punto de ruptura con la gran crisis económica mundial acontecida en la década de los 70' que conllevó a replantear las formas de producción, siendo marcada la sustitución paulatina del modelo fordista de producción por el modelo toyotista en donde predomina precisamente el *Outsourcing.*

Nutrida ha sido la investigación económica respecto de las causas que detonaron tal crisis, más han confluido las investigaciones en indicar que, si bien la economía mostraba una tendencia a su crisis a finales de los años 70' fueren las decisiones tomadas por los países pertenecientes a la Organización de los países Exportadores de Petróleo (OPEP) en el año 1973.

Tales decisiones políticas de los países miembros de la OPEP y su respuesta por parte de los países desarrollados conllevaron a desequilibrios macroeconómicas como 1. Tasas inflacionarias superiores al 10% en los países miembros de la OCDE, 2. Alzas en las tasas de desempleo en Europa y Estados Unidos superiores al 10% y 3. superávits en la balanza comercial de los países exportadores de petróleo y déficits en la balanza comercial de los países importadores de petróleo. (Martín, 2015) Todo lo anterior a su vez trae como

consecuencia de alto impacto para los países un crecimiento económico en número negativos, alcanzando incluso cifras de -4% para países desarrollados como Estados Unidos.

Con tal crisis el modelo de producción tradicional fordista se ve abocado a transformarse dando nacimiento a lo que se ha denominado como el "posfordismo", el cual subyace como una especie de un gran genero consolidado bajo un nuevo modelo económico neoliberal y globalizado, surgido como respuesta al gran poder que países no pertenecientes a la OCDE estaban cobrando. Dicho modelo posfordista se ve caracterizado por el abandono de un modelo de industrialización y sustitución por un modelo de apertura y competencia global (Portes, 2004), lo cual ha tenido como efecto la externalización de la fuerza de trabajo y la interdependencia de multiplicidad de unidades productivas para lograr la consolidación de un solo bien y servicio susceptible de circular en el mercado. La relación empleador y empleado pasa entonces por un proceso de dilución dentro del cual no se evidencia con la marcada fuerza de otrora el antagonismo entre los intereses de ambas partes.

Modelos productivos como el Toyotismo empiezan a ser atractivos para las nuevas economías y funcionales para un nuevo modelo económico mundial globalizado, caracterizado precisamente por la descentralización de la producción económica, siendo una de las principales características de dicho modelo la flexibilización laboral a través de figuras como el *Outsourcing*. En un primer lugar, el modelo Toyotista toma elementos del Taylorismo y el fordismo como el control de tiempos y movimientos bajo conceptos como el *Jidoka* consistente en la "*eliminación de defectos y desperdicios en tiempo real mediante la preparación de una línea de producción con capacidad para detenerse cuando se detectan problemas, tales como el mal funcionamiento de los equipos, retraso en el trabajo o problemas de calidad."* (Álvarez, 2012, p. 5)

En un segundo lugar y como característica identitaria del Toyotismo, se rompe el paradigma de la producción fabril centralizada del fordismo y el taylorismo bajo la égida del principio de la "mínima fábrica", según el cual la producción centralizada de la compañía acompañada de sus trabajadores debe ser mínima y polivalente debiendo ser

predominante la subcontratación de la mano de obra y la externalización de los procesos productivos (Álvarez, 2012, p. 6).

Además de basar la productividad en la externalización de la mano de obra el toyotismo monta su base sobre otros principios determinantes como 1. La Polivalencia de sus trabajadores, traducida en la asignación de diversas tareas a los trabajadores de base de la compañía, 2. La flexibilización de la jornada de trabajo naciendo figuras como los turnos rotativos, 3. El *Kaizen* que se traduce en la retroalimentación constante al trabajador para la eliminación de todo aquello que no agregue valor al producto final, 4. El establecimiento de las remuneraciones salariales sobre la base de la productividad como los sistemas de comisione y bonificaciones por productividad y 5. La reducción de la negociación colectiva y del sindicalismo y alineación de los sindicatos con las políticas y cultura empresarial de la compañía (Álvarez, 2012, p. 6)

Con el neoliberalismo y la incursión de modelos productivos como el toyotismo surge entonces la tendencia a la deslaboralización de las relaciones de trabajo, en donde incluso la doctrina identificó la tendencia a la desaparición del derecho del trabajo y el retorno a unas relaciones laborales reguladas por la mano invisible del libre mercado y las relaciones contractuales civiles (Supiot, 2008).

Dicha tendencia se ve legitimada en dicho momento histórico a través de la imposición de la doctrina de la sostenibilidad económica de los estados y del orden global, la cual ha llevado a que el antagonismo entre los intereses de empleador y empleado pase a un segundo plano y ceda su lugar a la preocupación de los estados por el mantenimiento de un orden económico global, el cual observa a las garantías laborales como cargas para el sistema.

Asienta entonces el *Outsourcing* como modelo productivo y relación jurídico laboral sus bases en un nuevo periodo de la economía en donde predominarían tesis como la flexibilización laboral, la desregulación del trabajo, la regulación excesiva del sindicalismo y la negociación colectiva a fin de limitar los conflictos colectivos, tesis las cuales para muchos significarían la casi extinción del derecho de los trabajadores que se logró consolidar antaño en la épocas doradas del constitucionalismo. Sin embargo, como veremos en subsiguientes apartados tales tesis encontrarían su momento de crisis en el año 2008, llevándonos hoy día al reverdecimiento del constitucionalismo social y las

nuevas regulaciones del trabajo frente a formas atípicas como la subcontratación laboral, hoy día asistida de complejas relaciones de interacción digital.

## 1.2 Antecedentes históricos y jurídicos locales

No ajeno al cambio productivo que se da teniendo como punto de inflexión la crisis económica ocurrida a inicios de la década de los 70', la región latinoamericana asiste al proceso de transición en el cambio del modelo productivo teniendo en las décadas de los 80' y 90' el mayor auge de tercerización laboral y una precaria producción normativa como respuesta a ello. Sin embargo, no ocurre dicha transición de la misma manera que en los países desarrollados miembros de la OCDE quienes afrontan a través de fuertes regulaciones los embates que la crisis económica significaron, por el contrario, en América Latina tal proceso repercute en que se hubiere acentuado la precarización laboral ya característica de la región.

Mientras el avance del *outsourcing* en los países desarrollados implicó una producción normativa que proscribiera de dicha práctica la vulneración de los derechos a los trabajadores - de allí el éxito y relativo acogimiento de modelos como el toyotismo en países como Japón – en los países de la región latinoamericana y en Asia implicó el surgimiento de regulaciones normativas que incentivaran el uso de dicha figura de la manera más favorable para la organización productiva empresarial y la atracción de la inversión extranjera dejando profundos vacíos normativos que sirvieron de base para eludir las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo. (Basualdo y Morales, 2014, p.54)

Es así como los países subdesarrollados se tornan atractivos para los grandes mercados y multinacionales que, en aplicación de los principios descritos del nuevo modelo de externalización, particularmente adoptando las tesis del toyotismo, ven atractiva la reducción de costos y relativa cualificación de la mano de obra que la subcontratación de actividades en países de la región significaría, ello por supuesto coadyuvado con precarias regulaciones normativas laborales en la región.

Estas ventajas implicaron que las multinacionales trancisionaran a corporaciones trasnacionales que movilizaban sus capitales a zonas de costos reducidos de mano de

obra, permitiendo una mayor concentración y centralización del capital. Como expresarían Basualdo y Morales para el año 2003 China e India ofrecían 1.3 mil millones de trabajadores de mano de obra barata, ejemplificando como un trabajador de *call centre* indiano cobraba un 14% a 16% del salario que cobraba un trabajador inglés, o un ingeniero de software cobraba un salario equivalente al 16% del salario cobrado por un trabajador inglés (Basualdo y Morales, 2014, p.56).

Sin embargo, como veremos en subsiguientes apartados, resulta problemática la aplicación del modelo toyotista en el contexto latinoamericano no solo por la precarización laboral que supuso el ofrecimiento de mano de obra relativamente cualificada y precarizada, sino por la aplicación de un modelo montado en todo caso sobre la base de una producción fabril con incipiente desarrollo en la región latinoamericana.

### 1.2.1 El surgimiento de la regulación del trabajo tercerizado en Colombia

No ajeno a la tendencia de precarización que significó el auge de la subcontratación en el esquema productivo latinoamericano, el desarrollo histórico en Colombia seguiría tal tendencia con una regulación precaria que aún hoy día rige en la materia, lo que sin duda ha producido los amplísimos márgenes de discrecionalidad en las decisiones judiciales que han conllevado a reglas y subreglas, que como veremos, pudieren resultar contradictorias con los postulados constitucionales.

De manera primigenia la tercerización laboral fuere regulada en el decreto 2663 de 1950 en Colombia la figura del mero intermediario, la cual, si bien dista del *outsourcing,* no de ja de ser una importante forma de tercerización laboral cuya estructura dogmática conviene traer a colación en contraste con la de la subcontratación. Dicha figura que hoy día se conserva en su esencia inalterada en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo tiene como sus principales elementos: 1. Una relación triangular de trabajo compuesta por un empleador, un simple intermediario y uno o varios trabajadores; 2. La encomienda a través del simple intermediario para que los trabajadores realicen en misión servicios utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas y en general bajo continuada subordinación y dependencia del beneficiario del servicio y 3. La obligación del simple intermediario de declarar expresamente la condición en la que actúa.

Nótese entonces como de manera temprana en la legislación colombiana fuere regulada la tercerización, evidenciándose por supuesto como primera forma la más simple, consistente en la contratación de trabajadores para la realización de labores propias del empleador utilizando al intermediario como un simple canal para la consecución de la fuerza de trabajo sin que éste asuma por cuenta y riesgo propio una actividad económica determinada, caso distinto al *outsourcing.*

Dicha figura se materializaría en la contratación a través de empresas de servicios temporales, la cual hoy día ha recobrado suma relevancia, llamando la atención su auge reciente en la contratación en el sector público como respuesta a las prohibiciones frente al contrato de prestación de servicios como figura que aún sigue siendo predominante para que el estado colombiano eluda las obligaciones derivadas bien sea de una relación legal y reglamentaria o de un contrato de trabajo, frente a sus trabajadores.[3]

Por otra parte, estableció el artículo 3 decreto 2351 de 1965 mediante el cual se modificó el artículo 34 del Código Sustantivo del trabajo la figura del contratista independiente, la cual refleja el *outsourcing* como figura legalmente instituida en Colombia[4] reflejando como primigenias características de la figura en Colombia: 1. Una relación triangular de trabajo

[3] Véase en particular la circular conjunta número 01 de 2023 emitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Contratación Pública, la cual supone l política de sustitución de contratos de prestación de servicios por la contratación a través de empresas de servicios temporales para el apoyo a actividades de las entidades estatales.

[4] Establece el artículo 34 del C.S.T. "*1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*

*2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."*

caracterizada por un Beneficiario, un contratista y los trabajadores; 2. El contratista asume por riesgo propio la ejecución de la actividad contratada por el beneficiario y 3. La responsabilidad solidaria entre contratista y beneficiario si la obra de la cual se beneficia se encuentra relacionada con su objeto social.

De esta manera se introduce en el país como forma de contratación aquella en virtud de la cual un empleador encomienda a un tercero contratista la realización de una labor que puede o no ser extraña a su objeto social, siendo esta última la razón determinante para establecer o desvirtuar la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones subyacentes al contrato de trabajo. Modelo de responsabilidad que si bien resulta vanguardista para el momento histórico en el cual fuere dictado, ha sufrido modificaciones superfluas, lo cual hoy día lo torna en obsoleto ante nuevas formas de *outsourcing* a las cuales asiste el actual mercado de trabajo que han conllevado a terrenos de desprotección laboral a una considerable parte de la población.

Las tempranas regulaciones de dichas figuras a su vez han de ser entendidas dentro del contexto histórico económico por el cual atravesaba el estado colombiano en las décadas de los 50' y los 60'. El escenario económico de tales décadas se vería fuertemente influenciado en el país por la predominancia de una política de sustitución de importaciones que encontró su génesis en el país con la caída de la hegemonía conservadora en la década de los 30' con la asunción del poder en cabeza de Enrique Olaya Herrera y Alfonso López Pumarejo, ruptura política que no fuere caprichosa, sino por el contrario, producto de la gran crisis económica de 1929 lo cual implicó una marcada desaceleración de la economía colombiana debido al colapso del precio internacional del café y el flujo de capitales en la economía mundial (Kalmanovitz, 2007, p. 203).

Este escenario económico implicó un fortalecimiento de la industrialización en el país y de la mano un fortalecimiento en las regulaciones del trabajo, surgiendo en medio de tal periodo normas trascendentales como lo es el Código Sustantivo del Trabajo en 1950 y el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social en 1948. Lo anterior por supuesto, como señalan Basualdo y Morales, en el entendido de los marcados procesos de precarización laboral en Latinoamérica en comparación con el desarrollo industrial en los países desarrollados, al cual no fuere ajeno el contexto colombiano.

Vería tal política de sustitución de importaciones en Colombia una ruptura con la implementación de un modelo de apertura económica, el cual trajo consigo el de "flexibilización del trabajo", conllevando la instauración de modelos productivos como el toyotismo, que trae consigo la externalización de procesos y tercerización de la mano de obra.

Asiste Colombia durante las décadas de los 70' y los 80' al proceso de crisis económica mundial, lo cual conllevó al estancamiento del crecimiento industrial del país y posteriormente a la ruptura del modelo de sustitución de importaciones y a la entrada de la apertura económica. Durante las décadas de los 80' y 90' surgen regulaciones laxas que incentivarían la tercerización laboral y el *outsourcing* como una herramienta para ello, naciendo incluso figuras como la subcontratación a través de cooperativas de trabajo asociado con la ley 79 de 1988.

Producto de la ruptura del modelo de sustitución de importaciones, y la égida de la apertura económica, se expide la ley 50 de 1990 que además de adoptar medidas de flexibilización laboral e integración de grandes capitales como los Fondos Administradores de Cesantías a las regulaciones laborales, consolidó el marco normativo que hoy día rige en materia de tercerización laboral y los actuales modelos de responsabilidad de los actores en dichas relaciones de trabajo. Todo ello dentro del marco de una política atinente a implementar medidas para liberar importaciones y reducir aranceles como primeros pasos del proceso de apertura (Aguilar, 1991, p. 5).

Sobre la base de las instituciones jurídicas reguladas en la ley 50 de 1990, a través de la sentencia C-593 de 2014 surgieron una serie de reglas y subreglas dando alcance normativo a las disposiciones legales que sentaron su base en la ley 50 de 1990 y particularmente en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual fuere sujeto al control de constitucionalidad. Particularmente en la mencionada sentencia se analizaría como problema jurídico el alcance de la expresión *"a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio"* contenida en la norma para efectos de determinar cuándo aplicar la responsabilidad solidaria.

Para la resolución de tal problema jurídico la Corte Constitucional sentaría las bases del actual modelo de responsabilidad en lo atinente a la subcontratación laboral estableciendo los siguientes elementos:

En primer lugar, se efectúa una clara distinción entre los trabajadores del contratista independiente que desarrollan labores afines al giro ordinario de los negocios del contratante y los que desarrollan labores ajenas. Respecto de los primeros, estos son asimilables a los trabajadores directos de la empresa. Al respecto, para ejemplificar expresaría la Corte Constitucional *"A modo de ilustración, si una compañía de textiles contrata el mejoramiento de la estructura física de la empresa (pintura, arreglo de paredes, entre otros), los empleados del contratista no podrían ser asimilados a los trabajadores de la empresa por cuanto desarrollan funciones diferentes."*

En un segundo lugar, con respecto al trato diferenciado entre los trabajadores que ejercen una labor intrínsecamente relacionada al objeto social de la empresa contratante, y los que no, expresaría la Corte Constitucional que la figura en si misma de la subcontratación no riñe con los postulados mínimos del derecho al trabajo, siendo que lo que resulta contrario al derecho es que pretenda encubrirse verdaderas relaciones laborales entre beneficiario y trabajador subcontratado con el contratista fungiendo en la realidad como un mero intermediario.

Declararía así la Corte Constitucional la exequibilidad de la expresión *"a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio"* consolidándose así el actual marco de responsabilidad solidaria entre contratista y beneficiario del servicio siempre que se trate de labores intrínsecamente relacionadas con el objeto social desarrollado por la empresa beneficiaria, caso contrario no está llamado a operar el instituto de la responsabilidad solidaria.

Veremos a lo largo del presente escrito que, pese a que con la crisis económica de 2008 se ha visto la crisis del modelo de globalización y de flexibilización laboral y desde entonces la tendencia ha sido nuevamente la instauración de un proteccionismo laboral que responda a las nuevas formas de organización productiva (Ojeda, 2010) , Colombia hoy día se ha encontrado anquilosada en las regulaciones de la apertura económica sentadas con la ley 50 de 1990 lo que como veremos ha producido profundas brechas de inequidad

laboral en sectores de trabajadores vulnerables[5], siendo una de sus causas la obsolescencia del modelo de responsabilidad en la subcontratación laboral que actualmente sigue siento aplicado sin cambios sustanciales por los operadores judiciales de modificar estas reglas.

## 1.3 La subcontratación laboral en cifras

Para el análisis del impacto que tiene el problema descrito, es necesario caracterizar el nivel de influencia que tiene en el mercado laboral colombiano la subcontratación laboral y las tendencias que ha tenido para poder predecir el impacto que seguirá teniendo dicho modelo laboral y evaluar el funcionamiento del actual modelo de responsabilidad existente establecido por el legislador y los jueces.

### 1.3.1 Cifras globales de tasa de ocupación y población económicamente activa

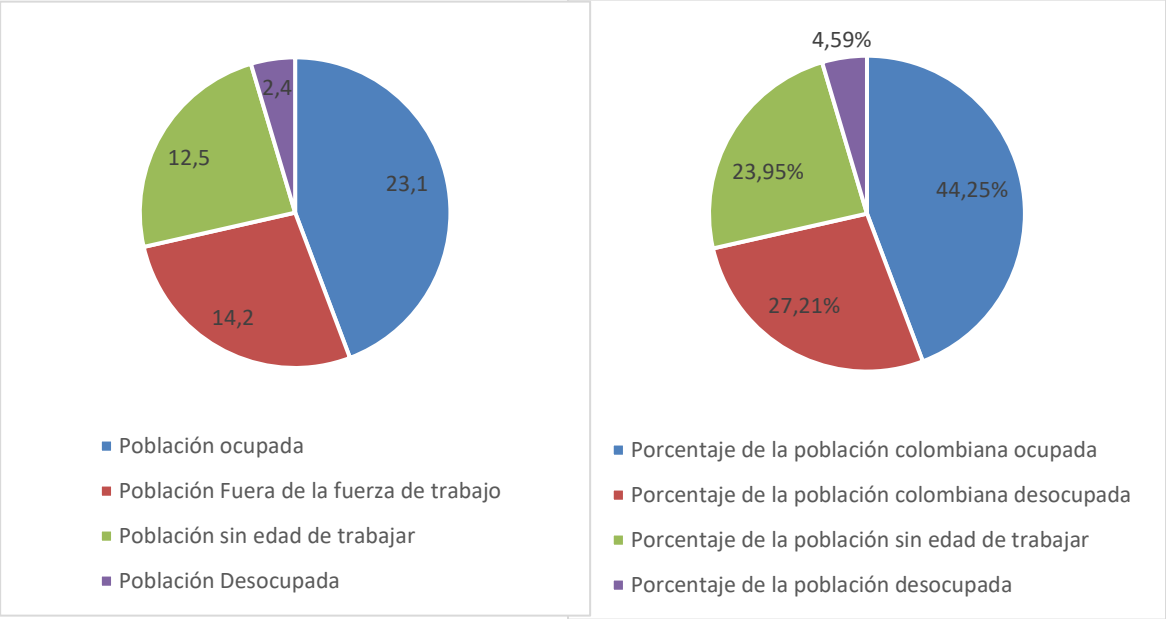
Para el entendimiento del impacto de las cifras de subcontratación laboral en Colombia, es en primer lugar pertinente caracterizar la organización de la población colombiana según su actividad, como quiera que el fenómeno de la tercerización laboral recae en principio sobre la población económicamente activa, sujeta a una relación laboral sobre la base de las proyecciones estadísticas efectuadas por las instituciones competentes, en el caso colombiano, en cabeza del Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE.

Para enero del año 2023, en donde la población colombiana proyectada por el DANE asciende a una cifra de 52.22 millones de habitantes (DANE, 2023, p.6), en donde se tuvo que para el segundo trimestre del año 2023, la Tasa Global de Participación (TGP) es de un 64,3% de la Población en edad de Trabajar (PET) (DANE, 2023, p.1) indicadores que nos sirven de base para el análisis del panorama laboral al año 2023, en donde a rasgos

[5] Refiriéndome a trabajadores de sectores como la vigilancia, el servicio de aseo o los sectores de *customer service* con una alta participación de trabajadores jóvenes excluidos cuya subcontratación se dispara con el devenir de la pandemia COVID-19.

generales, se tiene que, para el segundo trimestre del año 2023 la población empleada en Colombia asciende a la cifra de 23.1 millones de personas mientras que la población por fuera de la fuerza de trabajo asciende a una cifra de 14.2 millones de personas (DANE, 2023, p.10)

**Figura 1-1:** Distribución laboral de la población colombiana



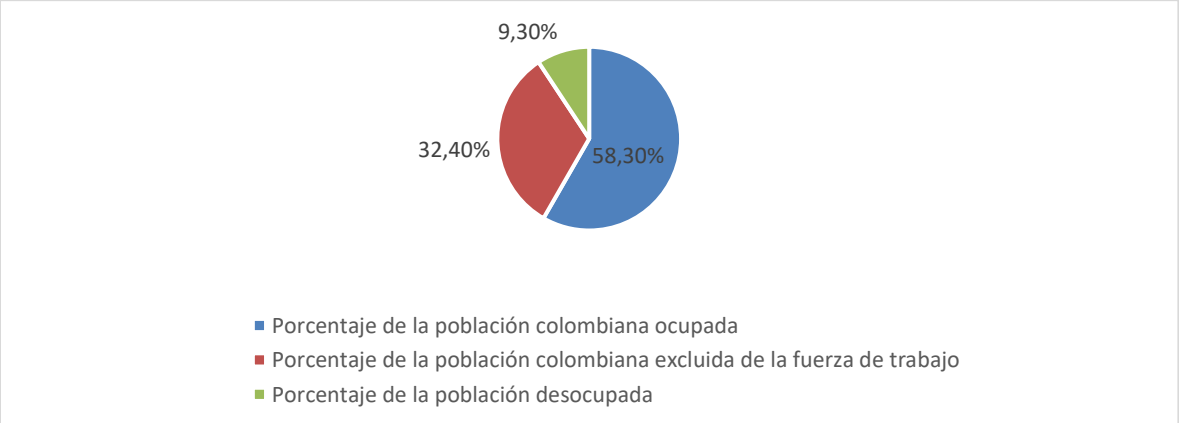

Nombre de la fuente: Gráficos de realización propia con datos obtenidos de DANE (2023). Boletín técnico Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Bogotá. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. y de DANE (2023). Comunicado de Prensa Indicadores de mercado laboral junio de 2023. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

Debe precisarse la Tasa de Ocupación y la Tasa de Desocupación no son indicadores que reflejen necesariamente la cantidad y porcentaje global de la población empleada, pues es necesario precisar que dichas variables nos dan razón del porcentaje de trabajadores que tienen la posibilidad de trabajar (en edad de trabajar y económicamente activos) que se encuentran efectivamente trabajando, por cuanto de su cálculo se excluye a la población que no se encuentra en edad de trabajar.

A su turno, respecto del cálculo de la tasa de desocupación no necesariamente se corresponde con el porcentaje sobre la población en edad de trabajar a que equivale la población desocupada, pues en dicho indicador solo se incluyen los trabajadores que se encuentran en búsqueda de empleo. De tal manera, para el año 2023, la Tasa de Empleo se encuentra en un **58.3%** y la tasa de desocupación en un **9.3%** (DANE,2023, p.1).

Conforme a lo anterior, tenemos que la población en edad de trabajar en Colombia es de 39.7 Millones de habitantes, de los cuales 23.1 millones se encuentran ocupados, 2.4 millones se encuentran desocupados y 14.2 millones se encuentran por fuerza de la fuerza laboral (desempeñando oficios del hogar, estudios y otros)[6]. Así pues, la tasa actual de ocupación y desocupación en Colombia es la siguiente:

**Figura 1-2:** Distribución Porcentual de la ocupación en Colombia 2023

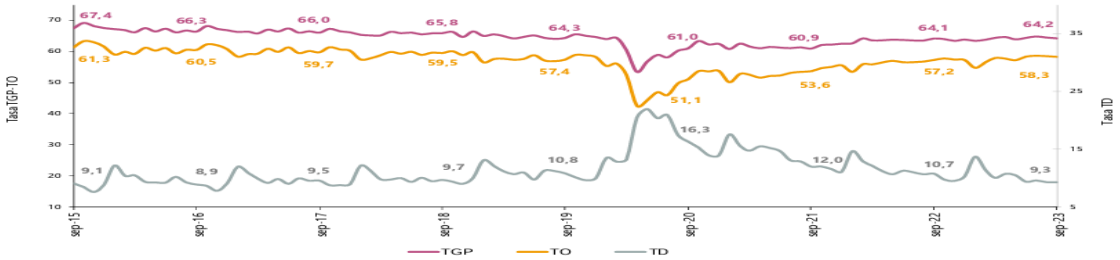



Nombre de la fuente: Gráficos de Realización propia con información extraída del DANE (2023). Boletín técnico Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Bogotá. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. y de DANE (2023). Comunicado de Prensa Indicadores de mercado laboral junio de 2023. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

Respecto de la tendencia de la ocupación y desocupación en Colombia a lo largo de los últimos 8 años desde el año 2015 tenemos:

[6] De conformidad con la metodología utilizada por el DANE, dichas personas se excluyen de la fuerza de trabajo. Ver en DANE (2023). *Boletín técnico Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH).* Bogotá. Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

**Figura 1-3:** Tasa global de participación, ocupación y desocupación Total nacional Septiembre (2015 - 2023)




Nombre de la fuente: Gráfico obtenido de DANE (2023). Boletín técnico Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Bogotá. Departamento Administrativo Nacional de Estadística

De las anteriores cifras tenemos que para septiembre 2015 la TO fuere de un 61.3%, para septiembre de 2016 de 60.5%, para septiembre de 2017 de 59.7%, para septiembre de 2018 de 59.5%, para septiembre de 2019 de 57.4%, para septiembre de 2020 de 51.1%, para septiembre de 2021 de 53.6%, para septiembre de 2022 de 57.2% y para septiembre de 2023 de 58.3%.

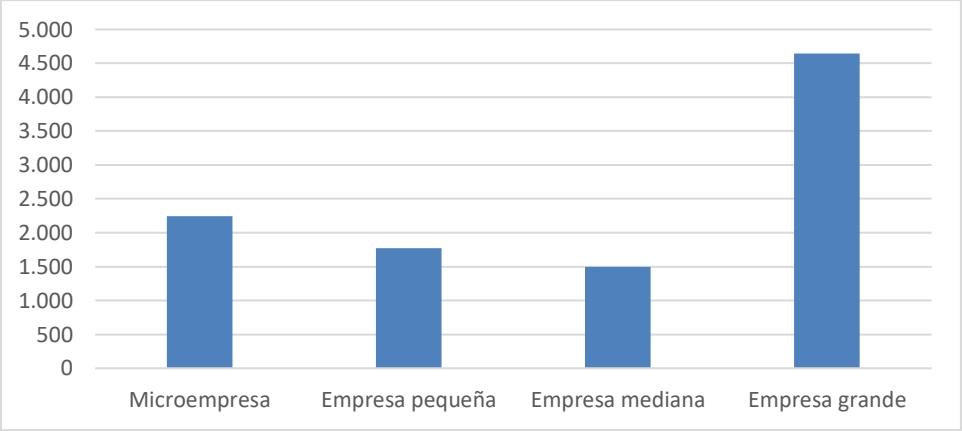
Conforme a las anteriores cifras, podemos afirmar que 1. Colombia para el año 2023 cuenta con un porcentaje global del 44.25% de su población trabajando, 2. Colombia para el año 2023 cuenta con un porcentaje del 58,3% de su fuerza de trabajo laborando y 3. Durante los últimos 8 años, la Tasa de Ocupación muestra una tendencia al 57.62%.

### 1.3.2 Cifras de empleo por sector económico en Colombia.

Caracterizada la población laboral en Colombia vigente y el porcentaje de ella que pertenece al empleo formal en el año 2023, es pertinente caracterizar los sectores económicos con mayor influencia en el empleo formal, pues precisamente de su caracterización cualitativa deviene la necesidad de implementar esquemas de responsabilidad subjetivos en materia de subcontratación laboral, siendo por supuesto dicha forma contractual más predominante en algunos sectores económicos caracterizados.

Prima facie observamos la cifra de trabajadores formales los 10.24 millones de trabajadores para junio de 2023, pues bien, para el tercer trimestre móvil de 2023, dicha cifra ronda los 10.15 millones (DANE,2023, p.11), la cual se encuentra distribuida por tamaño de la empresa en la siguiente manera:

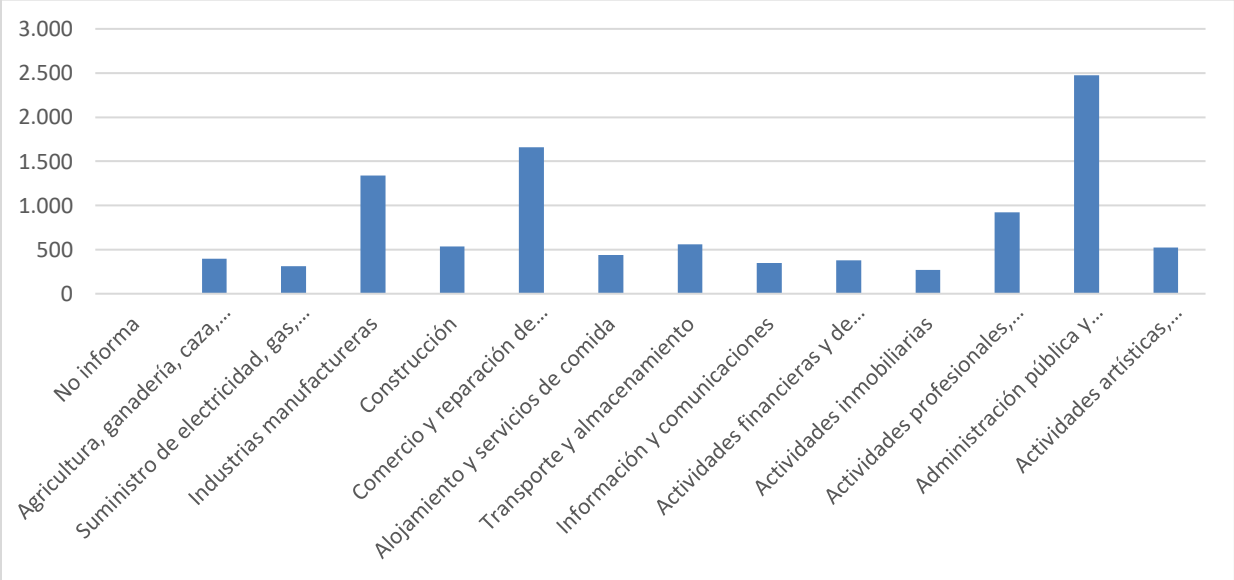
**Figura 1-4:** Número de trabajadores formales por tamaño de empresa 2023




Nombre de la fuente: Gráficos de Realización propia con información obtenida de DANE (2023). Anexos Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) julio – septiembre de 2023. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

Por otra parte, de manera más detallada, podemos observar los sectores principales de la producción de bienes y servicios en donde se enmarca el trabajo formal conforme a la siguiente información:

**Figura 1-5:** Trabajadores Formales por actividad 2023



Nombre de la fuente: Gráficos de Realización propia con información obtenida de DANE (2023). Anexos Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) julio – septiembre de 2023. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

De lo anterior se derivan varias conclusiones: 1. La gran empresa, seguida de la microempresa son los dos tipos de unidad económica que mayor empleo formal aportan para el año 2023 y 2. Los sectores económicos con mayor generación de empleo formal en el año 2023 lo son: 2.1. El sector de la Administración Pública y Defensa, educación y atención en salud Humana, 2.2. Comercio y Reparación de Vehículos, 2.3. Industrias manufactureras, 2.4. Las actividades científicas, técnicas y de servicios administrativos y 2.5. Transporte y almacenamiento. Tales cifras serán de relevancia a la hora de contrastar en el trabajo formal el impacto que tiene la subcontratación laboral y dada la desactualización que veremos en las cifras de medición de la subcontratación laboral, nos permitirá efectuar las proyecciones debidas para hacernos una idea del escenario actual de la subcontratación.

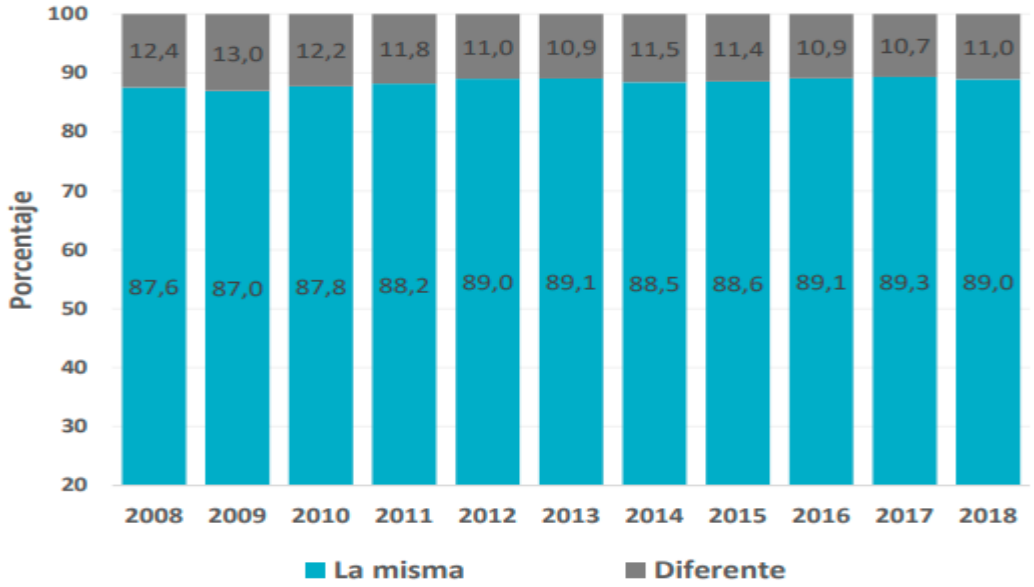
### 1.3.3 Cifras globales de subcontratación laboral en Colombia

A diferencia de las cifras que nos permiten caracterizar de manera general la distribución del empleo formal e informal en la población, las cuales son de constante actualización, un tanto más compleja y dispar resulta la formulación de información cuantitativa en materia de la subcontratación laboral, reposando la mayor parte de dicha información en cabeza de las organizaciones empresariales y sindicales, además de los organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, el contraste de tales cifras con el comportamiento actual del mercado laboral nos permitirá efectuar proyecciones para hacernos una idea del actual impacto que tiene la subcontratación en el país.

Resulta de la mayor relevancia para el análisis del impacto de la subcontratación laboral responder a la pregunta de ¿En qué proporción laboran los trabajadores subcontratados? Si bien no se cuenta con una cifra global dentro de la estadística llevada por el DANE, cierto es que algunos estudios han arrojado resultados a dicha pregunta a través del muestreo, desde donde puede inferirse que, prima facie, en el intervalo comprendido entre el año 2008 y 2018, la tendencia ha sido sobre el 11,52% (ver figura 1-6), mostrando una tendencia estable, tendiendo levemente a la baja, con lo cual preliminarmente puede inferirse que la tercerización laboral es un fenómeno que tiene una incidencia del 11,2%

sobre el mercado laboral. Lo cual como veremos, converge con el surgimiento de normatividad laboral que ha limitado la subcontratación laboral a través de las cooperativas de trabajo asociado, como la ley 1233 de 2008 y la ley 1610 de 2013, la cuales veremos más adelante, siendo antaño esta la forma de subcontratación dominante.

**Figura 1-6:** Proporción de personas que respondieron a la pregunta: "La Empresa o persona que contrato a ¿es la misma empresa donde trabaja o presta sus servicios?" (2008-2018):



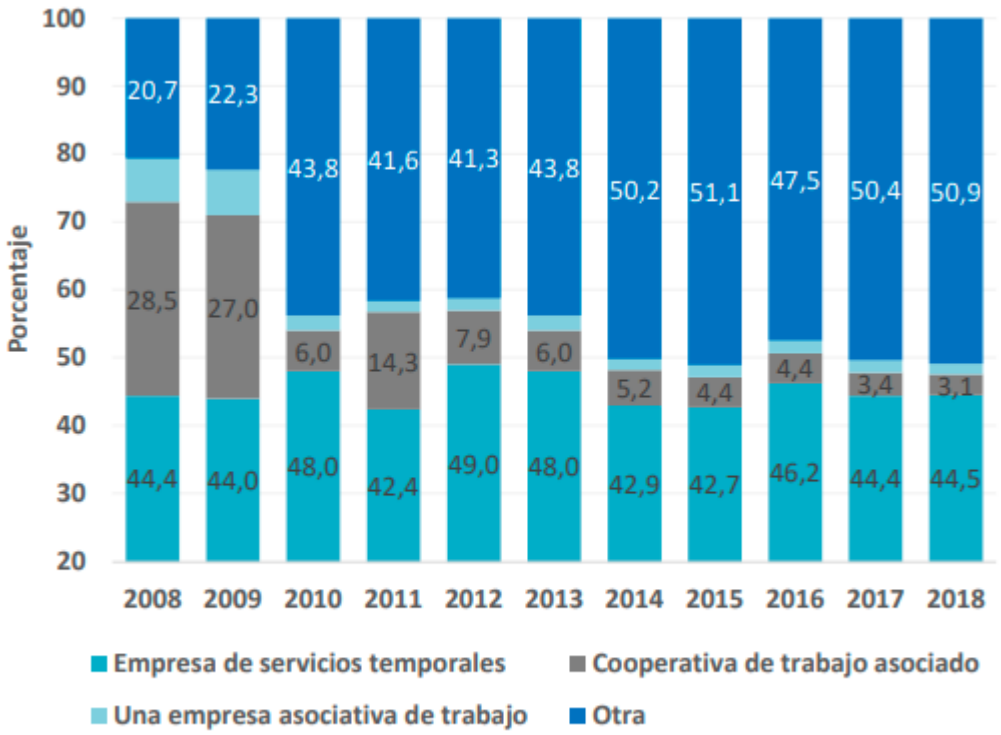

Fuente: elaboración propia a partir de los microdatos de la GEIH, DANE.

Nombre de la fuente: Gráficos obtenidos de Vargas et al. (2019). TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL. Bogotá: Centro de Estudios Sociales y Laborales – CESLA. P. 69.

Respecto de esa población del 11,52% de trabajadores tercerizados, es de suma importancia observar las formas de tercerización con mayor predominancia y las tendencias que han mostrado. Al respecto podemos observar (ver gráfico 1-7), que la tendencia porcentual en los intervalos comprendidos entre el año 2008 y el año 2018, nos muestra que las formas de tercerización laboral más predominante lo han sido 1. Las

empresas de servicios temporales (EST), 2. Otras, 3. Las Cooperativas de Trabajo Asociado, y 4. Las empresas asociativas de trabajo.

**Figura 1-7:** "Tipo de empresa que contrata a ocupados con contrato que trabajan en una empresa diferente (2008-2018)"



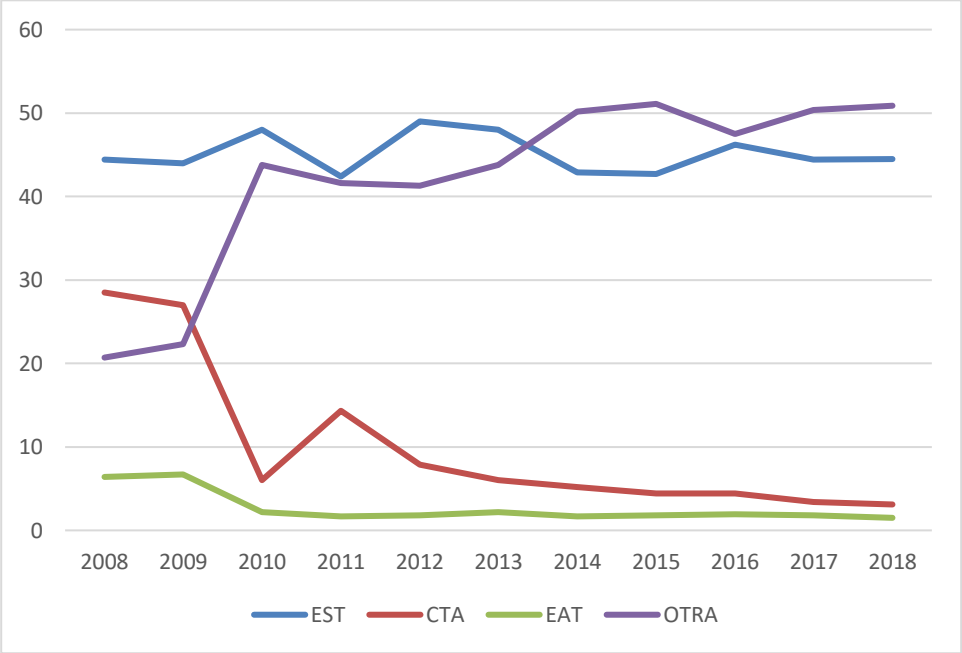

Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE – GEIH.

Nombre de la fuente: Gráficos obtenidos de Vargas et al. (2019). TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL. Bogotá: Centro de Estudios Sociales y Laborales – CESLA. P. 64.

Por otra parte, podemos observar que, en el intervalo comprendido entre el año 2008 y el año 2018, la tendencia ha mostrado un marcado incremento en la tercerización a través de "otras formas de tercerización" y por contrapartida una disminución importante respecto de la tercerización a través de cooperativas de trabajo asociado (Ver gráfico 1-8). Si bien de la información obtenida no es posible afirmar que la categoría "otros" obedezca enteramente al outsourcing como forma de tercerización laboral, llama la atención la ausencia de dicha variable dentro de los estudios y es presumible se encuentre relacionada

en dicho apartado, pues como hemos visto, no se distinguen formas distintas de tercerización a las empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo y outsourcing. Cierto es que cuanto menos podemos indicar, que en la categoría “otros” observamos formas atípicas de tercerización laboral.

**Figura 1-8:** Tendencias en las distintas formas de tercerización laboral




Nombre de la fuente: Gráficos de realización propia con información obtenida de Vargas et al. (2019). TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL. Bogotá: Centro de Estudios Sociales y Laborales – CESLA. P. 64.

De lo anterior podemos colegir que, mientras que la tercerización a través de las empresas de servicios temporales y empresas asociativas de trabajo mantiene una tendencia estable, lo que puede presumirse se debe a la estable regulación que desde 1990 se ha mantenido en la materia, por contrapartida se ha reducido sustancialmente la tercerización a través de cooperativas de trabajo asociado, como consecuencia de las regulaciones que limitaban su uso de que tratan las leyes 1233 de 2008 y 1610 de 2013, surgiendo por contrapartida un marcado incremento de la tercerización a través de formas atípicas, dentro de las que podemos encontrar el outsourcing. Más aún, vemos que para el año

2018, la contratación a través de formas atípicas de tercerización es la forma dominante de tercerización, con un 50,9% frente a un 44,5% de contratación a través de empresas de servicios temporales, la que fue antaño la forma de tercerización laboral más dominante (ver gráfico 1-7).

## 1.4 Breves consideraciones finales

Del análisis efectuado en el capítulo precedente podemos concluir que la subcontratación laboral nace como un fenómeno social que evoluciona con los cambios de los modelos productivos y se consolida como institución jurídica de la mano de la consolidación del derecho laboral como rama dogmática del derecho sobre los albores del siglo XX y las regulaciones sobre los modelos de producción Fabril. Sin embargo, el modelo productivo de la subcontratación vería su auge con el debilitamiento del modelo de producción fordista – centralización del proceso productivo en la línea de producción - y su desplazamiento por el nuevo modelo del toyotismo – deslocalización de los procesos productivos (*Outsourcing).*

Lo anterior significaría el auge de la subcontratación como institución jurídica con un marco legal que tiene su marco de referencia en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, la ley 50 de 1990 y particularmente el alcance que a dicha norma ha dado la sentencia C-593 de 2014. Dicha regulación ha dado un cierto margen de protección contra formas de encubrimiento de verdaderas relaciones triangulares de trabajo, pues claramente se ha delimitado en la legislación y la jurisprudencia que con la mera demostración del ejercicio de actividades directamente conexas al objeto social del beneficiario del servicio está llamado a operar el instituto de la responsabilidad solidaria y por tanto tendrá derecho el trabajador a exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales tanto al contratista como al beneficiario.

Sin embargo, este marco normativo resulta insuficiente y anacrónico frente a la protección que merecen en un ordenamiento constitucionalizado aquellas formas atípicas del contrato de trabajo, particularmente aquellas formas que implican la subcontratación de labores ajenas al objeto social de las empresas o el objeto misional en el caso de las entidades públicas.

En este escenario veremos que tanto el legislador como los alcances de la norma efectuados por la honorable Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia han dejado a una importante población de los trabajadores sin la posibilidad de exigir al beneficiario de su servicio el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Para visibilizar el impacto de dicho escenario de desprotección, se concluye del análisis de los datos presentados en el capítulo precedente que la subcontratación laboral muestra una clara tendencia al crecimiento, si bien moderada, no desestimable cuando una alta proporción de los trabajadores formales de Colombia (cifra a su vez con un moderado crecimiento en el país) se encuentran tercerizados.

Se observa particularmente que otras formas de tercerización laboral como las empresas de servicios temporales (EST) y las cooperativas de trabajo asociado – figuras tradicionalmente asociadas a la problemática de la tercerización laboral en el país – han ido cediendo terreno y mostrando una tendencia decreciente como forma de contratación laboral, lo cual indudablemente coincide con la adopción de extensos marcos normativos y la consolidación de una doctrina constitucional y probable que han limitado ostensiblemente el uso de dichas figuras para encubrir verdaderas relaciones laborales entre beneficiario del servicio y trabajador.

La subcontratación laboral se erige entonces en una forma atípica del contrato de trabajo y si bien se ha desarrollado de vieja data, no ha sido sincrónica la respuesta legislativa y judicial generando un estado de desprotección jurídica que implica la imperiosa necesidad de redefinir el modelo de responsabilidad actual que no se resuelve con la simple fórmula de declarar responsables solidariamente también a los beneficiarios respecto de los trabajadores que desarrollan labores ajenas al giro ordinario de los negocios, sino que requerirá un marco de responsabilidad bien diferenciado conforme viene siendo tendencia en marcos teóricos como el neoconstitucionalismo y la flexiguridad al cual será dedicado el subsiguiente apartado.

# 2. Bases epistemológicas para abordar la subcontratación laboral

El término deconstrucción tiene un papel protagónico dentro de los actuales debates académicos, pues incluso puede ser considerado como el hito fundacional de la episteme de la posmodernidad. Se ha erigido una ardua batalla por definir la esencia de la posmodernidad, y para no caer en el relativismo absoluto de los conceptos, se ha alzado la voz del método sobre lo abstracto, como aquello que permite consensuar el lenguaje, y los conceptos que de éste desprenden. Tal batalla ha tenido su base sobre los discursos que subyacen desde nombres como Jacques Derrida, Jean François Lyotard, Louis Althusser y Michael Foucault, entre otros. Tales autores mostraron preocupaciones diferentes – Althusser planteaba una preocupación desde la reproducción de aparatos ideológicos como los modos de producción , Derrida como su alumno, mostró una preocupación mayor por el lenguaje como un elemento determinante en la reproducción de los modos sociales, Foucault por su parte mostró la mayor preocupación por la caracterización de tales modos como estructuras sociales, pero sin duda la deconstrucción como método marca un punto de convergencia que permite identificar con claridad al posmodernismo.

La enunciación de tales discursos sin duda abre la puerta para entrar en contexto y hacernos una representación abstracta del concepto de deconstrucción. Pero claramente sería impreciso concebir a la esencia del posmodernismo desde la metafísica de los conceptos cuando es ello lo que pretende atacar. Entonces ¿Qué es realmente el término deconstrucción?

Grandes han sido los esfuerzos de muchos de los autores citados para definir el método deconstructivo, pero sería injusto no hacer alusión al concepto fenomenológico a que Heidegger usaba como “destruktion” para responder a la pregunta del ser relacionando los conceptos de tiempo y experiencia. Por su parte para Derrida la deconstrucción o des-

construcción, es un método caracterizado por la escisión del logos como fuente de los conceptos para dar paso a la ontología como la sustancia semántica de los conceptos (Derrida, 1967, p. 16).

Aquí es donde entra el concepto de deconstrucción del derecho del trabajo planteado por Antonio Ojeda Avilés, pues nos muestra un derecho laboral mucho más ontológico que metafísico, un derecho laboral mucho más socio jurídico que dogmático, un derecho laboral mucho más dúctil y maleable que inamovible.

El presente título, tendrá por objeto presentar los principales elementos en la labor deconstructiva de un derecho del trabajo, teniendo como punto de partida la constitucionalización del derecho al trabajo.

Se propondrán aquellos elementos que se integran y dibujan una nueva figura del derecho del trabajo en la contemporaneidad y particularmente las relaciones atípicas del trabajo como la subcontratación laboral. Para tales efectos el presente texto se dividirá en tres grandes bloques: 1. La teoría de la relación laboral y el principio protector y 2. El neoconstitucionalismo y la flexiseguridad.

## 2.1 La teoría de la relación laboral y el principio protector

Las bases epistemológicas que llevaron a consolidar el derecho del trabajo como una rama dogmática autónoma parten de la deconstrucción de la noción contractualista para sostenerse sobre la hipótesis de la relación laboral como una relación social compleja, que sin duda superó la mirada dogmática de las instituciones del derecho civil, más aún, sobre la base de complejas relaciones sociales y productivas en proceso de constante cambio sobre la guía de un marco normativo hoy día constitucionalizado e incluso guiado por mandatos de carácter supranacional.

Esta superación de la mirada clásica contractualista implica como punto de partida para el análisis de las instituciones jurídico-laborales el rasgo distintivo e identitario del derecho laboral: su carácter tuitivo, rasgo por supuesto recogido en los mandatos constitucionales y supra constitucionales.

Se sostendrá entonces, que es el proteccionismo y humanismo el modelo y principio que debe guiar el contenido semántico de las instituciones jurídico-laborales y particularmente de la subcontratación laboral, por cuanto será menester profundizar e identificar los elementos del proteccionismo a efectos de establecer los mandatos constitucionales que guían las regulaciones del marco de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral.

Para entender la base epistemológica del proteccionismo laboral y por tanto el carácter tuitivo de las normas laborales, debe partirse por comprender dos aspectos fundamentales: 1. Las etapas del trabajo y 2. La teoría de la relación laboral y el principio protector.

### 2.1.1 Desarrollo histórico del siglo XX: las etapas del derecho del trabajo.

Para hablar de un derecho contemporáneo resultado de un método deconstructivo, hay que hablar del derecho precedente, tal y como si de un oxímoron se tratase, es decir, aquel concepto cuyo significado no puede ser concebido sin el imaginario opuesto a él. Así pues, sin el objeto de dar una amplia caracterización histórica del derecho del trabajo, es necesario establecer hechos históricos y edades (en palabras de Antonio Ojeda Avilés) que representaron los elementos empíricos para que fuese construido y deconstruido el concepto de Trabajo como fuente de una rama autónoma del derecho.

Integrando los conceptos históricos expresados por el profesor Benjamín Coriat y el profesor Antonio Ojeda Avilés, se han identificado cinco etapas, a saber: 1. La primera revolución industrial y la ausencia de regulación del trabajo; 2. La segunda revolución del derecho del trabajo y la regulación científica del trabajo; 3. El estado de bienestar y la regulación social del trabajo y 4. La era de la globalización y la flexibilización del trabajo.

Respecto de aquel periodo denominado como la primera revolución industrial, si bien para el siglo XIX no existe un cuerpo jurídico vinculante cuyo objeto fuese la protección del trabajo, el estado liberal se preocupó por estipular una protección de carácter negativo a la propiedad privada ligada al trabajo como fuente de la misma, lo cual se extrae de la lectura de Adam Smith, quien inicia su célebre obra indicando que son precisamente el resultado del trabajo acumulado de toda nación todos los bienes y servicios necesarios

para la subsistencia, y por tanto es este el origen de la riqueza de los estados (Smith, 1776, p. 1).

De tal forma, la división del trabajo tuvo un papel fundamental dentro de las preocupaciones del estado liberal, aunque su regulación fue guiada por las leyes empíricas de la economía más que por la formalidad de las instituciones jurídicas subyacentes al estado.

Una segunda etapa, en consonancia con la denominada segunda revolución industrial, vio la llegada de una nueva concepción de la división del trabajo: La división científica del trabajo, con fuertes exponentes como Frederick Taylor, quien dedicó su obra al estudio de los procesos de producción y sus tiempos de ejecución, la cual vendría en años posteriores a ser refinada por Henry Ford a través de la introducción del concepto de producción en cadena, pues logró responder al problema planteado por Taylor sobre ¿cómo controlar los tiempos muertos de trabajo en los procesos productivos? , estableciendo que la tecnología tendría el poder para suprimir los tiempos muertos (Coriat, 1993).

En paralelo al desarrollo del modelo productivo Fordista, Ojeda Avilés profundiza mayormente en dicho periodo histórico como “los años de hierro” del derecho laboral, en donde se producen los focos reivindicativos del trabajador como sujeto de derechos que surgieron en Inglaterra en el siglo XVIII y en Francia en el siglo XIX, en las bases de un nuevo constitucionalismo social traducidas en: 1. Un trabajador como sujeto de derechos, 2. Una obligación de garantizar positivamente la realización de los derechos del trabajador, 3. La seguridad y salud en el trabajo como eje fundamental de protección y 4. Una noción del empresario como “propietario” en posición dominante frente al trabajador.

Una tercera etapa, descrita con más minucia por el profesor Ojeda, nos pone en un contexto en el cual el modelo de producción fordista se mantiene inamovible, con algunos matices que iban desplazando la relevancia de la oferta hacia la demanda como ejes centrales del modelo económico. Pero tal inamovilidad no sería apropiada para describir lo que en materia jurídica ocurría, aquello a lo que pertinentemente denomina el autor como “El esplendor”.

A mediados de la década de los 30 la organización sindical de los trabajadores tenía bastante fuerza, y aquellas condiciones en las que se reflejaba la organización científica del trabajo, eran aquel combustible que alimentaba un papel de resistencia de la clase trabajadora, la cual en la organización colectiva encontraría un punto de convergencia. Afirma al respecto Ojeda que *"Los años transcurridos entre 1935 y 1970 asisten al esplendor del derecho del trabajo, a su época dorada, cuando Calixto Valverde se pregunta si el Derecho Civil sobrevivirá en la dura competencia con el Derecho Sindical"* (Ojeda, 2010, p. 45), lo cual nos puede dar una impresión de la fuerte consolidación del constitucionalismo social el cual llega a países como Colombia a mediados del siglo XX y se disemina apabullantemente por el mundo occidental.

Tal proceso llevó tanto a varios cambios y a sentar algunas bases del derecho laboral como: 1. El sujeto empleador pasó de tener una identificación como persona física al de una persona anónima detrás de la figura de la persona jurídica, en donde se complejizan las figuras societarias, 2. El ascenso del trabajador en la relación desigual gracias a la fuerza de los sindicatos que lo respaldan, 3. Un derecho laboral que reclama un alto grado de autonomía y que amplía su ámbito de aplicación a través de la juridización de los aspectos de las relaciones laborales y 4. Un estado que, integra la economía de mercado con la protección del trabajador.

Es precisamente éste último elemento crucial para definir el contexto estatal de este periodo, de lo que la doctrina ha denominado como el "Estado de Bienestar". Así, se desembocó en un proceso de reformismo que dio lugar a la consagración jurídica de una serie de derechos en cabeza del trabajador con la pretensión de lograr la equidad en las relaciones de producción, ello sin desligar dichas relaciones de producción a su dependencia del capital.

Finalmente, en una cuarta etapa, con las crisis económicas surgidas en la década de los 70, el modelo de producción tradicional fordista se ve abocado a transformarse dando nacimiento a lo que se ha denominado como el "posfordismo", el cual subyace como una especie de un gran genero consolidado bajo el modelo económico neoliberal que planteaba el abandono de los países latinoamericanos de sus procesos de industrialización para tener una participación en el mercado global sobre la base de sus ventajas como

productores de materias primas y consumidores de manufacturas y tecnologías de los pises desarrollados (Portes, 2004, p. 21)

Ello ha tenido como efecto la externalización de la fuerza de trabajo y la interdependencia trasnacional de multiplicidad de unidades productivas para lograr la consolidación de un solo bien y servicio susceptible de circular en el mercado.

Así las cosas, la relación empleador y trabajador ha pasado por un proceso de dilución dentro del cual no se evidencia con la marcada fuerza de otrora el antagonismo entre los intereses de ambas partes. Con el neoliberalismo que emerge surge la tendencia a la deslaboralización de las relaciones de trabajo, en donde incluso autores como el profesor Alain Supiot previeron la tendencia a la desaparición del derecho del trabajo y el retorno a unas relaciones laborales reguladas por la mano invisible del libre mercado y las relaciones contractuales civiles. Tal deslaboralización se vio legitimada en el aparente desdibujamiento de la subordinación, elemento constitutivo de la esencia del derecho de trabajo que otrora había sentado sus bases.

Dicha tendencia se vio legitimada a través de la imposición de la doctrina de la sostenibilidad económica de los estados y del orden global impuesta por la economía ortodoxa como superestructura subyacente del consenso de Washington, la cual ha llevado a que el antagonismo entre los intereses de empleador y empleado pase a un segundo plano y ceda su lugar a la preocupación de los estados por el mantenimiento de un orden económico global, el cual observa a las garantías laborales como cargas para el sistema.

El contexto político se deslocaliza para dar paso a la globalización, o como lo afirmaba Boaventura de Souza *"son en realidad conjuntos diferenciados de relaciones sociales; un determinado número de relaciones sociales da origen a distintos fenómenos de globalización. En estos términos, no existe una entidad única llamada globalización; en su lugar hay muchas globalizaciones"* (Santos, 2003, p. 198). El estado cedió su soberanía con el fin de desempeñar un rol determinado en la división global del trabajo, que dividió al mundo entre estados periféricos, semiperiféricos y del centro.

Frente al derecho laboral, si bien pudo conservar su forma esencial, vio nuevamente un surgimiento y cambio de algunos de sus elementos. Por un lado, fueron objetos de transformación: 1. El sujeto empleador, quien debido a la externalización y tercerización del trabajo adquirió o bien formas plurales bajo el concepto de grupo económico, o bien se dividió en múltiples sujetos en el caso de la subcontratación y la intermediación laboral; 2. El sujeto trabajador, gana terreno frente a la autonomía en la realización de sus funciones más al carecer de medios de producción desarrolla dependencia hacia la empresa como escenario de subsistencia, 3. El estado se deslinda de su papel protector e impone la división global del trabajo como el modelo económico al cual se supedita toda relación laboral y 4. La tendencia a la deslaboralización es solo un producto de una gran tendencia a liberalizar nuevamente la economía.

### 2.1.2 La teoría de la relación laboral: un abordaje económico y social de la subordinación

El concepto precedente del contrato laboral y la subordinación como elemento natural al objeto del contrato de trabajo, ha sido un concepto de amplia aceptación en la legislación colombiana, adoptando dicho concepto en los artículos 22 y 23 del C.S.T. Pero con perspicacia podría surgir la siguiente pregunta: ¿Ello hace que el contrato de trabajo tenga una identidad diferenciada del resto de contratos civiles para pregonar la separación de tal rama?

Con los elementos que han sido desarrollados en los párrafos precedentes, la respuesta lógica sería un no, pues simplemente pareciere el contrato de trabajo una especie del contrato de prestación de servicios, cuyos elementos esenciales hacen necesaria la intervención del legislador a través de normas imperativas para proteger a la parte débil de la relación contractual jerárquica como una manifestación del orden público limitante del principio de la autonomía de la voluntad. Tal concepción ha llevado a la estipulación de normas imperativas que regulan contratos como el arrendamiento de vivienda urbana o el mutuo, sin que ello obste para pregonar que sean ramas autónomas y escindibles del derecho civil.

Por lo anterior, para considerar la subordinación como un elemento que realmente dote al derecho del trabajo como un ente jurídico con una identidad particular y diferenciada del

derecho civil, se hacen necesarias varias acciones. La primera y más importante, será escindir al trabajo del concepto de contrato laboral y dar paso al concepto de relación laboral. Tal esfuerzo quizá tuvo uno de sus principales pilares en las palabras del maestro Mario de la Cueva, quien, para mediados del siglo XX, cohesiona las ideas del constitucionalismo social mexicano que vio la luz a inicios del siglo, definiendo el núcleo del derecho del Trabajo en fijar los niveles de vida digna de los ciudadanos en razón de una seguridad económica y una respuesta al trabajo como un fenómeno social complejo reconociendo al ser humano como eje central de la protección y el límite a las fuerzas económicas del mercado "*porque el derecho es para los hombres y porque las cosas deben estar al servicio del hombre"* (De la Cueva, 1949, p. 191).

Al tenor de tales palabras, sin duda alguna surgen varios conceptos, siendo la subordinación ahora un hecho atado a un fenómeno socioeconómico como lo son las relaciones laborales. Tal fenómeno socioeconómico "desprivatiza" el derecho del trabajo, pues no se concibe al mismo solo como la mera actividad de prestar un servicio en la cual se ven involucradas dos partes, sino que ello trasciende a la esfera de lo público, de la función del estado. Ello hace que objetiva y subjetivamente el concepto de subordinación sea imbuido de unos nuevos gradientes, en principio extra normativos, que pasarán sin duda a ser el espíritu de la dogmática laboral y a identificar a la subordinación como un ente jurídico capaz de ser la identidad de una nueva rama del derecho.

En cuanto al elemento objetivo de la subordinación, el concepto de relación laboral implica que las acciones físicas e intelectuales de los hombres no son producto de la espontaneidad, sino de una voluntad construida a partir de diversas finalidades, las cuales a su vez obedecen a representaciones racionales de resultados. Unas de tan diversas representaciones de resultados racionales, es la obtención de bienes y servicios en un escenario de mercado que permitan la subsistencia necesaria.

A su vez, tal representación le implica al hombre representarse los costes de transacción para acceder a dichos bienes y servicios (Coase, 1960), los cuales se verán traducidos en la mayor parte de los casos en la necesidad de enajenar su fuerza de trabajo a cambio de una retribución salarial representada en dinero.

Esto se materializa en una subordinación del trabajador al procurarse la subsistencia a través del trabajo, lo cual sin duda verticaliza la relación empleador – trabajador al tener el primero la potestad de decidir sobre el medio de subsistencia del segundo. Aquí vemos como la subordinación, más que ser un elemento que se acuerde en el contrato de trabajo, es una situación socio- económica que incluso antecede al contrato laboral y la cual hace desigual la relación contractual entre las partes (lo cual puede matizarse o incluso invertirse en determinados escenarios como se explicará en la flexiseguridad y el neoconstitucionalismo).

Bajo la lectura del referenciado profesor De la Cueva, otra característica atañe al concepto de subordinación en su concepción objetiva, esto es, la subordinación extrapatrimonial o del cuerpo. Al respecto, aduce el profesor Alain Supiot que la relación de trabajo supone una carga en cabeza del trabajador en donde este *"no arriesga su patrimonio, arriesga su piel. Y, en primer lugar, el derecho del trabajo surgió para salvar esta última, es decir, para imponer una seguridad en el trabajo."* (Supiot, 1996, p. 90).

Quizá el concepto extrapatrimonial de subordinación resulte un tanto más familiar a la teoría del negocio jurídico en cuanto, por su naturaleza, la obligación de hacer necesariamente implica una acción extrapatrimonial, pues el hacer no es objeto del ejercicio del derecho de propiedad, es decir, el trabajo en su naturaleza no es una mercancía, sino una acción que involucre el cuerpo humano susceptible de ser valorada.

Dado que, por la condición desigual del contrato, el trabajador no está en capacidad de procurarse el mayor bienestar a su cuerpo (tanto física como mentalmente), pues al necesitar prestar su servicio para procurarse sus medios de subsistencia puede valorar el bienestar del cuerpo como un mero coste de transacción para su fin. Por lo anterior trasciende a la esfera pública la protección del trabajador, en su condición de ser humano, con pleno derecho a la integridad física y la dignidad.

En cuanto al elemento subjetivo de la subordinación, la relación laboral implica un vínculo, en principio, entre dos partes, un empleador y un sujeto trabajador. Bajo la noción de relación laboral, objeto de protección de orden público, más allá del vínculo contractual a ambas partes le subyacen obligaciones extracontractuales, teniendo al daño y a la ley como fuentes de suma relevancia más allá del negocio jurídico. En cuanto al daño como

fuente de obligaciones, el derecho laboral ha estipulado una serie de cargas en cabeza del empleador, pues precisamente la relación de subordinación entre las partes pone a este sujeto en capacidad de soportar la carga de los riesgos que puede implicar el desarrollo de una determinada actividad laboral, caso contrario para el trabajador.

En cuanto a la ley como fuente de obligaciones, nacen una serie de obligaciones en cabeza del empleador que van desde prestaciones patrimoniales, hasta obligaciones de hacer (como lo pueden ser las políticas de salud ocupacional, la entrega de dotaciones, la debida capacitación del trabajador, etc.) y de no hacer (como pueden serlo la del respeto a la jornada máxima de trabajo, el respeto a la libertad de asociación sindical, entre otras). El trabajador, por su parte, en virtud de la ley se encuentra sujeto al cumplimiento de un mínimo de mandatos estipulados en los artículos 58 y 62 Del C.S.T., obligaciones que tienen por objeto proteger al trabajador del uso arbitrario del poder de dirección y control que al empleador le es conferido (si bien la textura abierta y ambigua de algunos de dichos mandatos limiten dicha finalidad).

En razón al orden público que ha adquirido la regulación de las relaciones laborales, la subordinación no es un poder absoluto, por el contrario, los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. Estos, por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectadas en forma alguna por la acción de aquél, porque como lo anotó la Corte en la sentencia SU-342/95, los empleadores se encuentran sometidos a la Constitución en el ejercicio de dicho poder subordinante, postura que ha sido además sentada en la Sentencia C-386 de 2000

Así, el poder subordinante se ve limitado por la ley como fuente de obligaciones que, respecto del negocio jurídico, tiene una mayor jerarquía normativa, no pudiendo ejercerse el objeto contractual (y el poder subordinante como potestad subyacente) en contravía de los mínimos mandatos contenidos en las leyes, convenios o incluso en las prerrogativas contractuales más favorables al trabajador (las cuales adquieren una mayor jerarquía por virtud del principio de favorabilidad).

Con los elementos explicados, los cuales sin duda fueron producto de la constitucionalización del derecho social a principios del siglo XX en México, la respuesta a

la pregunta planteada sobre ¿Ello hace que el contrato de trabajo tenga una identidad diferenciada del resto de contratos civiles para pregonar la separación de tal rama?, apunta con más seguridad a un sí, pues la subordinación supera su concepción como elemento esencial del contrato de trabajo e implica un hecho jurídico objetivo subyacente de las relaciones laborales, y a su vez una condición y requisito sin e qua non para determinar la calidad de los sujetos que intervienen en la relación laboral.

La connotación jurídica del trabajo como una relación social de subordinación entre individuos, a saber un empleador titular del establecimiento quien requiere dentro de su andamiaje productivo un determinado servicio personal y un trabajador quien es dueño en principio de su mano de obra quien requerirá del capital que el empleador pueda proveerle para la satisfacción de sus necesidades, relación que puede estar intermediada por diversos actores que permiten conectar a dicho empleador con el trabajador que necesita, una de dichas formas de intermediación la representará la subcontratación laboral.

También es el trabajo más allá de un medio de subsistencia, un escenario de realización personal del individuo, es pues el escenario desde el cual el individuo se ve ante la sociedad y se construye dentro de un imaginario de grupo, como lo plantearía Pierre Bordieu, el espacio social se construye a partir de la distribución de los individuos según dos principios de diferenciación: el capital económico y el capital cultural (Bordieu, 1997), siendo por supuesto determinante en ambos escenarios el trabajo desempeñado.

Doctrinantes como Alain Supiot han permitido construir el marco de referencia de las relaciones laborales desde las ópticas del economicismo y el humanismo. Primera óptica que como relataría el maestro en sus coloquios se constituye en la *"ciudad del economicismo"* la cual habitan quienes ven en el derecho del trabajo un vasallo de las relaciones económicas, siendo entonces el derecho del trabajo dirigido por las necesidades del sistema económico.

Por contrapartida, una segunda óptica que encuentra su refugio en la "*ciudad del humanismo",* dentro de la que habitan quienes ven en el derecho del trabajo como una herramienta que somete y utiliza las relaciones económicas para la materialización de los valores morales, una sociedad que por tanto no admite que se trate al trabajo como una mercancía sujeta a las leyes del mercado (Supiot, 1990).

Es entonces el punto de partida de las normas jurídico-laborales ver al trabajo como relación social humana, partiendo entonces el valor semántico de las normas laborales del principio *pro homine,* es decir, son las relaciones laborales relaciones que desarrollan la dignidad intrínseca del ser humano y en tal medida fin, valor y principio normativo que cohesiona toda la dogmática en materia laboral.

Esta noción humanística del trabajo bien lo sustenta la doctrina sosteniendo en primer lugar su dimensión como mecanismo de los ciudadanos para procurar su sustento y un nivel de vida digno solo alcanzable con una retribución suficiente. En segundo lugar, el trabajo no solo tiene la función de hacer posible el sustento, sino que es parte importante de la vida, no es solo un modo para poder vivir sino es en sí mismo un modo de vida (Kwant, 1967, p. 178).

Estableciéndose las dos dimensiones como relación social del trabajo, a saber, la dimensión económica y la dimensión cultural y humana, ambas dimensiones encontraran como espacio intersticial la característica definitoria y cambiante en las relaciones laborales: la subordinación.

Conforme a lo anterior, ha encontrado asidero dentro de nuestro ordenamiento constitucional la teoría de la relación laboral y en consecuencia el carácter tuitivo de las normas laborales estableciéndose el trabajo desde una triple dimensión, como bien lo establecería la Corte Constitucional en la sentencia C-593 de 2014, en donde lo definiría como valor fundante, principio rector del ordenamiento jurídico y un derecho humano.

Tal caracterización del trabajo como una relación social de subordinación económica y cultural y su visión humanista como herramienta para la realización económica, social y cultural de la persona, es lo que imprime el carácter tuitivo de las normas laborales y consolidan lo que la doctrina ha llamado como el principio protector, forma teleológica central de la dogmática laboral.

## 2.2 Neoconstitucionalismo y flexiseguridad:

Desarrollado el contenido del principio protector y a teoría de la relación laboral que dio surgimiento al derecho laboral como rama autónoma cuyo rasgo identitario lo es el carácter tuitivo de sus normas, también es menester analizar como marco referencial para identificar los fines constitucionales que persigue un marco de responsabilidad en materia laboral, la necesidad de dinamismo de las instituciones jurídico-laborales para dar respuesta a los cambios en el modelo productivo cada vez más acelerados, que dan lugar al surgimiento de figuras atípicas de las relaciones laborales como la subcontratación laboral.

No serán la guía para la respuesta que pretende darse en el presente trabajo el acudir a tesis deshumanizantes y economicistas del trabajo como la flexibilización laboral, pues como lo han advertido doctrinantes como Antonio Ojeda y Alain Supiot, tal hipótesis no puede significar otra cosa que la crisis y desaparición del derecho laboral, reafirmándose entonces que no pueden entenderse las normas laborales desechando el humanismo y el carácter tuitivo que rodea la respuesta jurídica a las relaciones laborales, por el contrario se sostendrá que si es posible dar una respuesta continua y dinámica al cambio de las formas productivas a través de protecciones jurídicas bien diferenciadas siempre bajo la égida de los principios constitucionales del derecho del trabajo.

El principio protector es sin duda un mandato de optimización vigente en los ordenamientos constitucionales como vigente sigue siendo la idea del trabajo como una relación social y de capital. Ahora bien, figuras definitorias de la relación laboral como la subordinación han adquirido otras formas atípicas a la clásica visión de la relación laboral como un vínculo de subordinación entre patrono y trabajador con total sujeción del trabajador de seguir instrucciones y someterse al poder disciplinario del empleador a cambio de recibir una retribución estática llamada salario y prestaciones sociales.

Con el devenir de nuevas formas productivas que superaron a los clásicos modelos de producción de Taylor y Ford se viene paulatinamente superando la idea del trabajo como un panóptico de disciplina irrestricta en donde se somete a trabajadores quienes se ven abrogados a aceptar con la promesa de la obtención de una remuneración que les permita su subsistencia.

Asuntos connaturales a la visión típica de las relaciones de trabajo como la jornada laboral, el cumplimiento de órdenes y jerarquización del trabajo, la remuneración salarial y particularmente lo que atañe al presente trabajo; los actores de la relación laboral, han cobrado formas distintas, en tanto que el sistema productivo contemporáneo implica actividades con distintas formas atípicas de la jornada laboral, la transición de un trabajo jerarquizado por un trabajo colaborativo y por cumplimiento de metas, distintos tipos de remuneración salarial que trascienden a lo pecuniario y relaciones de trabajo intermediadas por múltiples actores. Sin embargo, sigue sin desdibujarse el principal elemento objeto de las regulaciones laborales: la potestad del empleador de decidir respecto de la subsistencia y desarrollo personal del trabajador.

Para abordar entonces el punto de partida a lo que plantean las relaciones atípicas del trabajo en el presente apartado se analizará: 1. La flexibilización laboral, la crisis del derecho del trabajo y el neoconstitucionalismo como respuesta y 2. La flexiseguridad como respuesta las formas atípicas de las relaciones laborales

### 2.2.1 Crisis, flexibilización y neoconstitucionalismo

Cada etapa por la cual ha pasado el derecho del trabajo ha mostrado una crisis de este, siendo la crisis de la primera etapa la precariedad en la subsistencia mínima que implicaba una división del trabajo desbordada y una relación de producción incapaz de producir en grandes masas. Siendo la crisis de la segunda etapa la deshumanización del trabajador y su concepción formal como mero factor de producción adjunto a las máquinas. Por último, siendo la crisis de la tercera etapa el salto al papel protagónico en la economía de la demanda y con ello la especialización y externalización de la producción en un mundo globalizado.

Surgirá entonces como pregunta para establecer el hito que marca la etapa contemporánea del derecho del trabajo ¿Cuál fue la causa de la crisis del derecho laboral en la etapa de la globalización? Muchas hipótesis pueden responder a dicho interrogante, y quizá aquella que con más pertinencia pueda establecerse fue la tendencia neoliberal que se mostró en dicha etapa.

Dicho neoliberalismo significó una tendencia a retomar el modelo económico clásico, carente de cualquier regulación jurídica a la actividad laboral. *"there is no other way toward an understanding of social phenomena but through our understanding of individual actions directed toward other people and guided by their expected behavior"* (Hayek, 1978, p. 6), tales palabras muestran el espíritu de una concepción neoclásica de la economía partiendo de presupuestos deónticos como un ser humano racional que toma decisiones racionales y que ello es mecanismo de autorregulación del mercado.

Ello sin duda hace la vista ciega ante una realidad diferente, un mercado cuyos elementos no fueren los mismos que antaño fueron en los siglos XVIII y XIX, unas relaciones de producción que sin duda han trascendido y cambiado por completo a lo que fuesen en el escenario de mercado caracterizado en la economía clásica, y más importante aún, unas relaciones laborales que dados los procesos históricos de revolución y reformismo no pueden aceptar bajo ninguna forma la mirada esquiva del estado.

Como estaba destinado a pasar, política y socialmente dicha etapa empezó a ver una crisis en los años 2000 en donde la pérdida de soberanía de los estados en favor de una división global del trabajo termina por generar un efecto contrario reafirmando la identidad de la sociedad civil, una reafirmación del concepto de ciudadano como sujeto de derechos, por encima de cualquiera finalidad de orden económico global. Como lo explica el profesor Ojeda, ello se traduce en que las instituciones nacionales o regionales empiecen a cerrar un poco sus puertas a la globalización sin desconocerla, pero supeditándola a las necesidades particulares de las sociedades civiles que componen dichos estados.

Económicamente la crisis del modelo neoclásico empieza a mostrarse, teniendo un punto de inflexión en la crisis económica de 2008, en donde entra en cuestionamiento el supuesto deóntico de la economía clásica sobre el cual se establece que las personas toman decisiones racionales para la obtención de su beneficio patrimonial. Tal cuestionamiento llevo a redefinir el papel del estado y de la juridización como necesarios para una economía saludable, pues se entra en la dicotomía de un escenario económico desbocado en el que no todas las decisiones de los actores del mercado son racionales y los recursos no son distribuidos de formas equitativas y un escenario económico caracterizado por la atomización de la producción y del trabajo (Alonso, 2017) a la par de un mercado que no puede concebirse como autónomo respecto del escenario global.

Producto del fracaso de las tesis de la flexibilización que vaticinaron como fórmula milagrosa para producir más empleo la reducción a su más ínfima existencia del derecho del trabajo basada sobre supuestos de actuación racional de los actores económicos, se reivindica la necesidad de juridización de las relaciones laborales, más ello no supuso tampoco volver al constitucionalismo social de antaño cuya tarea lo era la regulación de relaciones laborales típicas.

Surge entonces como nueva respuesta de juridización de las relaciones laborales contemporáneas el neoconstitucionalismo, modelo que contrario a lo que su nombre podría sugerir, ya encontraría asidero en el escenario de la posguerra a mediados del siglo XX, más su fortalecimiento deviene en primera medida de su evolución en el marco de las normas sociales comunitarias europeas y en Colombia particularmente en el proceso constituyente de 1991, procesos que convergen sobre la premisa máxima de reivindicar la constitución política como la norma de normas y poniendo el papel de la economía siempre como una herramienta al servicio de los valores y principios morales expresados en la carta y no al revés como pretendieron las respuestas abolicionistas del derecho del trabajo.

El concepto de derecho viviente sin duda es familiar en la academia colombiana dadas las grandes aportaciones del profesor Mauricio García Villegas frente a la introducción de los critical legal stuidies. Tal ha sido la acogida que este concepto ha tenido que, en la misma jurisprudencia, en la renombrada sentencia C-418 de 2014 se afirma que: *"(…) frente al derecho de los libros (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados"*.

Así pues, la crítica al derecho de su carácter autopoyetico se ha traducido en que su fuente primigenia – la constitución – además de formalmente ser la norma de normas, también ha de construirse a partir de las realidades, de los fenómenos sociales sobre los cuales la sociedad interactúa, se transforma y se estructura, siendo uno de ellos la relación de trabajo.

Frente a un primer escenario, la constitución ha de ser siempre considerada como la norma absoluta, como la primera garantía de la realización de los fines de legítimos de la estructura social. Autores como el profesor Luigi Ferrajoli, permiten establecer al garantismo como una forma de constitucionalización del derecho, como podemos observar

en su célebre obra “Derecho y Razón” en donde explica como elementos esenciales del garantismo *“el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior”* (Ferrajoli, 1995, p. 854). Con lo anterior, se quiere explicar una primera preocupación por el nuevo constitucionalismo de definir sus estadios de validez y legitimidad, lo cual en el derecho del trabajo se traduce en la reafirmación de su existencia, en la negación de todo indicio de deslaboralización de las relaciones de trabajo.

En un segundo escenario, la constitución ha de ser considerada como un texto con vida propia, con una substancia, que se traduce en la eficacia de esta. En el ámbito laboral, dicha eficacia está dada a través del ámbito de la economía, que por su naturaleza es un fenómeno social cambiante, pues las relaciones de producción se ven forzadas al cambio ante nuevas formas de demanda, oferta o de los factores de producción. Más aún, estándose hoy día en un escenario donde las TIC y las formas especializadas que adquieren los procesos productivos, la flexibilidad de mutación de las diversas relaciones laborales existente se convierte en una necesidad para el desarrollo del actual mercado económico.

Resultaría contrapuesto pensar en una constitución cuya vigencia fuese absoluta y garantía para toda la sociedad civil con un contexto económico que desborda los encasillamientos jurídicos de las diversas relaciones laborales atípicas que hoy día existen. Sin embargo, como lo señala el autor Antonio Ojeda Avilés en su obra, la deconstrucción a la que se enfrenta el derecho del trabajo y la seguridad social no implica que el modelo proteccionista, el cual se ve reflejado en la actual constitución colombiana, agonice frente a un modelo regresista de los derechos laborales bajo una total flexibilización de los principios del derecho laboral.

Tal flexibilización no tiene por qué predicarse de las garantías mínimas conquistadas por los trabajadores, sino más bien de las categorizaciones jurídicas que se hagan de las relaciones laborales y las regulaciones que se hagan acorde a dichas formas, lo que ineludiblemente llevará como primer paso a desdibujar el contrato laboral como la única forma de las relaciones laborales objeto de regulación jurídica.

### 2.2.2 La Flexiseguridad y las relaciones atípicas de trabajo

Mientras la respuesta a las nuevas formas de la subordinación en el marco latinoamericano entrada la década de los 90' y acentuada en la década de los 2000, lo fue la fórmula de la flexibilización laboral, la fórmula adoptada para la década de los 90' y los 2000 en el marco de la comunidad europea fue la de la flexiseguridad, paradigma de connotaciones similares pero caracterizado por la búsqueda de la seguridad económica de los trabajadores, tomando un camino más ecléctico.

Encuentran ambas tendencias un punto de convergencia en el reconocimiento de la evolución dinámica de las formas productivas y el surgimiento constante de formas atípicas del contrato de trabajo el cual fuere concebido en las regulaciones del constitucionalismo social de antaño como el trabajo dentro del modelo de producción fabril de corte Taylorista y Fordista, más ahora ha mutado en diversas formas como el trabajo semiautónomo, falso autónomo, el *outsourcing* y más recientemente en el *crowdsourcing*[7], formas que se caracterizan por un desdibujamiento de la subordinación (parasubordinación), del lugar de trabajo y de los sujetos de la relación laboral (Supiot, 2008).

Como segundo punto de encuentro y quizá siendo el punto donde radican ciertas incompatibilidades con las tesis del neoconstitucionalismo y el proteccionismo, la flexiseguridad en todo caso basará su respuesta en la necesidad de flexibilizar cuestiones sumamente intrínsecas del derecho del trabajo como la estabilidad en el empleo, si bien adoptará una fórmula mucho más moderada al respecto. A diferencia de las tesis de la flexibilización laboral, en todo caso se advertirá la necesidad de contar con sistemas de seguridad social fortalecidos, la intervención del estado en la generación de los mercados laborales y la premisa máxima de la satisfacción de las mínimas condiciones de subsistencia digna de los trabajadores.

Si bien el auge de la flexiseguridad se ha dado en las décadas de los 90' y los 2000 y en Latinoamérica viene cobrando un escenario relevante en la actualidad, la doctrina ha identificado que el origen de dicho paradigma surge en el denominado Pacto de

[7] Nueva forma del empleo caracterizada por el uso de intermediación laboral a través de plataformas digitales caracterizadas por un modelo de trabajo por demanda y una subordinación desdibujada.

Septiembre de Dinamarca de 1899, antecedente que se enmarca dentro del diálogo social surtido entre los sindicatos de Dinamarca y la Confederación Danesa de empresarios que arrojó como resultado el reconocimiento del sindicato como interlocutor de los trabajadores y el reconocimiento del grado de autonomía de los empresarios en la gestión de la mano de obra, la contratación y los despidos (Beristain, 2013). Desde allí, ha sido reconocido el caso Danés como la punta de lanza en la adopción del modelo de flexiseguridad, en donde ha sido un claro factor determinante el diálogo social y la representatividad de los trabajadores en las organizaciones sindicales y su reconocimiento por parte del sector empresarial, deviniendo en el conocido como "triángulo de oro danés" caracterizado por tres vértices: Una flexibilidad que permita la salida de los trabajadores, una política activa de empleo y fuertes subsidios al desempleo (Ojeda, 2010).

Se ha identificado como antecedente culmen de la flexiseguridad, la normatividad surgida en la década de los 2000 en el marco de la comunidad europea, la cual dio lugar en el año 2006 a la adopción del "Libro Verde - Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI" y a la denominada "Estrategia de Lisboa"[8].

Esta normativa deviene en una serie de mecanismos tendientes a flexibilizar las regulaciones laborales en actos como la contratación, la regulación de la jornada de trabajo, la terminación del contrato de trabajo y en lo atinente al tema que abordamos, los sujetos que intervienen en las relaciones laborales. En paralelo a su vez, se organiza un marco de propuestas tendientes al fortalecimiento de sistemas de seguridad social para el subsidio al desempleo, incentivos para direccionar los mercados laborales y la promoción de políticas de diálogo social.

Surgen entonces como finalidades de cara a la adopción de un modelo de flexiseguridad en el marco de la comunidad europea:

[8] Los líderes de la Unión Europea miembros del Consejo Social Europeo sostienen una reunión en marzo del año 2000 en la ciudad de Lisboa en donde se fijan como objetivo el convertir a la comunidad europea en *"la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de un crecimiento económico sostenible, con más y mejores empleos, mayor cohesión social y dentro del respeto al medio ambiente"* (Kok, 2004)

-Determinar los principales desafíos que son el reflejo evidente de un desfase entre los marcos jurídico y contractual existentes y las realidades del mundo del trabajo. Se hace especial hincapié en la dimensión personal del Derecho laboral, más que en cuestiones de Derecho laboral colectivo;

- lanzar un debate para examinar cómo podría contribuir el Derecho laboral a fomentar la flexibilidad asociada a la seguridad en el empleo, con independencia de la forma de contrato, y contribuir a la creación de empleo y a la reducción del desempleo;

- estimular el debate sobre la manera en que los distintos tipos de relaciones contractuales, así como los derechos laborales aplicables a todos los trabajadores, podrían ayudar a los trabajadores y a las empresas, facilitando el movimiento dentro del mercado de trabajo, fomentando el aprendizaje permanente y desarrollando la creatividad del conjunto de la mano de obra;

- contribuir al programa de mejorar la legislación, fomentando la modernización del Derecho laboral, sin olvidar sus beneficios y costes globales, en particular los problemas que pueden tener las pequeñas y medianas empresas. (Comité Económico y Social Europeo, 2007, p. 1)

Particular preocupación se muestra en el libro verde por abordar el ámbito de las relaciones triangulares de trabajo y la subcontratación laboral a cuyos trabajadores se les ha dado la categoría de trabajadores autónomos (Comité Económico y Social Europeo, 2007), migrando de la subordinación como criterio determinador de la protección a la dependencia económica. Particularmente, tres finalidades del Libro Verde competen a la subcontratación laboral:

- La aplicación de la recomendación 198 de la OIT relativa a las nuevas relaciones laborales respecto de las evoluciones tecnológicas, económicas y sociales.
- La adopción de contratos tipo como respuesta a las formas atípicas del trabajo

- La adopción de un modelo de responsabilidad más preciso en las relaciones de subcontratación laboral señalando las responsabilidades laboral, civil y penal derivadas de dichas relaciones

Se desmarca entonces la flexiseguridad de las tesis de la flexibilización laboral más abolicionistas, partiendo de la base de la necesidad de conciliar la seguridad del trabajador con el funcionamiento de la economía y el mercado. Particularmente se aborda en este paradigma un alcance de la flexibilidad del trabajo en los conceptos de flexibilidad interna y externa, definida la primera como *"la capacidad de adaptación y de movilidad que las empresas desarrollan con su personal, sin modificar su plantilla ni recurrir al despido o a la externalización."* (Beristain, 2013, p. 7), lo que se logra a través de mecanismos como jornadas de trabajo flexibles. Por su parte, la flexibilidad externa se definirá por la OCDE como *"la facilidad para agrandar o reducir la plantilla del personal con que operan las empresas y al uso efectivo que se hace de la posibilidad de variar el número de trabajadores"* (Beristain, 2013, p. 7).

Se ha caracterizado la flexiseguridad por la promoción de la flexibilidad interna a través de jornadas de trabajo flexibles que permitan a las empresas hacer los ajustes necesarios para responder a los nuevos mercados y a su turno evitar en primera medida que se deba prescindir de los trabajadores para asegurar la continuidad de la compañía. Sin embargo, no renuncia la flexiseguridad al concepto de flexibilidad externa, en tanto sigue sosteniendo la idea de flexibilizar la estabilidad en el empleo a efectos de promover la generación de mayores puestos de trabajo. Esto ha valido para que la respuesta académica del derecho laboral y de los trabajadores en Europa particularmente no sea altamente receptiva respecto de la flexiseguridad y sin duda han sido duras las críticas contra dicho modelo de regulación laboral. Algunas críticas por ejemplo han señalado que debe observarse con cautela la fórmula de la flexiseguridad

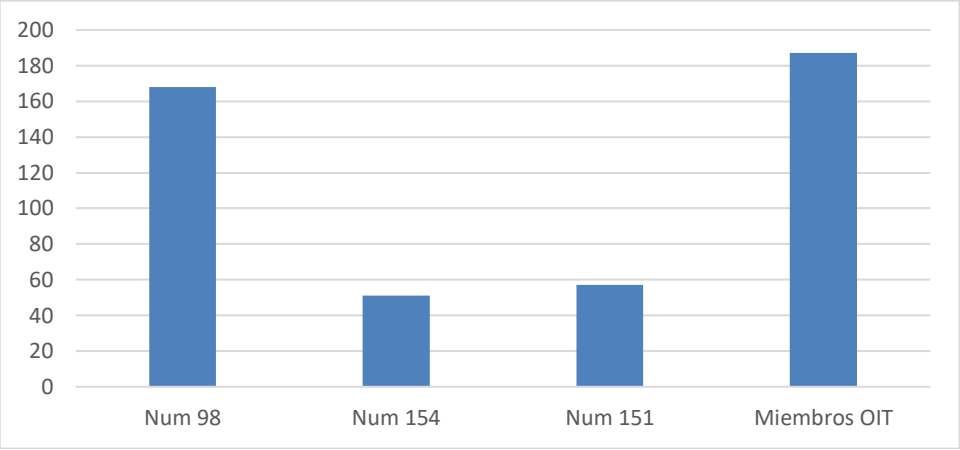
Los críticos del modelo de flexiseguridad indican en primer lugar, el modelo de la flexiseguridad en últimas termina asignando las cargas a los trabajadores y al estado siendo las empresas las grandes ganadoras con la instalación del modelo, mientras los trabajadores terminan asumiendo la carga de la flexibilidad en la estabilidad en el empleo con la disminución de las indemnizaciones por despido injusto y el estado termina asumiendo las cargas fiscales y parafiscales que implica un sistema de seguridad social lo

suficientemente fuerte para brindar una renta básica, los empresarios terminan siendo beneficiados con la posibilidad del manejo flexible de sus plantas de personal aumentando su competitividad y utilidades (Ojeda, 2010, p. 582).

Con suspicacia apuntará el lector en efecto la competitividad de las empresas terminará reflejándose en mayores réditos tributarios para los estados, lo que para algunos autores ha explicado el llamado “milagro Danés” (Ojeda, 2010), sin embargo ello termina convirtiéndose en una desventaja pues los beneficios tributarios no necesariamente redundarán en beneficio directo de los trabajadores y el sistema de seguridad social, entrando a ser recursos fiscales que pueden diluirse dentro del complejo andamiaje del funcionamiento del aparato estatal. Precisamente Dinamarca para el año 2023 presenta una presión fiscal del 43.9% contra un 19.7% del estado colombiano (Datosmacro.com, 2024), por cuanto puede observarse en efecto la aplicación del modelo de la flexiseguridad supone una alta sostenibilidad fiscal.

A su turno señala la crítica a la flexiseguridad que esta requiere un alto nivel de desarrollo del diálogo social y negociación colectiva siendo que, si de nuevo se toman ejemplos como Dinamarca o incluso Holanda, se observa que de manera muy temprana en la historia lograron un diálogo social estamentario entre sindicatos y empresas lo que incluso conlleva a que en estos países suela relegarse el papel del estado en las regulaciones laborales. Sin embargo, si observamos realmente el impacto de la negociación colectiva en el mundo, encontramos que un escenario de negociación colectiva fortalecida para ser más bien la excepción a la regla. Si se observan los tres principales convenios de la OIT en materia de negociación colectiva, mientras el 98 tiene actualmente 168 ratificaciones los convenios 154 y 151 tienen 51 y 57 ratificaciones respectivamente

**Figura 2-1:** Número de ratificaciones Convenios de Negociación Colectiva




Nombre de la fuente: Gráficos de Realización propia con información obtenida de ILO.ORG/ES

Tal información muestra que, si bien la gran mayoría de los estados miembros de la Conferencia Internacional del trabajo aceptan a rasgos generales el derecho a la negociación colectiva, es más reducido el número de ellos que adoptan medidas concretas para hacerla efectiva, siendo los convenios 154 y 151 de la OIT las normas que establecen las medidas más precisas para promover la negociación colectiva tanto en los sectores privado y público respectivamente. Esto supone un claro reto la implementación de una flexiseguridad de la mano con el fortalecimiento de la negociación colectiva por cuanto es razonable prever el requerimiento de fuerte negociación colectiva hoy en día como una desventaja del modelo de flexiseguridad.

Por último, la crítica quizá más fuerte contra el modelo de la flexiseguridad puede recogerse en que, en todo caso, termina por inscribirse en un paradigma que pone nuevamente el ser humano al servicio de la economía y no al contrario como se ha sostenido en líneas precedentes requiere la esencia misma del derecho del trabajo como un derecho humano.

Más aún, se ha visto con escepticismo al paradigma de la flexiseguridad ante el peligro de que a través de en este encuentre el renacimiento la tesis de la flexibilización laboral, la cual si bien se ha visto superada en el debate académico - pues una tesis abolicionista del derecho del trabajo claramente no puede ser tenida como una teoría de derecho laboral -, cierto es que encuentra refugio en ciertas líneas retóricas políticas y no deja de generar

resquemor la idea de que los trabajadores deban renunciar a su derecho a la estabilidad laboral y reducir su papel a una variable de juego para lograr el crecimiento económico sin pensar en la dimensión humana e individual del trabajo.

Amén de lo anterior, no es la flexiseguridad de ninguna manera un paradigma desdeñable, en donde pueden recogerse de ella interesantes planteamientos como el fortalecimiento del diálogo social entre empresarios y trabajadores, el fortalecimiento del modelo de seguridad social para asegurar las contingencias que menguan la capacidad de los ciudadanos de procurarse su subsistencia a través del trabajo, la respuesta necesaria del derecho del trabajo a los cambios en las formas productivas y particularmente el establecimiento de modelos de responsabilidad en relaciones triangulares de trabajo y sobre todo el reconocimiento de que no puede ser una respuesta para el crecimiento económico el desaparecimiento o reducción al mínimo del derecho del trabajo.

No acudirá el presente trabajo a la flexiseguridad como la respuesta milagrosa que permita solucionar las problemáticas derivadas de la subcontratación laboral, mucho menos se sostendrá la regresión de los derechos de estabilidad laboral ya alcanzados como una respuesta válida dentro de un ordenamiento jurídico laboral del trabajo como derecho humano, ni se planteará la idea de renunciar a los fines constitucionales pétreos que han consolidado el carácter tuitivo de las normas laborales como su elemento definitorio.

Sin embargo, la flexiseguridad arroja importantes elementos que permiten establecer mecanismos de respuesta ante los indudables cambios de las relaciones de producción que con mayor rapidez se vienen presentando de los cuales se han servido numerosas legislaciones y particularmente la OIT para tratar de establecer un marco más amplio de regulación y protección laboral en las relaciones de subcontratación.

De allí entonces que se concluya del presente apartado la posibilidad de que la flexiseguridad puede ser un importante paradigma que, dentro del neoconstitucionalismo, pueda ser puesta al servicio de los fines y valores constitucionales de un derecho humano al trabajo de cara a la regulación de la subcontratación laboral como se desarrollará en el capítulo subsiguiente.

## 2.3 Breves consideraciones finales.

Ante la problemática del hoy insuficiente y desdibujado marco de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral, corresponde identificar el marco epistemológico bajo el cual han de ser interpretados los marcos dogmáticos que serán planteados en subsiguientes apartes. No puede plantearse como respuesta a la problemática de la responsabilidad en el marco de la subcontratación laboral una elaboración dogmática aislada, pues persistiría el problema inicial, esto es, un marco de responsabilidad indeterminado cuya capacidad de respuesta al fenómeno de la subcontratación resulta siendo circunstancial y no holística.

Para la identificación del marco epistemológico respecto del cual se han de interpretar las instituciones jurídicas de la responsabilidad en la subcontratación laboral, se ha partido entonces de la idea de que, a diferencia de otras áreas, es el derecho del trabajo una rama muy joven en su génesis y se ha encontrado a través de la historia con diversos momentos históricos desde la visión contractualista del trabajo nacida en los albores del liberalismo del siglo XIX, pasando por el auge del derecho laboral superando la visión contractualista para desplazarse hacia la de la relación laboral y llegando a las tesis abolicionistas moderadas bajo las teorías de la flexibilización a finales del siglo XX e inicios del XXI.

Quizá la falta de una visión holística estructurada del trabajo durante estas etapas históricas conllevaría a que tanto las tesis del constitucionalismo social como las de la flexibilización laboral se vieran superadas en el escenario contemporáneo, al haber sido el resultado de un derecho del trabajo circunstancial que definió sus principios y sus bases conforme al contexto social y productivo preponderante para el momento.

Pero no puede desconocerse que ambas hipótesis han dejado sentadas dos grandes bases epistemológicas: una primera humanista en donde la noción del trabajo se relaciona intrínsecamente con el ser humano y por tanto es genuinamente un derecho humano el cual se sirve de la economía como instrumento para su desarrollo, siendo una visión mayormente deontológica del trabajo; una segunda economicista en donde la noción del trabajo es una relación extrínseca al ser humano y por tanto es un fenómeno socio económico cuya respuesta jurídica ha de ser la que permita proporcionar de la manera más eficiente el sustento a través del trabajo y las relaciones de capital, relaciones dentro

de las cuales las regulaciones laborales son un instrumento y variable que permite los logros del crecimiento económico, siendo esta una visión mayormente estructuralista y utilitarista del trabajo.

Heredando ambas bases epistemológicas quizá en un intento de brindar posturas un tanto más eclécticas, en el derecho del trabajo contemporáneo se han erigido dos nuevos paradigmas: el neoconstitucionalismo social y la flexiseguridad. El primero de ellos reclama nuevamente las banderas del constitucionalismo social de antaño bajo la premisa del apego irrestricto a los principios y valores constitucionales, resaltando particularmente el carácter tuitivo del derecho del trabajo. Pero se aleja un tanto del clásico constitucionalismo social en tanto se resalta la idea del derecho viviente, en el sentido de que el derecho no puede convertirse en un conjunto de normas estáticas indiferentes a los cambios sociales y a las relaciones de producción, al contrario, resalta la necesidad de un marco dogmático dinámico que permita dar respuesta al surgimiento cada vez más acelerado de formas atípicas de las relaciones de trabajo, con cambios evidentes en elementos tan definitorios de las relaciones laborales como la subordinación

Como segundo paradigma se erige desde la época de los 2000 con una marcada influencia en las regulaciones comunitarias europeas la flexiseguridad, que resalta la necesidad de permitir un marco de flexibilidad en las relaciones de trabajo a efectos de permitir el crecimiento económico, pero no desconoce el objetivo final de la economía en brindar bienestar a los ciudadanos, motivo por el cual plantea que no puede verse el crecimiento económico aislado al crecimiento del bienestar y por tanto plantea la adopción de fuertes marcos de protección social. Al igual que el neoconstitucionalismo, resalta el paradigma de la flexiseguridad una necesidad de dar una adecuada respuesta al surgimiento de relaciones atípicas del trabajo como la subcontratación laboral.

Así pues, se han identificado en el presente capitulo las dos bases epistemológicas desde las cuales puede darse una respuesta a los marcos de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral y para no caer en el error del eclecticismo absoluto, el presente trabajo abordará la problemática desde la visión humanista del trabajo, pero una visión humanista que requiere una clara respuesta ante las cambiantes formas de producción, de lo contrario, como se evidencia en los datos expresados en párrafos anteriores, la

formalización del empleo seguirá siendo utópica incentivándose el surgimiento de cada día más y más formas para laborales – como los falso autónomos – con el inevitable resultado de que una anacrónica visión del trabajo siga generando sectores laborales marginalizados y vulnerables.

A diferencia de las tesis del proteccionismo y la flexibilización diametralmente opuestas e irreconciliables, el neoconstitucionalismo y la flexiseguridad si tienen puntos convergentes que pueden conllevar a una respuesta de mayor protección laboral a quienes se desempeñan en relaciones de subcontratación laboral, reconociendo su valor intrínseco como trabajadores y por supuesto, desde el manejo de las variables extrínsecas que les puedan afectar. La identificación de dichos puntos será el eje del capítulo subsiguiente a abordar.

# 3. Propuestas para la implementación de un modelo de responsabilidad en la subcontratación laboral

Se ha definido lo que significa la subcontratación laboral como una de las formas en que se da la tercerización (junto con figuras como la contratación por servicios temporales y las cooperativas de trabajo asociado), caracterizada por una relación triangular de trabajo en donde un trabajador se obliga al cumplimiento de un servicio personal e intransferible en beneficio de un tercero denominado beneficiario, relación intermediada por un contratista quien asume tanto las obligaciones contractuales como la potestad de impartir órdenes y ejercitar el poder disciplinario al trabajador (cuestión que diferencia a la subcontratación con las relaciones de mera intermediación laboral), lo que genera un escenario de para subordinación (Supiot, 2004).

A su vez, se han identificado situaciones problemáticas derivadas de dicha relación laboral de cara a la garantía de los derechos de los trabajadores, como la indeterminación de la subordinación (si se da en relación al contratista, al beneficiario o ambos), ¿quién y en qué proporción debe asumirse la carga de pagar salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social del trabajador?, ¿qué sucede ante la desaparición del contratista (por situaciones de insolvencia y liquidación)?, si tiene el derecho de sindicalización en ambas empresas el trabajador, ¿Qué obligaciones debe cumplir el contratista y el beneficiario en materia de riesgos laborales para mitigar los factores de riesgo? y otras tantas circunstancias que sin duda aquejan a los trabajadores subcontratados.

Se ha observado que la respuesta legislativa ante tal circunstancia se ha pretendido dar a través de regulaciones anacrónicas que encuentran su eje en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

En línea con dicho precepto legal, la Corte Constitucional ha dado una respuesta a las indeterminaciones de la norma, aclarando que el marco de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral es solidaria entre el contratista y el beneficiario siempre que los servicios prestados por el trabajador formen parte del objeto social o giro ordinario de los negocios del beneficiario, caso contrario, será el contratista el responsable exclusivo respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales. Tal respuesta como hemos visto resulta insuficiente en un escenario laboral con gran relevancia en el país y que ha mostrado una tendencia moderada a sustituir formas de tercerización como los servicios temporales y las cooperativas de trabajo asociado.

La insuficiencia de tal respuesta radica en que precisamente se excluye del marco de protección a los trabajadores que laboran en actividades extrínsecas al objeto social del beneficiario, más aún, dicho marco representa que el beneficiario pueda eludir importantes obligaciones no patrimoniales como los deberes de adopción de políticas de seguridad y salud en el trabajo, el respeto por el derecho de asociación colectiva, la responsabilidad ante el caso de liquidación del contratista, entre otros tantos asuntos que no parecen encontrar respuesta en el artículo 34 del C.S.T. ni en la sentencia C-593 de 2014.

Como veremos en el presente apartado, a diferencia del caso colombiano, la legislación internacional del trabajo ha adoptado en el marco del trabajo decente definido por la OIT una serie de recomendaciones para ajustar las legislaciones de los países miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo frente a la subcontratación laboral, propuestas que elaboran un complejo modelo de responsabilidad con la capacidad de responder a las diversas problemáticas laborales que en dichas relaciones se presentan. Veremos también que, tanto en modelos comunitarios como la comunidad europea y en el propio marco de los países hispanohablantes se han dado diversas propuestas generales para la implementación de modelos de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral.

Tampoco pueden desconocerse los avances jurisprudenciales y regulatorios que se han dado en el marco colombiano que, aunque insuficientes, en todo caso son ineludible punto de partida para el ensamblaje de un completo modelo de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral, bajo la mirada irrestricta de un derecho laboral tuitivo, progresivo y enfocado al desarrollo del trabajador como ser humano.

Así, el presente capítulo mostrará como aspectos necesarios para la construcción y deconstrucción de un modelo de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral los siguientes: 1. Los elementos jurisprudenciales en Colombia para un modelo de responsabilidad en la subcontratación laboral, 2. Las propuestas legislativas para la regulación de la subcontratación laboral en Colombia, 3. El concepto de responsabilidad *in vigilando* y el modelo de responsabilidad subjetiva, 4. El concepto de trabajo decente y las propuestas en el derecho internacional del trabajo para la subcontratación laboral y 5. Algunos ejemplos en el marco de las regulaciones de otros países sobre la subcontratación laboral.

## 3.1. Los elementos jurisprudenciales en Colombia para un modelo de responsabilidad en la subcontratación laboral

Como reciente ha sido el impacto de la subcontratación laboral, reciente ha sido el desarrollo jurisprudencial que ha tenido en Colombia dicha figura, el cual si bien empieza a establecerse con la sentencia C-593 de 2014 que hemos reseñado, empieza a proliferar desde el año 2019 y por supuesto sus números palidecen ante el prolijo desarrollo jurisprudencial que en materia de tercerización por empresas temporales y cooperativas de trabajo asociado se ha producido de vieja data.

Es precisamente en el escenario contemporáneo que empieza a dilucidarse en la jurisprudencia constitucional, ordinaria laboral y contencioso administrativa el problema del anacronismo e interminación de las viejas reglas del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y de las limitantes reglas de responsabilidad fijadas en la sentencia C-593 de 2014, lo que ha impactado sin duda en un amplio margen de discrecionalidad de los jueces

quienes se han enfrentado al interrogante de ¿Cómo atribuir responsabilidades en las relaciones de *outsourcing?*

Múltiples han sido las reglas y subreglas esgrimidas por las altas corporaciones para dar respuesta a tal interrogante, por cuanto no puede pasar inadvertida ante estas la proposición de un modelo de responsabilidad. Se pretende en el presente apartado dar un desarrollo y alcance de las reglas y subreglas en materia de subcontratación laboral que vienen siendo producidas por las altas cortes desde el análisis de los pronunciamientos fundantes, arquimédicos y más actuales en la materia.

### 3.1.1.Los hitos fundacionales de la subcontratación en la jurisprudencia colombiana:

Bien se ha venido remarcando la respuesta jurisprudencial dada en la suscrita sentencia C-593 de 2014 como insuficiente respecto del marco de responsabilidad en las relaciones de subcontratación, más tal reproche por supuesto ha de tener en cuenta que dentro del control de constitucionalidad le estaba vedado a la corte constitucional desbordar la voluntad del legislador expresada en el artículo 34 constitucional. Pese a lo anterior, no puede perderse de vista que esta sentencia es sin duda alguna el pronunciamiento hito fundacional con respecto a la responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral, precisamente al haber efectuado el control de constitucionalidad respecto del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y desde la cual pueden empezarse a dibujar las primeras características dogmáticas que nos permiten consolidar a la subcontratación como una institución jurídica.

Tal sentencia empieza a dibujar dos primeras características dogmáticas de la subcontratación laboral consistentes en **1.** El que la subcontratación laboral es una forma de tercerización autónoma y **2**. Que bajo el amparo constitucional las normas en materia de subcontratación deben leerse ateniendo el carácter tuitivo de las normas laborales, con lo cual se reafirma por las autoridades el marco teórico bajo el cual pretendemos dar respuesta a la búsqueda del modelo de responsabilidad bajo la guía de una visión humanista del trabajo y apelando al carácter tuitivo de las normas laborales.

A su turno, la Corte Constitucional acude a los elementos de la subcontratación laboral establecidos de manera temprana por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 25 de mayo de 1968, en donde con claridad se distinguirían como elementos dogmáticos de la responsabilidad en las relaciones de subcontratación: **3.** Que se predica la responsabilidad solidaria cuando la obra contratada sea inherente con la actividad del beneficiario, **4.** Que se predica la responsabilidad solidaria cuando la obra contratada sea conexa con la actividad del beneficiario y **5.** La excepción a la regla de la responsabilidad solidaria se da cuando las labores ejecutadas son extrañas a las actividades normales de la empresa.

Ahora bien, las palabras "conexo" e "inherente", antaño en la década del 68 por supuesto no producirían mayores interminaciones al ser predominante un modelo de producción predominantemente fabril, en donde se puede determinar con facilidad cada etapa del proceso productivo y así establecer cuando se trata de una labor ligada o no al proceso productivo y así excluir la regla de la responsabilidad. Pero ello se desdibuja en el modelo de producción actual, lo cual llevó a la Corte Constitucional en la sentencia C-593 de 2014 a dictar nuevas reglas jurisprudenciales para delimitar el alcance de la responsabilidad solidaria estableciendo como otras características dogmáticas frente a la responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral las siguientes: **6.** La responsabilidad solidaria permitirá que las deudas del empleador insoluto sean asumidas por el contratista, aceptándose la insolvencia de los pequeños contratistas como un fenómeno de gran impacto para los trabajadores subcontratados **7.** La responsabilidad solidaria es un instituto que busca proteger al trabajador contra la voluntad de eludir a través de la subcontratación las obligaciones de orden laboral, **8.** El sujeto beneficiario de la obra no es el sujeto patronal en principio (regla bien distinta de las relaciones de mera intermediación laboral donde beneficiario e intermediario si tienen ambos la calidad de verdadero empleador) y **9.** Existe la facultad entre contratante y contratista para repetir la acción ante la responsabilidad solidaria en el pago de acreencias.

Con tales elementos dogmáticos se ha construido el actual modelo de responsabilidad y desde el cual puede tomarse un punto de partida para la implementación de un modelo de responsabilidad que responda a los requerimientos del *outsourcing* contemporáneo.

### 3.1.2.La definición especializada del Outsourcing en la jurisprudencia colombiana:

Como se ha señalado, uno de los principales problemas de que adolece la sentencia C-593 de 2014 es la indeterminación de los conceptos de “conexo” e “inherente” de cara a la determinación de la responsabilidad solidaria en las relaciones de subcontratación. Pues bien, ha reconocido particularmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que una definición de la subcontratación laboral no puede pasar inadvertidos los cambios en el modelo productivo que han permitido precisamente la externalización de los procesos.

Particularmente en las sentencias SL4479 de 2020 y SL 467 de 2019 la Corte Suprema ha reconocido que en efecto la externalización productiva es un fenómeno que encuentra amparo dentro de la legislación colombiana y se establece como un mecanismo legítimo por parte de los empleadores. Así, acuñaría la Corte Suprema de Justicia una definición del *outsourcing* de la mano con el modelo productivo del *outsourcing,* en virtud del cual se encargan a terceros determinadas partes u operaciones del proceso productivo.

Desde la sentencia SL del 24 de abril de 1997 de radicación 9435 se dio la mayor relevancia en las relaciones de subcontratación laboral la determinación de la condición de contratista independiente que ha de tener el empleador. Por contrapartida, la Corte Suprema de Justicia ha expresado escenarios dentro de los cuales no encuentra validez en el ordenamiento jurídico el desarrollo de la subcontratación laboral, esto es, cuando a través de ella lo que se pretende es la defraudación de la legislación laboral y eludir las responsabilidades emanadas de un contrato de trabajo, por cuanto de ninguna manera el contratista independiente puede actuar como un mero intermediario que suministra directamente mano de obra al contratante.

Para la identificación de la posición de mero intermediario que en la realidad adopta un contratista, la sentencia SL467 de 2019, sentaría como criterios principales la subordinación de los trabajadores hacia el contratante y la calidad de comerciante o empresario autónomo del contratista. Por tal motivo, en cuanto se evidencie que la empresa contratista carece de una estructura productiva y empresarial propia e independiente de la empresa contratante, se configura un fraude a la ley en donde en la realidad esta empresa contratista actúa como mero intermediario y por tanto en aplicación

del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo operará la responsabilidad solidaria entre contratista y contratante respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores subcontratados.

Ha desarrollado entonces la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia un enfoque de la subcontratación laboral que pretende responder de manera más sincrónica y actualizada al fenómeno del *outsourcing,* delimitando como elementos dogmáticos del marco de responsabilidad: **10.** La subcontratación laboral se da en el marco de un modelo productivo de *outsourcing* caracterizado por la externalización de los distintos procesos de la cadena productiva. **11.** La externalización productiva es un fenómeno económico válido y legítimo a la luz de la legislación colombiana, **12.** La subcontratación es una relación de trabajo que se da en el marco de la flexibilización del mundo del trabajo, **13.** El contratista es la persona quien funge como verdadero empleador. **14.** El contratista desarrolla la labor como una unidad económica totalmente autónoma por cuenta y riesgo propio **15.** El objeto del contratista no es suministrar personal, sino desarrollar por su cuenta una objeto específico que le beneficia directamente, **16.** El contratista tiene una estructura productiva y empresarial propia y libre de cualquier injerencia del contratante **17.**Las labores las desempeña el contratista como un verdadero empresario y es quien ejerce de manera exclusiva el poder subordinante sobre sus trabajadores y **18.** En caso tal que el contratista no obre como un verdadero empresario autónomo, se estará ante un mero intermediario siendo aplicable el régimen de responsabilidad del artículo 35 del Código Sustantivo del trabajo.

Si bien se ha dicho que resulta un asunto problemático la indeterminación del actual modelo de responsabilidad en lo que a obligaciones de hacer atañe (la responsabilidad solidaria no ofrece una respuesta suficiente), es menester traer a colación algunas reglas sentadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en dos materias fundamentales: La garantía del derecho de asociación sindical en las relaciones de subcontratación laboral y la garantía de la estabilidad laboral reforzada en las relaciones de subcontratación laboral.

Con respecto a la garantía del derecho de asociación sindical, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL937 de 2022 adoctrina como otro importante elemento dogmático de la

responsabilidad en la subcontratación laboral, **19.** que la solidaridad en cabeza del contratista y contratante se extiende a obligaciones de hacer, particularmente las emanadas del ejercicio de asociación sindical, siendo válido para los trabajadores del contratista sindicalizarse y ejercer plenamente su derecho de asociación como lo pueden hacer los trabajadores directos de la empresa beneficiaria.

Con respecto a la garantía del derecho a la estabilidad laboral reforzada, particularmente la Corte Constitucional adoctrinó en la sentencia T-378 de 2023 como importante elemento dogmático de la responsabilidad en el marco de la subcontratación que **20.** La solidaridad se predica respecto de la obligación de no despedir al trabajador en condición indefensión por su estado de salud, siendo por tanto procedente la obligación de reintegro tanto en cabeza del contratante como del contratista y **21.** Esta solidaridad solo se predica en el alcance del artículo 34 del C.S.T., esto es, cuando se demuestra que el contratista actúa como mero intermediario y no como un verdadero contratista independiente.

Vemos entonces, como de manera reciente la Corte Suprema de Justicia sin duda alguna ha avanzado en refinar los elementos dogmáticos que permiten delimitar los marcos de responsabilidad en materia de subcontratación laboral, y a su turno se inscribe dentro del paradigma de la flexiseguridad, lo cual epistemológicamente puede llevarla a reñir con el humanista postulado establecido por la Corte Constitucional expresado en línea precedentes, máxime cuando excluye de toda responsabilidad solidaria al beneficiario en el caso en que se trate de un contratista verdaderamente independiente.

### 3.1.3. Abordaje del Outsourcing en el sector público y el objeto misional de la administración.

No ajeno a la influencia de *outsourcing* lo ha sido el estado, el cual desarrolla una especie de objeto social reflejado en el ejercicio de la función pública que constitucional y legalmente le sea asignada, lo que se refleja bajo el concepto de “objeto misional”. Ha sido influenciado el desarrollo de dicho objeto misional por el modelo de externalización de actividades optando las diversas entidades del estado por acudir a la subcontratación de servicios para el desarrollo de su objeto.

Sin embargo, al igual que en el sector particular ha tenido que ser restringido el uso de dicha figura a efectos de evitar el encubrimiento de una verdadera relación laboral entre la administración y quien le prestare sus servicios, siendo en igual medida el criterio la relación intrínseca entre la labor prestada y el objeto misional de la entidad.

Ha sido labor de la Corte Constitucional y particularmente del Consejo de Estado como máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa el desarrollar los elementos dogmáticos de la responsabilidad en la subcontratación, labor que al igual que ha sucedido en el ámbito de los particulares, ha sido de novedoso desarrollo pues figuras que de vieja data implicaban la tercerización de las actividades misionales como el contrato de prestación de servicios no autónomos, han tenido a día de hoy suficientes regulaciones y reglas jurisprudenciales que han limitado ostensiblemente su uso en la administración pública y desterrado cualquier facultad de subordinación por parte de la administración frente al contratista, posibilidad que por lo contrario, la subcontratación laboral si le brinda a la administración.

La línea que delimita el uso de la subcontratación en la administración la marca el objeto misional de las entidades, que no podrá ser provisto a través de los contratos de prestación de servicios, particularmente, el suscrito con una persona jurídica para proveer mano de obra que en ninguna circunstancia podrá ejecutar actos directamente relacionados con la función pública a cargo de la entidad.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, si bien ha reconocido en el concepto C-286 de 2024 que la figura de la subcontratación laboral en el sector público carece de una norma específica, identifica como primeros elementos dogmáticos de dicha figura en la administración: **1.** Que deviene de un contrato de prestación de servicios sujeto a las reglas generales de la contratación estatal contenidas en la ley 80 de 1993 así como los contenidos relacionados dispuestos en la ley 1150 de 2007, así como en el Decreto 1082 de 2015, y en el Decreto 092 de 2017, **2.** Se define la subcontratación estatal como un contrato suscrito entre un contratista estatal y un tercero, **3.** La ejecución de la obra corre por cuenta y riesgo propio del contratista y **4.** La relación contractual en principio lo es entre el estado y el contratista, sin que surja una responsabilidad ante el subcontratista.

Particularmente, con respecto a la responsabilidad solidaria entre el estado y el contratista respecto de las acreencias laborales de los trabajadores que prestan sus servicios se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de radicación 52001-23-31-000-1999-00985-01 del 12 de agosto de 2013 estableciendo como primeras reglas de cara a la subcontratación estatal **6.** La subcontratación estatal es independiente a la relación laboral entre el contratista y el trabajador, **7.** En principio las obligaciones que contrae el subcontratista con el contratista solo son exigibles entre estos más no a la administración pública, por tanto, no surge una responsabilidad solidaria de la administración frente a las obligaciones del subcontratista **8.** No está restringida la potestad de la administración de supervisar y dirigir la ejecución del contrato.

Hasta lo visto, es claro la doctrina que se ha establecido en la rama contencioso administrativa resulta problemática de cara al objeto de la presente investigación, pues incluso resulta mayormente regresiva si se le compara con la aplicación de la subcontratación en el sector particular, pues si bien se remarca la potestad del estado de dirigir y supervisar la actividad que desarrolla el subcontratista, no existe en principio una responsabilidad solidaria del estado frente al cumplimiento de sus obligaciones, lo cual permite entrever una clara inequidad en las relaciones entre los subcontratistas y el estado.

En la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de radicación 25000-23-42-000-2019-00874-00, del 12 de diciembre de 2023, se tuvo la oportunidad de referirse respecto de la responsabilidad del estado de obligaciones laborales emanadas en el marco de una relación de subcontratación laboral para la prestación de servicios médicos por parte de una Entidad Social del Estado, en donde se recogieron las antedichas reglas sentadas en la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia esgrimida al respecto y por supuesto las reglas sentadas en la sentencia C-593 de 2014, concluyéndose que el estado hace un uso defraudatorio de la figura de la subcontratación, cuando se utiliza para desarrollar actividades misionales de la entidad, sentándose como reglas de la subcontratación en el sector público: **9.** Resulta ilícita la utilización de la subcontratación para desarrollar actividades propias y misionales de las entidades, **10.** Actúa como mero intermediario quien carece de estructura propia, no ejerce directamente el poder subordinante y no asume por cuenta y riesgo propio la contratación. En tal escenario ha

remarcado el Consejo de Estado **10.** Es procedente la declaratoria de la responsabilidad solidaria del estado de cara a las acreencias laborales en cabeza del subcontratista.

Por su parte, en sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de radicación 66001-23-33-000-2016-00071-01, del 17 de noviembre de 2022, se establecen como elementos dogmáticos que **11.** La función pública se ha de prestar por el personal perteneciente a la entidad y **12.** Cuando se requieran conocimientos especializados en determinada área las funciones pueden desarrollarse por un contratista y subcontratista.

Podemos decir que, si bien es poco el desarrollo dogmático de la subcontratación en el sector público, se han construido reglas y subreglas armonizando con el precedente sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a quien se remite de manera constante el Consejo de Estado para resolver los problemas jurídicos relacionados con ello.

Si bien se han dado algunas directrices administrativas, cierto es que se carece dentro de las normas contencioso-administrativas bien sea de una ley específica que aborde lo atinente a la subcontratación laboral en el sector público o siquiera una disposición sumaria en la ley 80 de 1993 (ley de contratación pública) que establezca una disposición expresa de la subcontratación en los contratos estatales. Pese a ello, los anteriores elementos dogmáticos en armonía con los desarrollados por la Corte Suprema de Justicia constituyen un importante punto de partida para la regulación de la responsabilidad en la subcontratación estatal.

## 3.2. Propuestas legislativas de responsabilidad en relaciones de subcontratación laboral:

Por su parte, las propuestas de reforma actuales en efecto advierten la necesidad de reformar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, particularmente en el artículo 45 del proyecto de ley 166C de 2023, que para la fecha de redacción del presente escrito se encuentra ya aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes y en trámite en la Comisión Séptima del Senado con el radicado 311 de 2024.

El mencionado proyecto de ley advierte en concordancia con las cifras que hemos mostrado en anteriores apartados, que para el año 2023, 46.1% de los trabajadores ocupados manifiestan que laboran en una empresa distinta a la cual los contrató, es decir, se encuentran tercerizados, siendo que el 55% de ellos manifiestan que laboran por contratación con empresas de servicios temporales, un 3.9% laboran con una Cooperativa de Trabajo Asociado, un 4.7% con una Empresa Asociativa de Trabajo y un 36.4% indica “otra” como la opción de tercerización. Al igual que lo hemos indicado en el capítulo primero, se advierte en el proyecto de ley que tal porcentaje puede deberse a otras formas de tercerización no reguladas, dentro de las cuales podemos observar el *outsourcing* (Cámara de Representantes, 2024, p.24)

Así mismo, como se ha advertido en este trabajo, dentro de la exposición de motivos del proyecto de ley se identifica como problemática la fórmula de vieja data implantada con el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo en dar un ámbito de protección a los trabajadores subcontratados siempre que sus actividades no sean ajenas al objeto social de la empresa principal.

Como respuesta a la problemática de la creciente tendencia de tercerización a través de formas distintas a las de Servicios Temporales y Cooperativas de Trabajo Asociado, dentro de las cuales está la subcontratación laboral, en su artículo 45 el proyecto de ley propone un modelo de responsabilidad solidaria absoluta del contratante con respecto de las obligaciones dentro del marco de la responsabilidad objetiva, con lo cual claramente se amplía el marco de protección que hoy en día tanto legal como jurisprudencialmente se cuenta, acercándose a marcos de regulación radical como el de México que más adelante será analizado.

Podemos observar en el artículo 45 del proyecto de ley como principales elementos de la modificación al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo: **1.** La definición de "Contratista" y "Subcontratista" como aquel quien contrata por su cuenta y riesgo propio, con sus propios medios y autonomía técnica y directiva la prestación de los servicios o ejecución de obras; **2.** Para ser tenidos como contratistas y no como meros intermediarios, deberán tener su propia organización empresarial especializada en el servicio o producto ofertado; **3.** Que las autoridades judiciales y administrativas están facultadas para solicitar la demostración de estas circunstancias a los contratistas y subcontratistas; **4.** La responsabilidad solidaria del contratante frente a las acreencias laborales y de las seguridad social de los trabajadores subcontratados; **5.** La ineficacia de los despidos efectuados por los contratistas y subcontratistas cuando se actúe como mero intermediario con el consecuente reintegro sin solución de continuidad del trabajador y el pago de las acreencias causadas y **6.** Una indemnización sancionatoria a favor del trabajador por valor de 365 días de salario cuando se da el despido ineficaz derivado de una relación ilícita de subcontratación laboral.

En efecto se busca en las actuales propuestas legislativas reformar el esquema de responsabilidad en las relaciones de subcontratación y ampliar el marco de protección de los trabajadores subcontratados, lo que se advierte es lo primero de lo que adolece el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. A su vez introduce el concepto de contratista independiente que ha venido construyendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en la sentencia C-593 de 2014. Se observa entonces que la actual propuesta legislativa se respalda en un marco epistemológico tuitivo del derecho del trabajo.

En contraposición a la propuesta, múltiples voces del poder legislativo, académico y la opinión pública se han expresado, las cuales podemos resumir en su gran mayoría, se sustentan en las tesis de la flexibilización laboral, es decir, señalando en la mejora de los marcos de protección del derecho del trabajo impactos contra la economía.

Obsérvese por ejemplo que, para septiembre de 2024 antecediendo la votación del proyecto de ley en la plenaria de la Cámara de Representantes del Congreso de la República, fueron generadas nueve proposiciones para el artículo 45 del proyecto, en el

cual ocho fueron proposiciones de eliminación total del artículo y una de eliminación parcial[9].

Quienes ha propuesto la eliminación total o parcial del artículo, han sustentado sus proposiciones señalando varios reparos: **1.** Que la exigencia de especialización de las empresas contratistas y la facultad de las autoridades administrativas para requerirles información genera altos costos empresariales y generan una barrera para la flexibilidad laboral necesaria para la reducción de las tasas de informalidad (Méndez, 2024), **2.** La exigencia de que los contratistas sean empresa y se especialicen vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa y restringe la flexibilidad laboral necesaria para el funcionamiento del mercado,

Por su parte, la proposición del congresista Alfredo Ape Cuello y Libardo Cruz Casado, erigen su crítica contra el artículo en que establecer un sistema de pagos y organización administrativa estandarizada para contratistas y contratantes puede conllevar costes que las micro y pequeñas empresas no están en la capacidad de asumir. En su lugar, indican que la tercerización implementada de manera adecuada es un importante mecanismo para el crecimiento de la pequeña y mediana empresa. En su lugar señalan los congresistas es necesario establecer una serie de incentivos y un fortalecimiento de los procesos de vigilancia administrativa para impedir el uso ilícito de la figura de la subcontratación (Ape y Cruz, 2024)

Particularmente la proposición del congresista Wilmer Yesid Guerrero Avendaño, quien propone adicionar el parágrafo 1 del artículo 45 de la propuesta una sanción administrativa a las empresas que incumplan lo señalado en la norma de hasta 5.000 SMLMV, lo que acerca más el proyecto al esquema mexicano que mostraremos en subsiguientes

[9] Proposiciones presentadas por los congresistas Jorge Méndez, Juan Sebastián Gómez González, Hernán Darío Cadavid Márquez, Wilmer Yesid Guerrero Avendaño, Alfredo Ape Cuello Baute, Libardo Cruz Casado, Saray Elena Robayo Bechara, Carlos Edward Osorio, Christian Garces y Vladimir Olaya. Ha de indicarse dichas proposiciones ha sido votadas de forma negativa en sesión plenaria de la Cámara de Representantes del día 01 de octubre de 2024, por cuanto el artículo 45 del proyecto de ley se mantiene vigente a la fecha de redacción del presente texto.

apartados. Ello señalando la necesidad de la interposición de medidas administrativa para dar respuesta efectiva a la tercerización ilícita a través del *outsourcing* (Guerrero, 2024).

La prensa por su parte ha sido crítica con el proyecto de ley cimentándose en una postura economicista del trabajo, señalando que dicho artículo es un desincentivo para la tercerización laboral (Trujillo, 2023). Postura que además es defendida por algunos sectores de la academia quienes han señalado que, en efecto, el exigir especialización a los contratista y la alta suma indemnizatoria a pagar al trabajador despedido en el marco de una relación de subcontratación laboral ilícita implican un importante desincentivo a la tercerización y un aumento en los costos de las empresas que fungen como contratistas independientes (Sarmiento et al. 2023)

Por parte de la academia, han sido variadas las opiniones con respecto a la propuesta legislativa. Algunos señalan como un acierto la introducción de la especialidad y autonomía del servicio prestado como criterio determinador de la condición de contratista independiente a tono con lo indicado por la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, se advierte a su vez que las medidas a abordar para evitar la utilización ilícita de las relaciones de subcontratación no pueden implicar los mismos costos laborales que una contratación directa pues ello termina mermando la competitividad de las economías a baja escala (Bermúdez et al. 2023)

Obsérvese entonces como en el escenario de discusión legislativa de la propuesta de reforma laboral de nuevo dos paradigmas se ponen en contraposición: un primer paradigma proteccionista que ve en marcos rígidos y restrictivos como la responsabilidad solidaria absoluta la forma idónea de garantizar que la subcontratación laboral no vulnere los mínimos derechos de los trabajadores subcontratados. Por otra parte, se observa un paradigma fuertemente cimentado en las tesis de la flexibilización laboral donde se dirigen los reproches a las consecuencias problemáticas frente al mercado que dichas medidas pueden tener, señalando a la tercerización laboral como un importante instrumento para el mercado.

Existe entonces un problema epistemológico en la discusión legislativa de la reforma al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues ambas posturas en contraposición identifican su postura o bien en las tesis rígidas del proteccionismo laboral del

constitucionalismo social de antaño o en las tesis abolicionistas moderadas de la flexibilización laboral, las cuales como se ha indicado en el capítulo segundo, deben ser superadas en el derecho laboral contemporáneo, para dar paso a teorías mucho más actuales como el neoconstitucionalismo y la flexiseguridad.

Tales extremos epistemológicos han dado como resultado que la actual propuesta de reforma planteada en un artículo y tres párrafos sea insuficiente para regular la subcontratación laboral, pues su rígido planteamiento como algunas críticas lo advierten terminará desincentivando la subcontratación por sobre todo en las pequeñas y medianas empresas. Por otra parte, subsiste en la propuesta legislativa el problema respecto de las obligaciones extrapatrimoniales como el respeto al derecho de asociación sindical, la implementación de las políticas de seguridad y salud en el trabajo, las medidas a implementar contra el acoso laboral, la garantía de las acreencias laborales ante la insolvencia del contratista, entre otras tantas que hemos señalado, cuya regulación ha pasado inadvertida la mirada de la propuesta legislativa y el debate académico que se ha venido dando alrededor de esta.

Se verá en los siguientes apartados, tanto las propuestas regulatorias en países como España, Argentina, Chile, Uruguay e incluso México (a la cual se observa mayormente cercana la propuesta legislativa en Colombia) han optado por codificaciones mucho más completas con un marco de responsabilidad especificado para el contratista y el contratante, así como importantes incentivos como la responsabilidad subsidiaria frente al diligente ejercicio *in vigilando* de la contratante sobre el contratista.

## *3.3.* La responsabilidad *in vigilando*: punto de partida para un modelo de responsabilidad integrador.

El planteamiento de un modelo de responsabilidad y no simplemente una regla de responsabilidad implica la revisión estructural de la teoría de la responsabilidad en materia de derecho laboral, la cual como hemos visto, no puede pasar inadvertido el carácter tuitivo intrínseco de las normas laborales. En virtud de dicho carácter proteccionista se constituye el ordenamiento jurídico laboral en un modelo en principio de responsabilidad objetiva en

donde, basta con la comprobación de la verdadera calidad de empleador para que éste sea deudor de obligaciones determinadas como los mínimos derechos laborales.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico laboral no transita de manera exclusiva sobre la senda de la responsabilidad objetiva y la irrenunciabilidad de todos los derechos laborales, por el contrario, otorga un amplio margen para el ejercicio de la voluntad de las partes y por ende, es relevante dentro de dicho ordenamiento observar la conducta desplegada por las partes en el marco de las relaciones laborales, particularmente, en las relaciones de subcontratación laboral en donde convergen múltiples acuerdos de voluntades del contratante, el contratista y el trabajador.

Si bien, es la responsabilidad objetiva una importante vía acorde con el carácter tuitivo de las regulaciones laborales y es claro resuelve gran parte del problema que se ha abordado en el presente trabajo, con dicha fórmula sigue excluyéndose la posibilidad de regular la conducta subjetiva tanto del contratante como del contratista yendo a la raíz conductual del problema, lo que puede incluso generar mayores estadios de defraudación de las normas laborales.

Allí es donde se propondrán, importantes instituciones que han surgido de ramas como el derecho administrativo y el derecho civil, como la responsabilidad o culpa *in vigilando,* las cuales cobran un especial protagonismo que permitirá encausar el comportamiento de ambas partes acorde al carácter tuitivo de las relaciones laborales ayudando a completar el modelo de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral. Como veremos en posteriores apartados, es esta la fórmula por la que han optado tanto los marcos normativos en otros países y en normativas comunitarias.

El concepto de la responsabilidad *in vigilando* ha sido definido por la Real Academia de la Lengua Española como *"Responsabilidad civil por los daños causados por las personas respecto de las que otras tienen un especial deber de vigilancia, como pueden ser los padres o tutores respecto de sus hijos o pupilos (…)."* (RAE, 2024).

A su turno, el artículo 2347 del Código Civil ha acuñado el concepto de la culpa *in vigilando* estableciendo un deber de cuidado del contratante con respecto a las actividades ejecutadas por el contratista. De tal manera, en nuestro ordenamiento jurídico se ha

establecido un marco general de responsabilidad civil que deriva no solo de los efectos directos de la conducta desplegada por una persona, sino, además, de los efectos indirectos de la omisión de los deberes de conducta esperados con respecto a un tercero bajo el cual se tiene determinado deber de garante de sus derechos.

Tal institución jurídica a su vez se ha hecho extensible a otras ramas del derecho, particularmente, el derecho contencioso administrativo en lo que a la responsabilidad extracontractual del estado respecta. En sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de radicación 05001-23-31-000-1993-0621-01 del 21 de febrero de 2002, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez se habrían desarrollado importantes elementos dogmáticos para la definición y alcance de la responsabilidad *in vigilando* en la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la mencionada sentencia se estableció que dicha responsabilidad nace por una omisión de supervisar a los particulares respecto del cumplimiento de sus obligaciones a efectos de evitar causar perjuicios a terceros. Particularmente, trae el Consejo de Estado a colación la doctrina expresada por los profesores Rafael Entrena Cuesta y Mariano Magide Herrero quienes se han encargado de desarrollar la doctrina de la responsabilidad *in vigilando* en el contexto español.

El Consejo de Estado parte por distinguir entre los conceptos de “inactividad formal” e “inactividad material”, correspondiendo el primero a la pasiva actuación de la administración frente a un procedimiento en donde es requerida y el segundo a que la administración no ejercite una acción dentro del marco de sus competencias. Partiendo de dichos principios logra establecerse un símil con el modelo de responsabilidad penal (modelo de pura responsabilidad subjetiva) en donde la actuación del estado será reprochable tanto por no efectuar un acto que legalmente estaba obligado a ejecutar (inactividad formal) y por no efectuar un acto que hubiera podido efectuar para evitar un resultado lesivo (inactividad material). A su vez se ha establecido en el mencionado pronunciamiento, que para que sea oponible a la administración la inactividad material, es necesario que sea determinada la posición de garante de la administración frente a los terceros a quien se les causa un daño que hubiere podido evitarse o mitigarse con la debida supervisión.

La responsabilidad *in vigilando* establecerá entonces un marco de responsabilidad causal indirecto, pues quien tiene la posición de garante tendrá responsabilidad respecto de un daño que directamente causó un tercero y que dentro del marco de la conducta esperada por la administración de supervisión y cuidado hubiera podido evitarse, con lo cual se presenta dicho modelo como un segundo estadio de la culpa, la cual en principio recae sobre quienes tienen un nexo de causalidad directa respecto del daño causado, más en un segundo nivel, puede recaer sobre quienes tienen una determinada posición de garante que hubiera podido impedir la conducta lesiva.

Bien admite el Consejo de Estado en la sentencia en cita que un modelo de responsabilidad *in vigilando* tiene sus bases sólidamente constituidas en la doctrina penal, particularmente tratándose de los delitos de comisión por omisión, ello es, aquellos delitos en donde quien tiene la posición de garante con su actuación hubiere podido impedir la causación de la conducta lesiva y el ordenamiento jurídico le reprochará no haberlo hechos, si bien no es el sujeto determinador del daño, ejemplo de ello puede serlo el tipo penal de omisión de socorro de que trata el artículo 131 de la ley 599 del 2000.

Es plausible aplicar la fórmula de la responsabilidad *in vigilando* en las relaciones de subcontratación, de manera tal, que tienen tanto el contratante como el contratista independiente una posición de garante frente a las obligaciones y acreencias laborales de los trabajadores subcontratados, que en principio según nuestro actual marco normativo recae exclusivamente en cabeza del contratista. En el mismo sentido tendrá el estado una responsabilidad *in vigilando* con respecto a la garantía del pago de las acreencias laborales de sus subcontratistas.

Por supuesto, este marco de responsabilidad está delimitado a que el contratista independiente ejerza verdaderamente como tal, pues caso contrario como se ha visto en anterior apartado, quien actúa como verdadero empleador es el contratante y estará llamado a responder solidariamente respecto de todas las obligaciones adeudadas al trabajador, escenario de protección laboral que ya ha sido alcanzado en la legislación y la jurisprudencia colombiana.

Tal modelo de responsabilidad exigirá una delimitación adecuada de la conducta que como garante de los derechos de los trabajadores - respecto de los cuales se beneficia - le ha

de ser exigible al contratante frente al contratista, tarea que ya se ha venido desplegando en la normatividad internacional del trabajo y particularmente en diversas legislaciones comunitarias y nacionales que han optado por un complejo modelo de responsabilidad diferenciada y dirigida especialmente a regular las disposiciones contractuales entre el contratante y el contratista frente a los trabajadores, las cuales serán objeto de estudio en los subsiguientes apartados.

## 3.4. El concepto de trabajo decente de la OIT y las regulaciones supranacionales en la subcontratación laboral

Todo análisis de las normas en materia internacional del trabajo pasa indefectiblemente por la mirada del concepto de trabajo decente de la OIT, término que ha permitido acuñar la esencia del derecho del trabajo como un derecho de carácter supra nacional o el denominado *ius cogens* en materia laboral.

Respecto del ámbito de aplicación del concepto de trabajo decente, ha señalado la OIT particularmente que se arropan todas las relaciones de trabajo, no solo la forma típica del contrato de trabajo, sino que el logro de tales fines ha de extenderse a relaciones de trabajo atípicas como los trabajadores informales, los trabajadores autónomos o independientes y demás formas atípicas de las relaciones laborales (Ghai, 2003).

En la tarea de extender el ámbito de aplicación del trabajo decente, resulta imprescindible traer a colación la Recomendación 198 de la Conferencia Internacional del Trabajo, dentro de la cual ha consolidado la aplicación del principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales estableciendo particularmente como algunos deberes en la política nacional de los miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo:

- Una distinción delimitada entre trabajadores dependientes asalariados e independientes y el diseño de herramientas apropiadas para determinar eficazmente la existencia de una relación laboral.

- Una lucha contra las relaciones laborales encubiertas a través de formas contractuales que oculten el verdadero vínculo laboral con la finalidad de eludir las responsabilidades que emanan de una verdadera relación de trabajo
- Adoptar normas que apliquen a todas las formas contractuales para garantizar a los asalariados la protección a la que tienen derecho
- Asegurar que las normas contractuales estipulen a quien incumbe la responsabilidad de la protección de los derechos de los asalariados.

Subyace a la noción de trabajo decente el ámbito de aplicación a todas las relaciones de trabajo bien sea autónomo, semiautónomo y no autónomo y particularmente dicho concepto se permea del principio de la primacía de la realidad, siendo la finalidad brindar la protección adecuada en las relaciones laborales por encima de las formalidades que pretendan encubrirlas. Particularmente, desde la mencionada recomendación 198 se establecerá un margen de acción a los estados para que adopten normas contractuales que determinen marcos de responsabilidad claros para todos los trabajadores sin importar su denominación, lo cual por supuesto abarcará a los trabajadores subcontratados.

En materia de subcontratación no puede pasarse inadvertido el esfuerzo realizado por la OIT en su 85ª y 86ª reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo, encaminadas a plantear la adopción de un nuevo convenio referido a la subcontratación laboral, esfuerzos que conllevaron a conformar en el año 2000 la Comisión de Trabajo en Subcontratación de la OIT, quien tuvo sobre sus hombros en primer lugar, la imperiosa labor de acuñar un concepto supranacional de lo que es la subcontratación laboral.

Tan ambiciosa labor ha conllevado a que, en primer lugar, la OIT deba conciliar las múltiples definiciones de la subcontratación que los diversos miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo han acuñado en donde ha podido caracterizar tres alcances de la expresión subcontratación:

Un primer alcance del concepto de subcontratación dado por algunos miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo, definen a la subcontratación como aquella relación en la que la labor se ejecuta por una persona que no es trabajador directo de quien se

beneficia del servicio, encerrando en el concepto de subcontratación todas las relaciones de tercerización laboral.

Un segundo alcance del concepto de la subcontratación laboral dado por los miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo define la subcontratación laboral como aquella en la cual, a través de un contratista independiente se proveen servicios de mano de obra por cuenta y riesgo propio, acercando el concepto de subcontratación a las normas de carácter civil y comercial.

Un tercer alcance del concepto de la subcontratación laboral dado por la Conferencia Internacional del Trabajo acuñaría una definición en el medio de ambos extremos en donde define la OIT las relaciones de subcontratación como una relación de tercerización laboral independiente de otras formas como la mera intermediación laboral, que se caracteriza por una relación en donde el trabajador se encuentra en condición de subordinación y dependencia de una parte que utiliza su trabajo en beneficio de otra tercera empresa, trabajo que en todo caso se desarrolla por cuenta y riesgo propio del contratista (Conferencia Internacional del Trabajo, 2000, p.1).

La Comisión de Trabajo en Subcontratación de la OIT acuñó varios términos para definir a los trabajadores en las relaciones de subcontratación y así tener un punto de partida para la atribución de responsabilidades, a saber: **1. "**Trabajadores asimilados a la categoría de empleados", cuando la relación de subordinación es totalmente bilateral entre el beneficiario del servicio y el trabajador subcontratado (lo que en el marco colombiano conocemos como la mera intermediación laboral); **2. "**Trabajadores que son puestos a disposición de la empresa usuaria", cuando el trabajador si bien se encuentra subordinado a su contratista, es decir, recibe órdenes, instrucción y se encuentra sometido al poder disciplinario de esta, a su turno se encuentra subordinado a la empresa beneficiaria sometido a sus lineamientos, órdenes y de manera indirecta se ejerce el poder disciplinario (lo que en el marco colombiano hemos visto como contratista independiente).

Finalmente, la OIT logró caracterizar como principales problemáticas que rodean a las relaciones de subcontratación laboral las relacionadas con las obligaciones de hacer en el marco de la Seguridad y Salud en el Trabajo, la compensación en caso de accidentes y

enfermedades laborales, el pago de deudas al trabajador y el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva.

Determinadas las connotaciones que puede cobrar la subcontratación, particularmente en la última, es decir, en aquellas donde la subcontratación no es una mera relación e intermediación laboral sino que la desarrolla un auténtico contratista independiente, la OIT señaló en el mencionado informe de la Comisión del Trabajo en Subcontratación una serie de parámetros para determinar responsabilidades en las relaciones de subcontratación laboral, partiendo por el alcance que diversos convenios de la OIT tendrían frente a la subcontratación laboral.

**1.** En materia de derecho de asociación y negociación colectiva le son aplicables a los trabajadores subcontratados las disposiciones de los convenios 87 y 98 de la OIT (ratificados por Colombia); **2.** En materia de la terminación del contrato de trabajo le son aplicables las disposiciones del convenio 158 de la OIT ( no ratificado por Colombia); **3.** En materia de la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador le son aplicables las disposiciones del convenio 173 de la OIT (no ratificado por Colombia); **4.** En materia de seguridad y salud en el trabajo el convenio 155 de la OIT (no ratificado por Colombia); **5.** Particularmente en materia de construcción existen disposiciones expresas de la responsabilidad del contratista y el contratante frente al trabajador siendo aplicables las disposiciones del convenio 167 de la OIT (ratificado por Colombia); **6.** En materia de trabajo a domicilio siendo aplicables las disposiciones del convenio 177 (no ratificado por Colombia); **7.** En materia de tercerización general, siendo aplicables las disposiciones del convenio 181 de la OIT (no ratificado por Colombia).

En un principio la OIT no se limitó a enunciar el mencionado alcance de los convenios mencionados en las relaciones de subcontratación, sino que elevó sus máximos esfuerzos a través de la Comisión del Trabajo en Subcontratación surgida de las 85ª y 86ª reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo, para proponer la adopción de un convenio sobre la subcontratación laboral. Dentro de su propuesta la OIT abarcaría los siguientes lineamientos:

- Se acuñan el término de “empresa usuaria” para referirse al contratante, de “trabajador en régimen de subcontratación” para referirse al trabajador, “subcontratista” para referirse al contratista del que se ha hablado en el presente trabajo y que se ha acuñado en la legislación colombiana e “intermediario”, cuando quien contrata no ejerce su poder subordinante y se limita a proveer mano de obra para la empresa usuaria.
- La subcontratación laboral no puede ser un escenario que se preste para eludir responsabilidades laborales.
- Particularmente, deben adoptarse medidas para garantizar a los trabajadores en régimen de subcontratación los derechos de **1.** Libertad sindical y negociación colectiva, **2.** La no discriminación en el empleo, **3.** La edad mínima del trabajo, **4.** El pago de remuneraciones adecuadas a los subcontratistas, **5.** La garantía de la seguridad y salud en el trabajo, **6.** La indemnización en caso de enfermedad o accidente laboral, **7.** El pago de aportes a la seguridad social.
- Establecimiento de medidas correctivas para los contratantes y contratistas (los que la OIT denomina subcontratistas) por eludir dichas obligaciones.

Así mismo, en la propuesta del convenio, se estableció específicamente una parte segunda en la cual se determinaban unas mínimas responsabilidades tanto del contratante como del contratista estableciéndose lo siguiente:

- Todo miembro signante del convenio debe diseñar un régimen de responsabilidades diferenciadas para el contratista (subcontratista en términos de la OIT) y la empresa usuaria.
- Debe adoptarse un régimen de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo en las relaciones de subcontratación.
- Particularmente, se deben establecer medidas para garantizar el pago tanto de las sumas adeudadas al trabajador subcontratado por su trabajo como el pago de la seguridad social.
- Garantizar un marco de responsabilidades claras de la empresa usuaria y el contratista frente al pago de las acreencias laborales y la seguridad social del trabajador subcontratado.

- Garantizar el pago de indemnizaciones por enfermedad o accidente de trabajo.
- Garantizar igualdad de trato y remuneración entre los trabajadores subcontratados y los trabajadores directos de la empresa usuaria que realizan funciones de similar categoría o son análogas.
- Brindar una medida para que el trabajador subcontratado goce de las garantías de **1.** tiempo adecuado de trabajo; **2.** Protección a la maternidad; **3.** Seguridad y salud en el trabajo; **4.** Remuneración; **5.** Régimen de Seguridad y Salud en el Trabajo.

A su turno, en la mencionada 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, la Comisión del Trabajo en Subcontratación propondría un proyecto de recomendación en el cual establecería como lineamientos para determinar la relación de subordinación entre la empresa usuaria, el contratista (o subcontratista en los términos de la OIT) y el trabajador subcontratado:

> a) la medida en que la empresa usuaria determina el momento y la manera en que ha de realizarse el trabajo, incluidos el tiempo de trabajo y las demás condiciones laborales del trabajador;
>
> b) si la empresa usuaria paga periódicamente y de acuerdo con criterios preestablecidos las sumas adeudadas al trabajador;
>
> c) la medida en que la empresa usuaria ejerce sobre el trabajador un poder de supervisión y un control con respecto al trabajo realizado, incluido un poder disciplinario;
>
> d) la medida en que la empresa usuaria hace inversiones y suministra, entre otras cosas, herramientas, materiales y maquinaria para efectuar el trabajo de que se trate;
>
> e) si el trabajador puede o no obtener ganancias o exponerse a pérdidas al efectuar ese trabajo;

f) si el trabajo se efectúa en forma regular y continua;

g) si el trabajador trabaja o no para una sola empresa usuaria;

h) la medida en que el trabajo realizado forma parte integrante de las actividades normales de la empresa usuaria;

i) si la empresa usuaria proporciona o no al trabajador una formación específica de cierta importancia para el desempeño de su trabajo (Conferencia Internacional del Trabajo, 2000, p.1)

Otros lineamientos que serían establecidos en el mencionado proyecto de recomendación establecían:

- Deben establecerse medidas que garanticen el acceso a la información de los trabajadores subcontratados respecto de sus condiciones de trabajo y a lo que tengan derecho.
- Deben establecerse medidas para establecer un trato igualitario entre los trabajadores subcontratados y los trabajadores asalariados de la empresa usuaria y en determinados casos dar el trato a un trabajador subcontratado como se daría a un trabajador de la empresa usuaria.
- No debe suministrarse personal subcontratado con el fin de sustituir a los trabajadores directos de la empresa usuaria que se encuentren en huelga.
- Permitir que los trabajadores subcontratados puedan oponerse a la realización de trabajos que puedan poner en peligro su integridad
- Todo miembro debe tomar en cuenta el grado de dependencia o subordinación de los trabajadores para fijar y atribuir responsabilidades a la empresa usuaria y al contratista.
- Establecer marcos de responsabilidad solidaria frente al pago de las acreencias laborales adeudadas al trabajador subcontratado y subsidiaria entre la empresa usuaria y el contratista en otras circunstancias.
- En caso de insolvencia de la empresa usuaria, los créditos de los trabajadores subcontratados deberán tener el mismo orden prevalente que los de los empleados directos de la compañía.

- La obtención de una autorización por parte de una autoridad debidamente facultada para que el contratista pueda inscribirse y subcontratar el trabajo.
- La autorización para la inscripción debe supeditarse a que el contratista demuestre la viabilidad económica para el cumplimiento de las obligaciones para con sus trabajadores o en su defecto presente caución.
- Promoción de la negociación colectiva en las relaciones de subcontratación laboral.
- Todo miembro deberá reunir información actualizada y detallada del trabajo en régimen de subcontratación.
- Brindar protección a trabajadores nacionales de otros países que realicen trabajo en subcontratación.
- Revisar en conjunto con organizaciones de trabajadores y empleadores las diferentes condiciones de evolución de la subcontratación que requieran medidas adicionales.

Vemos entonces que de manera temprana la OIT evidenció la necesidad de adoptar un complejo marco de responsabilidad en materia de subcontratación laboral, para lo cual planteó un completo programa y particularmente propuso la adopción de un convenio sobre la subcontratación y una recomendación de la Conferencia Internacional del Trabajo al respecto.

Por supuesto tal proyecto era sumamente ambicioso, más aún, cuando sobre la década de los 2000 el mundo del trabajo transitaba la peligrosa senda de las tesis abolicionistas del trabajo, motivo por el cual lastimosamente dichas propuestas no verían su acogimiento en el seno de la OIT, los empleadores como miembro de la OIT no aprobaron la propuesta en compañía con estados que por dichos albores divulgaban y defendían las tesis de la flexibilización y el abolicionismo del derecho del trabajo.

Sin embargo, dichas propuestas no se quedarían en enunciados vacíos, pues daría lugar al nacimiento del convenio 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas y en conexidad a la referida recomendación 198 de la Conferencia Internacional del trabajo (Villasmil y Carballo, 2019, p.11), normas que sin duda reflejan el espíritu de la propuesta

desarrollada y a las cuales ha de acudirse no solo cuando se habla de mera intermediación laboral, sino de subcontratación.

## 3.5. Algunos ejemplos de la responsabilidad en el marco de otros países.

Observados los elementos para el diseño de un marco de responsabilidad diferenciado en materia de subcontratación, partiendo desde las actuales reglas y subreglas jurisprudenciales sentadas por las altas cortes, posteriormente con los desarrollos que se han dado en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo, donde si bien no se logró la adopción el Convenio sobre subcontratación laboral, de allí nacieron importantes elementos para regular de manera específica la subcontratación laboral.

Dichos elementos han sido tomados por diversas legislaciones con particulares adaptaciones a sus contextos jurídicos locales, en donde podemos observar desde modelos de responsabilidad solidaria absoluta, modelos de responsabilidad subsidiaria, modelos de responsabilidad limitada (como el colombiano), bien sea regulados a través de normas dispersas o a través de estatutos propios de subcontratación laboral. Se dispone el presente apartado mostrar al lector los principales aspectos y modelos de responsabilidad en la subcontratación laboral que se ha adoptado en los contextos de España, Argentina. Uruguay, Chile y México.

### 3.4.1. Modelo de responsabilidad en España y Argentina: la responsabilidad *in vigilando.*

En el caso de España, país miembro del Consejo Social Europeo, se ha adoptado un marco de responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral caracterizado por una regulación inserta en su estatuto laboral que se denomina Estatuto de los Trabajadores, adoptado originalmente en el Real Decreto Legislativo 1 de 1995, el cual fue derogado por el actual estatuto de los trabajadores adoptado en el Real Decreto Legislativo 2 de 2015. Dicha norma en su artículo 42, modificado por el Real Decreto Ley 32 de 2021, específicamente establece el régimen de subcontratación laboral.

*Prima facie,* puede evidenciarse que España goza de un modelo muy similar al colombiano, caracterizado por un artículo dentro de un estatuto del trabajo, como ocurre en el caso colombiano en donde es el artículo 34 del C.S.T. la única norma que regula la subcontratación laboral en Colombia. Sin embargo, tal similitud se desdibuja al analizar en profundidad el mencionado artículo 42 del estatuto español, que a diferencia del referido artículo 34 del C.S.T., regula de manera detallada el marco de responsabilidades de la empresa usuaria (a la que denomina el estatuto español como empresa principal) y del contratista, particularmente en lo que a la garantía de los aportes a la seguridad social y el derecho de negociación colectiva atañe.

En primer lugar, la norma en mención establece una responsabilidad *in vigilando* de la empresa contratante en controlar que el contratista se encuentre al día frente al pago de los aportes al sistema de seguridad social de sus trabajadores, debiendo incluso levantar un registro de ello y elevarlo a la autoridad fiscalizadora de aportes a la seguridad social (para el caso español denominada “Tesorería General de Seguridad Social”), para lo cual se cuenta con un plazo de 30 días.

El cumplimiento de dicha obligación le permitirá a la empresa contratante exonerarse de la responsabilidad del pago de dichos aportes, caso contrario estará llamada a responder de manera solidaria respecto de los aportes a la seguridad social, responsabilidad respecto de la cual se señala un tiempo máximo de exigibilidad de tres años con posterioridad a la terminación de la obra contratada.

Con respecto al pago de las acreencias laborales, se establece que la responsabilidad respecto de su pago es solidaria entre la empresa principal y el contratista, pero la limita a su exigibilidad por el término de un año con posterioridad a la finalización de la obra o encargo.

En materia del derecho de asociación colectiva, la norma española establece un completo marco de responsabilidad especial, que inicia por el deber de la empresa contratista de informar a los trabajadores y los órganos de representación legal de los trabajadores (que puede concurrir con una organización sindical) tanto de la empresa contratista como de la empresa contratante información completa respecto de la naturaleza de la empresa principal, así como la información de la empresa contratista. Obligación que implica el llevar

un libro de registro en el sitio de trabajo que refleje la información de todas las empresas involucradas en la obra.

También establece la norma la aplicabilidad de las convenciones colectivas de empresa y sectoriales (denominadas como convenio colectivo) de la empresa principal a los trabajadores de la empresa contratista, salvo en el caso en que la empresa contratista cuente con una Convención Colectiva propia, sin perjuicio de la concurrencia con los convenios sectoriales de industria o gremio[10].

Si bien no cuenta el marco regulatorio español con un estatuto autónomo de subcontratación laboral, si ha establecido una normatividad autónoma y detallada respecto de la subcontratación laboral en el sector de la construcción, ello a través de la ley 32 de 2006 que establece relevantes obligaciones para los contratistas y empresas principales.

En un primer lugar se exige una serie de requisitos para que un contratista o subcontratista pueda fungir como tal como **1.** Poseer una organización productiva autónoma con medios propios y personal propio para el desarrollo de una labor empresarial autónoma; **2.** Asumir los riesgos propios de su labor empresarial; **3.** Ejercer directamente el poder subordinante sobre sus trabajadores y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa contratante; **4.** Acreditar que se cuentan con recursos humanos formados y encargados de implementar los deberes de Seguridad y Salud en el Trabajo; **5.** Contar con un registro de "empresa acreditada", que lo faculta para subcontratar obras de construcción.

Establece también la norma en cita un marco de responsabilidad *in vigilando* del contratante sobre el contratista consistente en **6.** Vigilancia y garantía del cumplimiento del registro de "empresa acreditada" que debe cumplir el contratista; **7.** Vigilancia de la garantía del cumplimiento del pago de aportes a la seguridad social y acreencias laborales de los trabajadores subcontratados, so pena de tener que responder solidariamente

[10] Téngase en cuenta que el marco regulatorio español en materia de negociación colectiva ha adoptado el modelo de negociación por ámbitos de aplicación, con lo cual concurren diversas convenciones de ámbitos de negociación, territorial, sectorial y por empresa, modelo similar al recientemente adoptado en la negociación pública en Colombia en resolución 243 de 2024.

respecto de dichas obligaciones; **8.** Brindar capacitación y formación preventiva de los trabajadores subcontratados.

Finalmente, aparte de la responsabilidad solidaria como instrumento para el cumplimiento de las obligaciones *in vigilando,* el marco normativo español en la ley 32 de 2006 establece una escala de infracciones y multas correlativas por el incumplimiento de dichas obligaciones, particularmente las de llevar el libro de subcontratación referido, remitiéndose al estatuto general de infracciones y multas en el orden social adoptado en el Decreto Legislativo 5 de 2000. Dicha norma, a su vez hace extensivo el marco de responsabilidad a las obras públicas.

Vemos entonces como, si bien el modelo español no cuenta con un estatuto propio de la subcontratación laboral, a excepción del sector de la construcción, regula de manera exhaustiva un marco de responsabilidad bien diferenciado entre empresa principal y contratista que se caracteriza por ser solidario con independencia del objeto social, limitando dicha responsabilidad en materia de seguridad social si se cumple con la responsabilidad *in vigilando* de verificar los pagos al día en la seguridad social de los trabajadores y temporalmente a 1 año con posterioridad a la finalización de la obra o encargo tratándose de las obligaciones salariales. También resalta del marco normativo español el establecimiento de una responsabilidad *in vigilando* que tiene como herramientas para su implementación un sistema de registro de los subcontratistas y un libro de registro que debe llevar la empresa principal donde efectué un control respecto del pago de aportes a la seguridad social y acreencias laborales por parte del contratista o subcontratista.

Con respecto al modelo argentino, al igual que el modelo español tiene como una de sus principales características el establecimiento de un deber de fiscalización de la empresa principal respecto del contratista estableciendo en el artículo 30 de la Ley del Contrato adicionado en la ley 24.013 de 1991 que tiene la empresa principal una posición de vigilancia y control sobre la empresa contratista para el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Particularmente, el marco normativo argentino exige que como mínimo el contratista suministre al contratante información respecto de la identificación de sus trabajadores, la

constancia de los pagos de nómina realizados a los trabajadores, constancia del pago de aportes a la seguridad social y la cobertura al sistema de riesgos laborales. El cumplimiento de tales obligaciones le permitirá a la empresa principal exonerarse de la responsabilidad solidaria respecto del pago de las acreencias insolutas, caso contrario la responsabilidad será solidaria con independencia de que el contratista desarrolle o no actividades intrínsecamente relacionadas con su objeto social.

Debe anotarse en todo caso, el marco normativo argentino no ha pasado inadvertido las críticas de los doctrinantes, quienes particularmente han reprochado a su legislación su anacronismo y echan de menos la adopción de un estatuto que regule la subcontratación laboral con los marcos obligacionales en materias específicas como el sistema de riesgos laborales, los derechos de asociación colectiva, entre otros. (Etchemendy, Gianibelli y Ottaviano, 2019)

### 3.4.2. Modelo de responsabilidad en Uruguay y Chile: La responsabilidad subsidiaria.

A diferencia de los modelos colombiano y español, el modelo uruguayo se caracteriza por tener un estatuto propio de la responsabilidad en las relaciones de subcontratación laboral que inicia con la ley 18.099 de 2007 relativa a la solidaridad de obligaciones de pago de aportes a la seguridad social, obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo y del pago de acreencias laborales en relaciones de subcontratación laboral. Posteriormente, con la ley número 18.251 promulgada en el año 2008, fue adoptado el actual estatuto de subcontratación laboral uruguayo.

Inicialmente, la fórmula uruguaya fue un sistema de responsabilidad solidaria absoluta, en donde, sin importar la relación con el objeto social de la empresa contratante. Sin embargo, tal fórmula sería cambiada posteriormente con la ley 18.251, en donde se estableció un marco de responsabilidad subsidiaria con el cual, es necesario primero acudir al contratista para el pago de las obligaciones laborales y de la seguridad social y ante el impago por parte del contratista nace la obligación de pago por parte de la empresa contratante.

El marco de responsabilidad inicialmente adoptado en la ley 18.099 daba indistinto manejo a las relaciones de subcontratación laboral que a las de mera intermediación, de allí que

la fórmula absoluta fuera la responsabilidad solidaria y estableciera en la misma norma la posibilidad del contratante y el contratista de establecer disposiciones contractuales para exigirse mutuamente la garantía de las obligaciones pactadas.

Sin embargo, tal marco normativo fuere actualizado y particularmente en la ley 18.251 de 2008, se distinguen las relaciones de subcontratación laboral a las de mera intermediación laboral, las agencias de empleo, y las obras ocasionales. Tal diferenciación llevaría a la adopción de un marco de responsabilidad bien diferenciado, donde el elemento de la responsabilidad *in vigilando* se hace protagonista, lo que genera un modelo de responsabilidad subsidiaria.

A diferencia del marco normativo español, la legislación uruguaya no obliga al contratante a llevar registro del pago de la seguridad social ni de las acreencias laborales por parte del contratista a los trabajadores subcontratados, pero si lo faculta y establece en cabeza del contratante el derecho de ser informado respecto del estado del pago de las acreencias laborales de los trabajadores.

La ley uruguaya faculta a la empresa principal a exigir al contratista **1.** Historia laboral y comprobantes de pago a la seguridad social de los trabajadores subcontratados; **2.** Certificación que acredite el pago de los aportes a la seguridad social; **3.** Constancia de pago y afiliación al seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; **4.** Planillas de control de trabajo; **5.** Recibos de pago de nómina y **6.** Convenciones colectivas aplicables (denominados convenios colectivos por la legislación uruguaya). Si bien la norma plantea que el requerir la información sea facultativo, de ejercer tal derecho **7.** habrá lugar a la responsabilidad subsidiaria, caso contrario, la responsabilidad será solidaria, por cuanto la ley establece un importante incentivo para que el contratante fiscalice el cumplimiento de las obligaciones laborales en cabeza del contratista.

Faculta a su vez la legislación uruguaya al contratante para retener del pago en favor del contratista lo valores insolutos por concepto de aportes a la seguridad social y acreencias laborales que se adeuden a los trabajadores subcontratados, potestad que implica que la empresa principal subrogue en el pago al contratista y proceda a realizar el pago directo a los trabajadores subcontratados.

Por último, establece la legislación uruguaya la obligación de citar tanto a la empresa principal como al contratista en los procesos judiciales, configurando así a todos los actores de la relación de subcontratación laboral como parte del litisconsorcio necesario en el momento en que se acuda a juicio.

Particularmente, la ley 18.251 uruguaya de 2008 tiene una innegable inspiración en el contenido de la ley 20.103 de 2007 de Chile, siendo esta norma pionera en establecer la fórmula de la responsabilidad subsidiaria en tanto el contratante haga uso de sus facultades de fiscalización frente al contratista para el cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social, caso contrario, se establecerá la responsabilidad solidaria respecto del cumplimiento de las obligaciones.

### 3.4.3. Modelo de responsabilidad en México: La responsabilidad radical.

El más reciente y radical de los marcos de responsabilidad en la subcontratación laboral en ser adoptado corresponde al escenario mexicano, quienes a través del Decreto proferido el día 23 de abril de 2021 reformaron los artículos de la Ley Federal del Trabajo, la ley del Seguro Social; la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda Para los Trabajadores; del Código Fiscal de la Federación; la Ley del Impuesto Sobre la Renta; de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, , en materia de subcontratación laboral.

Tales reformas en primer lugar establecen una prohibición absoluta de mera intermediación laboral a través de la subcontratación laboral y a su vez de la eliminación de otras formas de intermediación laboral, estableciendo como válida la labor de las agencias de empleo para el reclutamiento, selección, entrenamiento y capacitación e los trabajadores, pero no para proveer mano de obra en beneficio de un tercero. Con tal reforma, solo se permite la subcontratación en el estricto sentido, esto es, para actividades especializadas que no formen parte del objeto social no de la actividad económica preponderante de la empresa beneficiaria.

En el actual marco normativo mexicano, se ha optado por un sistema de responsabilidad solidaria absoluta, siendo en todo caso la empresa contratante responsable solidariamente

respecto de las acreencias laborales insolutas de los trabajadores subcontratados, senda por la cual se observa marchan las actuales propuestas legislativas de reforma al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Pero incluso el caso mexicano, el de mayor restricción a la subcontratación, va más allá de lo propuesto en el proyecto de reforma laboral en Colombia, pues también establece el deber de los contratistas y subcontratistas de contar con un registro ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, el cual debe ser renovado periódicamente cada tres años, entidad que cuenta con la potestad de cancelar el mencionado registro en el escenario en que se incumplan las obligaciones laborales por parte del contratista.

Así mismo, se establece en el marco normativo mexicano una responsabilidad ineludible del contratante de fiscalizar al contratista (el cual es un deber y no una facultad como en el caso uruguayo), quienes deben especificar en el contrato de prestación de servicios las condiciones de la obra o servicio especializado a prestar y la cantidad de trabajadores vinculados para el efecto.

Por su parte se establece un procedimiento de fiscalización por parte de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social bajo el cual, de manera cuatrimestral, los contratistas y subcontratistas deben reportarle informe en el que conste como mínimo **1.** Los datos generales de cada contrato para la provisión de servicios especializados; **2.** Los pontos de aportes y amortizaciones efectuadas al sistema de seguridad social, **3.** La información e los trabajadores contratados, **4.** Determinación del salario base de aportes (en Colombia denominado Ingreso Base de Cotización), **5.** Registro actualizado.

Ante el incumplimiento de tales obligaciones, determina la normatividad mexicana consecuencias sancionatorias con multas que van hasta 5.000 veces la Unidad de Medida y Actualización (equivalente a 2024 a 3.300 pesos mexicanos y 716.780 pesos colombianos), con la cancelación del registro (sancionando con multa de hasta 50.000 veces la Unidad de Medida y Actualización por ejercer labores de subcontratación sin el registro), con eliminación de incentivos tributarios, incluso con pena privativa de la libertad al catalogar la subcontratación ilícita como delito de defraudación fiscal.

## 3.5. Breves consideraciones finales

Bien definido tienen las altas corporaciones lo que es una relación de subcontratación laboral en el estricto sentido del término, siendo una forma específica de la tercerización laboral cuyo elemento esencial es la realización de una labor por parte de un contratista independiente con su propia organización empresarial y productiva y sus propios medios en beneficio de un tercero. Caso contrario, no se está ante una verdadera relación de subcontratación laboral sino ante una relación de mera intermediación laboral que producirá como consecuencia la responsabilidad solidaria del beneficiario respecto de las obligaciones laborales en cabeza de los trabajadores subcontratados.

Por otra parte, si bien no existen expresas disposiciones normativas que lo señalen, las altas corporaciones de manera reciente han dado alcance a los derechos de asociación sindical, seguridad y salud en el trabajo y estabilidad laboral reforzada, estableciendo que dichos derechos se predican del trabajador tanto respecto del contratista como respecto de la empresa beneficiaria.

Existen hoy día propuestas legislativas como el proyecto de ley 166C de 2023 y 311 de 2024 del Congreso de la República para establecer un marco de responsabilidad solidaria absoluta del beneficiario y el contratista respecto de las obligaciones laborales, lo cual, si bien representa un avance en la garantía de los derechos de los trabajadores, no responde a la necesidad de regular las obligaciones de hacer en cabeza del contratante y el contratista para el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales. Insuficiente respuesta que es consecuencia de las discusiones dadas en el seno legislativo bajo marcos epistemológicos obsoletos en la teoría laboral contemporánea como lo son el proteccionismo rígido o la flexibilización laboral.

En tal sentido, se ha propuesto la responsabilidad *in vigilando* como un elemento a tener en cuenta en las regulaciones de la responsabilidad en materia de subcontratación laboral, imprimiendo al contratante beneficiario del servicio una posición de garante respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales de que son acreedores los trabajadores subcontratados, de donde subyace un marco de responsabilidad que asigne actividades concretas de vigilancia y control que deben ejercer las empresas contratantes,

particularmente en materias como la seguridad y salud en el trabajo, el pago de las acreencias laborales y el derecho de asociación y negociación colectiva.

La responsabilidad diferenciada ha sido, una propuesta que encuentra su seno en los organismos internacionales del trabajo como la OIT, institución que ya desde el año 2000 ha intentado adoptar un convenio específico sobre las relaciones de subcontratación laboral, en el cual ha dado una serie de pautas que implican responsabilidades de las empresas contratantes de estricta vigilancia en la garantía de los derechos laborales de los trabajadores subcontratados.

La ratificación por parte del estado colombiano de los convenios más relevantes de cara a la subcontratación laboral como los convenios 158,173,155, 177 y sobre todo el convenio 181 de la OIT es un gran paso para avanzar en un estadio de protección de los trabajadores subcontratados. A falta de ello, cierto es que la recomendación 198 de la Conferencia Internacional del Trabajo ofrece unas pautas mínimas de la determinación de las relaciones de subcontratación o de mera intermediación laboral.

Si bien no logró ser aprobado el convenio sobre subcontratación propuesto por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión, sus reglas ofrecen un claro ejemplo de las disposiciones que los países pueden adoptar para tener un marco completo de responsabilidad en materia de subcontratación laboral.

Por otra parte, algunos países de habla hispana como España, Argentina, Uruguay, Chile y México han optado por modelos de responsabilidad bien delimitados y especificados donde la conexidad con el objeto social desarrollado por la empresa principal no determina la protección laboral de los trabajadores subcontratados a diferencia de lo que sucede en la jurisprudencia y la legislación colombiana (incluyendo las propuestas legislativas en trámite).

Se han establecido entonces modelos que van desde la responsabilidad solidaria, la cual puede exonerarse bajo el estricto cumplimiento de obligaciones de fiscalización del contratante sobre el contratista para el cumplimiento de las obligaciones laborales y estableciendo un sistema de registro y control para las empresas contratistas (modelo español y argentino); modelos de responsabilidad subsidiaria atados al ejercicio facultativo

de la vigilancia y control del contratante sobre el contratista o subcontratista para el cumplimiento de sus obligaciones laborales (modelo uruguayo y chileno); hasta modelos de marcada restricción de la subcontratación que la prohíben de manera absoluta para desarrollar labores de mera intermediación y aparte de establecer un modelo de responsabilidad solidaria absoluta, establecen ineludibles deberes de fiscalización y control por parte de las autoridades del trabajo y de los contratantes con respecto a los contratistas, señalando sendas consecuencias jurídicas desde multas hasta configuración de tipos penales por eludir dichos deberes (modelo mexicano)

El mundo y particularmente Hispanoamérica avanzan en un modelo de responsabilidad en la subcontratación laboral especificado que tiene por objeto garantizar los derechos de los trabajadores subcontratados y responder eficazmente ante el modelo productivo del *outsourcing,* modelos que no solo acuden a la fórmula de la solidaridad, sino que acuden a la fórmula de la responsabilidad *in vigilando* en mayor o menor grado, de manera tal que los derechos de los trabajadores en las relaciones de subcontratación no son solo de garantía negativa – que el empleador no eluda el pago de las acreencias laborales – sino de garantía positiva también – que el empleador efectué acciones para evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores -.

# Conclusiones y recomendaciones

## 4.1 Conclusión

La subcontratación laboral en Colombia es una forma de tercerización en la que un trabajador subcontratado presta servicios a un contratante a través de un contratista independiente. Este contratista, con su propia unidad de negocio, asume el riesgo y paga al trabajador por sus servicios, mientras que el contratante solo paga los honorarios acordados. Esta relación laboral es atípica y se diferencia de otras formas de tercerización como la intermediación laboral, el contrato sindical y las cooperativas de trabajo asociado.

Esta relación laboral ha sido un fenómeno de vieja data en la historia de la humanidad y del derecho laboral contemporáneo, ha evolucionado hasta consolidarse en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo cuyo alcance ha sido definido en la sentencia C-593 de 2014, en donde se estableció el actual marco de responsabilidad en relaciones de subcontratación, consistente en que el contratista independiente es el responsable del pago de las acreencias laborales. Si se demuestra que el contratista actúa como mero intermediario y no como contratista independiente, operará la responsabilidad solidaria.

Este marco de responsabilidad es insuficiente para garantizar los derechos de los trabajadores subcontratados, ya que solo responsabiliza al contratante en casos de mera intermediación laboral encubierta con subcontratación laboral. Esto genera vacíos jurídicos en la protección de derechos como la asociación sindical, la estabilidad en el empleo y la seguridad social. Es necesario un marco exhaustivo que garantice los derechos de los trabajadores subcontratados y defina claramente las responsabilidades de ambas partes.

El marco epistemológico desde el cual buscar una respuesta a las problemáticas del modelo de responsabilidad en relaciones de subcontratación laboral, no puede ser la desregulación propuesta por las tesis más radicales abolicionistas del derecho del trabajo

o las más moderadas como la flexibilización. Tampoco un sistema proteccionista rígido es la respuesta en el marco de relaciones de producción constantemente cambiantes.

Propuestas como el neoconstitucionalismo y la flexiseguridad sugieren regular las relaciones laborales atípicas de manera específica, respondiendo a los cambios sociales y productivos sin abandonar el carácter tuitivo y humanista del derecho del trabajo. Es por tanto un modelo de regulación específica de las relaciones atípicas la herramienta epistemológica que debe sustentar las políticas y normas tendientes a la regulación de las relaciones laborales.

La aplicación de la doctrina del neoconstitucionalismo a las relaciones de subcontratación laboral implica la implementación de un marco de responsabilidad especificado y codificado con suficiencia en donde prime como objeto la responsabilidad *in vigilando* del contratante hacia el contratista, acudiendo a herramientas que van desde una mayor vigilancia administrativa a través de mecanismos de registro y control, hasta el establecimiento de un sistema mixto de responsabilidad subsidiaria y solidaria atado al ejercicio acucioso del contratante de sus responsabilidad *in vigilando* respecto del contratista.

Como muestra de lo anterior, se identifican distintos modelos de responsabilidad que van desde los modelos donde predomina la fiscalización y vigilancia administrativa (España y Argentina), pasando por modelos de incentivo a los contratantes para ejercer la responsabilidad *in vigilando* (Uruguay), hasta los modelos más restrictivos donde se prohíbe y sanciona administrativa y penalmente la tercerización ilegal a través de la subcontratación.

## 4.2 Recomendaciones

De la conclusión del presente trabajo investigativo de cara a la dignificación y mejora en la garantía de los derechos laborales de los trabajadores subcontratados, se recomienda lo siguiente:

**1.** A las autoridades e instituciones con iniciativa legislativa dentro del marco de sus competencias a proponer un proyecto de ley bien sea estableciendo un estatuto general de la subcontratación laboral (como lo han hecho Uruguay, Chile o México), o bien sea estableciendo dentro de los articulados de las propuestas actuales de reforma al Código Sustantivo del Trabajo (como lo han hecho España y Argentina) un marco regulatorio que plasme un modelo con las características concluidas en el presente trabajo.

Así mismo, se recomienda para el planteamiento de las propuestas legislativas, bien sea en la adopción de un estatuto de subcontratación independiente o bien sea modificando el artículo 45 del proyecto de ley 166C de 2023 de la Cámara de Representantes y 311 de 2024 del Senado de la República, acudir a las detalladas reglas en materia de subcontratación establecidas en el proyecto de convenio sore la subcontratación laboral surgido de las 85ª y 86ª reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo y el proyecto de recomendación allí generado. De tal manera se recomienda enriquecer el debate de cara al artículo 45 del proyecto de ley en curso de reforma al Código Sustantivo del Trabajo, proponiendo para el debate:

**1.1.** La posibilidad de introducir un modelo de responsabilidad especificado en donde se señalen en detalle los mecanismos de fiscalización y vigilancia para evitar los usos fraudulentos de la subcontratación como lo puede ser la adopción de un sistema de registro de empresas contratistas y subcontratistas, puesto que en la propuesta de reforma se establecen de forma abierta dando amplísimo margen de discrecionalidad a las autoridades administrativas para el ejercicio de dicho control

**1.2.** La adopción de un esquema gradual de deberes de los contratistas y subcontratistas y escala de multas en atención al tamaño de la empresa en caso de incumplimiento a las prohibiciones de subcontratación, atendiendo algunos reparos contra el artículo efectuados por los congresistas y la academia.

**1.3.** El establecimiento de la responsabilidad subsidiaria del contratante frente al contratista en lo que respecta al pago de acreencias laborales de los trabajadores subcontratados siempre que se verifique una labor acuciosa de este ejerciendo un control *in vigilando* del irrestricto cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones de dar, hacer y no

hacer frente a sus trabajadores, caso contrario que la responsabilidad que esté llamada a operar la responsabilidad solidaria.

**1.4.** El establecimiento de una regulación completa respecto de las obligaciones en cabeza del contratante y contratista en lo que respecta a la garantía del derecho de asociación sindical con la posibilidad de que los trabajadores subcontratados puedan beneficiarse de las Convenciones colectivas de las empresas principales, afiliarse a las organizaciones de trabajadores de estas empresas y ejercer el derecho a la negociación colectiva frente a la empresa contratista y la empresa contratante.

**1.5.** El establecimiento de un deber en cabeza del contratante de verificar la existencia e implementación de la política de seguridad y salud en el trabajo que debe tener el contratista frente a los trabajadores subcontratados, así como la inclusión de estos trabajadores en el diseño e implementación de su propia política de Seguridad y Salud en el Trabajo.

**1.6.** El deber en cabeza del contratante de verificar el efectivo pago y cubrimiento en materia de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales de los trabajadores subcontratados, pudiendo subrogar en el pago de los aportes en seguridad social al contratista y teniendo la posibilidad de retener dichos pagos realizados del pago de honorarios a realizar.

**1.6.** Que la garantía de la estabilidad laboral reforzada (por salud, prepensión, madre o padre cabeza de familia, estado de embarazo, fuero sindical, fuero circunstancial, fuero por acoso laboral, entre otros) recaiga tanto en cabeza del contratante como del contratista.

**1.7.** El establecimiento de un estándar mínimo de pólizas o cláusulas de cumplimiento en los contratos de prestación de servicios entre contratante y contratista que incluyan la garantía del pago de las acreencias laborales a los trabajadores subcontratados. Ello dependiendo del tamaño de la empresa contratista para indicar si la garantía de dichas pólizas recae en cabeza del contratante o el contratista, atendiendo la posición de

desequilibrio contractual que puede haber entre una gran empresa contratante y una pequeña empresa contratista.

**1.8.** La facultad del contratante su subrogar en el pago de las acreencias laborales al contratista pudiendo descontar del pago de honorarios las sumas efectivamente pagadas a los trabajadores subcontratados.

**1.9.** Mantener la prohibición de que los contratistas independientes funjan como meros intermediarios, conservándose dicha facultad de manera exclusiva en cabeza de las empresas de servicios temporales y las agencias de empleo.

**1.10.** La responsabilidad solidaria entre contratante y contratista en el evento de insolvencia de alguno de estos frente al pago de acreencias laborales y de la seguridad social, con la posibilidad de llamar en garantía en los procesos de insolvencia a los responsables del pago de pólizas laborales indicadas en el punto 1.7.

**2.** A las autoridades e instituciones del legislativo, a ratificar como mínimo el convenio 181 de la OIT relativo a las agencias de empleo privadas y someterlo a discusión de cara a la aprobación del proyecto de ley 166C de 2023 de la Cámara de Representantes y 311 de 2024 del Senado de la República, a su vez que avanzar progresivamente en la ratificación de convenios 158 (relativo a la estabilidad en el empleo), 173 (relativo a la insolvencia de las empresas), 155 (Relativo a la Seguridad y Salud en el Trabajo) y 177 de la OIT (relativo al trabajo a domicilio), que no solo permiten una mayor protección a los trabajadores subcontratados, sino a los trabajadores del estado colombiano en General

**4.** A las autoridades del poder ejecutivo que dentro del marco de sus competencias adopten las medidas necesarias para vigilar y controlar en debida forma el cumplimiento irrestricto de las obligaciones laborales de la empresa contratista o subcontratista con respecto a los trabajadores subcontratados, en especial en sectores como la construcción, los servicios de aseo y vigilancia.

Particularmente, se establezca un organismo de control y un procedimiento de registro y vigilancia de las relaciones de subcontratación laboral, donde se parametricen los mínimos criterios de vigilancia que deben seguirse.

**4.** Particularmente al Ministerio de trabajo, que dentro del marco de sus competencias como máxima autoridad policivo administrativa laboral, se establezca un sistema de parámetros mínimos internos a aplicar por parte de los inspectores de trabajo para sancionar a las empresas que escondan o encubran una verdadera relación e intermediación laboral a través de la subcontratación laboral.

**5.** A las autoridades judiciales, que se dé irrestricto cumplimiento a la actual doctrina probable sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con respecto a la subcontratación laboral y más allá de eso, que se utilice como un criterio orientador de la decisión judicial en materia de subcontratación laboral la recomendación 198 de la Conferencia Internacional del Trabajo, y a falta de una fuente formal del derecho, se acuda al proyecto de convenio y de recomendación de la subcontratación laboral emitidos por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión.

En todo caso se recomienda, los principios y mandatos constitucionales y el principio protector que es la esencia misma de las regulaciones jurídico-laborales sigan siendo la senda interpretativa para la aplicación de las disposiciones vigentes en materia de subcontratación laboral, buscando siempre, dentro de los marcos legales y jurisprudenciales aplicables, la respuesta que otorgue el mayor grado de garantía y protección a los derechos de los trabajadores subcontratados.

# Bibliografía

## Referencias Bibliográficas


AGUILAR, L. (1991) *Sustitución de importaciones y apertura económica.* Editorial Análisis político. Bogotá D.C.

ALONSO, D. (2017). *El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la "atomización" y la fragmentación empresarial*. Editorial Universidad de Oviedo. Oviedo.

ÁLVAREZ, D. (2012). *El toyotismo como sistema de flexibilización de la fuerza de trabajo. Una mirada desde la construcción de productividad en los sujetos trabajadores de la fábrica japonesa.* Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires.

APE, A y CRUZ, L. (2024) *Proposición de eliminación.* Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia. Bogotá D.C.

BASUALDO, V y MORALES, D. (2014). *La tercerización laboral. Orígenes, Impacto y claves para su análisis en américa latina.*

BERISTAIN, E. (2013) *Flexiseguridad.* Editorial Revista Latinoamericana de Derecho Social. Disponible en https://www.elsevier.es/es-revista-revista-latinoamericana-derecho-social-89-articulo-flexiseguridad-S1870467013719730. Ciudad de México

BERMUDEZ, K et al. (2023) *Diálogos sobre la reforma laboral y pensional: Insumos para una reforma laboral.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.

BORDIEU, P. (1997) *Capital cultural, escuela y espacio social.* Editorial Siglo XXI. Ciudad de México

CÁMARA DE REPRESENTANTES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2024) *Proyecto de ley 166C de 2023 "Por medio del cual se adopta una reforma laboral para el trabajo digno y decente en Colombia". Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.*

CAMPAÑA LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y AUTORREFORMA SINDICAL. (2013). *Tercerización mediante Agencias de Trabajo Temporal en América Latina*. Editorial Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas & Confederación Sindical Internacional. Sao Paulo.

COASE, R. (1960). *El problema del costo social.* Chicago: the journal of law and economics.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. (2007) *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI.* Diario Oficial de la Unión Europea. Ginebra.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2000). *comisión del trabajo en Subcontratación.* Organización Internacional del Trabajo. Ginebra.

CORIAT, B. (1993). El taller y el cronómetro. Editorial Siglo XXI editores.

DATOS MACRO.COM. (2024) *Presión Fiscal.* Disponible en https://datosmacro.expansion.com/impuestos/presion-fiscal

DE LA CUEVA, M. (1949). *Derecho Mexicano del Trabajo Tomo 2*. Editorial Porrúa. Ciudad de México:

DERRIDA, J. (1967). *De la gramatología.* Editorial Siglo ventiuno editores Ciudad de México

ERMIDA, O y COLOTUZZO, N. (2009). *Descentralización, Tercerización, Subcontratación.* Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima.

ERMIDA, O. y HERNANDEZ, O. (2002). *Crítica de la subordinación*. Editorial ius veritas.

ESCUELA NACIONAL SINDICAL. (2017). *Balance de la Tercerización en Colombia. Área defensa de derechos laborales*. Escuela Nacional Sindical. Bogotá D.C.

ETCHEMENDY, S; GIANBELLI, G y OTTAVIANO, J. (2019) *Tercerización Laboral en Argentina: Antecedentes, Contexto Regional y Propuesta de Regulación Integral.* Buenos Aires. Disponible en https://www.redalyc.org/journal/3873/387361141015/html/

FEDESARROLLO. (2013). *Informe mensual del mercado laboral*. Bogotá D.C.

FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón.* Editorial Trotta. Ciudad de México:

FINLEY, M. I. (1982). *Esclavitud antigua e ideología moderna*. Editorial Crítica. Barcelona:

FOUCAULT, M. (1979). *Microfísica del poder.* Editorial Ediciones de la Piqueda. Madrid

GALINDO, L y ORTÍZ, J (2005). *Economía y Política 2.* Editorial Santillana. Editorial Santillana.

GHAI, D. (2003) *Trabajo decente. Concepto e indicadores.* Revista Internacional del Trabajo volumen 122. Ginebra.

GOMEZ, D. (2014). *Estudios del derecho del trabajo y la seguridad: origen y perspectivas en los albores del siglo XXI*. Editorial Ibañez. Bogotá D.C.

GOMEZ, M. V. (2010*). Las instituciones laborales en Colombia: Contexto histórico de sus antecedentes y principales desarrollos hasta 1990*. Banco de la república. Bogotá D.C.

GUERRERO, W (2024) *Proposición.* Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia. Bogotá D.C.

HAYEK, F. (1948). *Individualism and Economic Order*. The University of Chicago Press. Chicago.

KOK, W, (2004) “Informe del Grupo de Alto Nivel”, *Hacer frente al desafío. La Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo*. Disponible en: http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/W896EAE-B43B494F-956B-352C2EF6C842/74752/InformeKOKNov2004.pdf

KALMANOVITZ, S. (2007). *Colombia en las dos fases de globalización.* Revista de Economía Institucional, vol. 9 n° 17. Bogotá D.C.

KWANT, R. (1967) *Filosofía del trabajo.* Editorial Ediciones Carlos Lohlé. Buenos Aires.

LUCENA, M. (2005). *Regulación de la esclavitud negra en las Colonias de América Española (1503 - 1886)*: Documentos para su estudio. Universidad de Alcalá. Buenos Aires.

MARTÍN, A. (2015). *La crisis petrolera de 1973: repercusiones económicas, institucionales y de pensamiento económico.* Universidad de Zaragoza. Zaragoza.

MÉNDEZ, J. (2024) *Proposición de eliminación.* Cámara de Represnetantes del Congreso de la República de Colombia. Bogotá D.C.

OJEDA, A. (2010). *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Editorial Wolters Kluwer España S.A. Madrid

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, (2024). *Impulsar la justicia social, promover el trabajo decente.* Disponible en: https://www.ilo.org/es/temas/trabajo-decente

PORTES, A. (2004). *Las estructuras de clases sociales en América Latina: Su composición y cambio durante la era neoliberal.* Bogotá: ILSA.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, (2024). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico,* disponible en: **https://dpej.rae.es/lema/culpa-in-vigilando**

SARMIENTO, J et al. (2023). *La reforma laboral reducirá la productividad e innovación en Colombia.* Universidad de los Andes. Bogotá D.C.

SANTOS, B. d. (2003). *La caída del angelus novus: Ensayos para una nueva teoría social.* Editorial ILSA. Bogotá D.C.

SMITH, A. (1776). *Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones.* Londres.

SUPIOT, A (1990) *Coloquio "Le droit du travail, un droit a part".* Escuela Nacional de la Magistratura y Asociación Francesa de Derecho del Trabajo. Ver en http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/derecho-abierto-GOLDIN-porque-un-derecho-del-trabajo-supiot.pdf

SUPIOT, A, (1996) *"Crítica de Derecho del Trabajo"* Colección Informes y estudios, Serie General, Núm. 11, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid.

SUPIOT, A. (2008) *Derecho del trabajo*, Editorial Heliasta, Madrid.

TAYLOR, F. W. (1911) *Principios de la Administración Científica*. Editorial Ateneo. Buenos Aires.

TRUJILLO, J. (2023) *Lo bueno, lo malo y lo feo del proyecto de la reforma laboral radicado en la Cámara.* Diario La república Disponible en https://www.larepublica.co/economia/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-del-proyecto-de-la-reforma-laboral-radicado-en-la-camara-3688239 Bogotá D.C.

VALLE, R. (2017). *La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano.* Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Ciudad de México

VILLASMIL, H y CARBALLO, C. (2019). *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo.* Universidad Libre. Bogotá.

ZUCCARINO, M. (2012). *Modelos estadounidense – fordista y japonés-toyotista: ¿Dos formas de organización productiva contrapuestas? Un estudio de caso: trabajadores bolivianos afiliados a la Federación Obrera Local (FOL) en la primera mitad del siglo XX.* Editorial Historia Caribe. Buenos Aires.

## Fuentes jurisprudenciales

Corte Constitucional, Sentencia C-386 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio

Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional, Sentencia T-682 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio

Corte Constitucional, Sentencia C-593 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia C-418 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia C-418 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T-014 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2022, M.P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, Sentencia T-378 de 2023, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de mayo de 1968.

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL del 24 de abril de 1997 de radicación 9435, M.P. Francisco Escobar Enríquez.

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL-4479 de 2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL-467 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL-937 de 2022, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia de radicación 52001-23-31-000-1999-00985-01, C.P. Enrique Gil Botero.

Sección Segunda del Consejo de Estado, Sentencia de radicación 25000-23-42-000-2019-00874-00, C.P. Israel Soler Pedroza.

Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de radicación 66001-23-33-000-2016-00071-01, del 17 de noviembre de 2022, C.P. César Palomino Cortés.

Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de radicación 05001-23-31-000-1993-0621-01 del 21 de febrero de 2002, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez,