

PROYECTO EVALUACIÓN INTEGRAL SOBRE LAS  
BARRERAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS LEYES  
NACIONALES RELACIONADAS CON DERECHOS  
LABORALES RECONOCIDOS INTERNACIONALMENTE  
EN EL SECTOR PORTUARIO DE COLOMBIA

ANEXO 3

# LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

MAYO 2023

# Proyecto Evaluación Integral sobre las barreras para el cumplimiento de las leyes nacionales relacionadas con derechos laborales reconocidos internacionalmente en el sector portuario de Colombia

## Anexo 3

### **Líneas Jurisprudenciales<sup>1</sup>**

Mayo 2023

---

<sup>1</sup> Este documento corresponde al producto entregado por la Universidad Nacional como anexo del Bloque 3 parte II del Proyecto Barreras para el Cumplimiento de las Leyes Nacionales Relacionadas con Derechos Laborales Reconocidos Internacionalmente en el Sector Portuario de Colombia, con Enfoque en los Puertos de Buenaventura, Cartagena, Barranquilla y Santa Marta.



## Documento

### **Anexo 3 Líneas Jurisprudenciales. Evaluación Integral sobre las barreras para el cumplimiento de las leyes nacionales relacionadas con derechos laborales reconocidos internacionalmente en el sector portuario de Colombia.**

#### **Organización implementadora Partners of the Americas**

##### **Presidente y CEO**

John McPhail

##### **Vicepresidente Sénior, Programas**

Carmen Peña

##### **Director Sénior, Unidad Laboral**

Macarena Jiménez Granda

##### **Directora Unidad Laboral**

Ana Aslan

##### **Director de País, Colombia**

Pascale Wagner

##### **Director Proyecto Colombia Puertos**

Eduardo Bejarano Hernández

##### **Equipo Técnico**

María Catalina Useche Mariño, Oficial de Monitoreo y Evaluación

Jaime Triana Ciodaro, Especialista en Comunicaciones

Ana María Hernández, Oficial de Apoyo Técnico

Libia Alba López, Oficial de Apoyo Técnico

Walter Tenorio Castillo, Oficial de Alianzas Estratégicas Buenaventura

Jesús Pérez Benito, Oficial de Alianzas Estratégicas Barranquilla

##### **Equipo Consultor Borda Asociados y Consultores S.A.**

Enrique Borda Villegas, Consultor Senior

Angélica Díaz Ortiz, Consultora

##### **Equipo Consultor Universidad Nacional de Colombia**

Hernando Torres Corredor, Decano Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Carlos Alberto Cortés Riaño, Director General del Proyecto

Adriana Marín Vergara, Coordinadora Académica

Los fondos del proyecto provienen del Gobierno de los Estados Unidos a través del Departamento de Trabajo, bajo el acuerdo cooperativo IL-35742-20-75-K. El 100% de los costos totales del proyecto es financiado con recursos federales.

Este material no refleja necesariamente las opiniones o políticas del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, ni la mención de nombres comerciales, productos comerciales u organizaciones implica el respaldo del gobierno de los Estados Unidos



## Contenido

Introducción .....	4
Tercerización laboral en Colombia: definición, fines y criterios de ilegalidad.....	5
Intermediación laboral, primacía de la realidad y fraude a la ley .....	18
Disponibilidad laboral y trabajo suplementario.....	25
Límites y alcances de las negociaciones colectivas.....	31
Fuero circunstancial de trabajadores tercerizados ilegalmente .....	37

## Introducción

La jurisprudencia, como fuente de Derecho y fuente interpretativa, de acuerdo a lo establecido por el artículo 230 de la Constitución Política se compone de una pluralidad de decisiones judiciales dentro de las que se requiere tener presente el origen del órgano judicial que la expide, así como la naturaleza de la acción judicial que la origina.

La Corte Constitucional, de acuerdo a las funciones conferidas por el artículo 241 de la Constitución Política tiene dos labores de control de constitucionalidad. Primero, realizar el control abstracto de las normas con carácter de ley, para determinar si éstas se encuentran acordes con la Carta Política. Estos pronunciamientos se realizan a través de las Sentencias de Constitucionalidad (C) producidas en el marco de la “acción pública de constitucionalidad”. Segundo, el control difuso de constitucionalidad, lo realiza la Corte Constitucional a través de “revisión eventual” de las acciones de tutela, fungiendo como un órgano de cierre en la jurisdicción constitucional. En el ejercicio de esta facultad de revisión la Corte Constitucional expide Sentencias de Tutela (T) o Sentencias de Unificación (SU).

Por su parte, las otras tres altas Cortes del país, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, ejercen funciones de unificación de la interpretación de las normas de cada una de sus jurisdicciones.

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-335 de 2008, recalcó el carácter vinculante de la jurisprudencia expedida por las cortes de cierre en cada una de sus jurisdicciones. Veamos:

*“Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundante en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”.*

Por su lado, mediante Sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional presentó la clasificación del precedente jurisprudencial, teniendo presente si el mismo es expedido al interior de una corporación judicial o si el mismo es expedido por su superior jerárquico:

*(i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza*

*vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.”*

Teniendo presente el carácter dinámico de la jurisprudencia, la línea jurisprudencial es una herramienta que permite realizar un estudio en el tiempo para poder establecer cuál es la regla de interpretación actual de una norma o problema jurídico específico.

A continuación, presentamos un grupo de líneas jurisprudenciales relacionados con los derechos de los trabajadores del sector portuario:

## **Tercerización laboral en Colombia: definición, fines y criterios de ilegalidad**

### **a. La interpretación de las normas relacionadas con la tercerización laboral**

Los profundos cambios que se han presentado en la economía global, en la globalización de los mercados, en la especialización de las actividades productivas y en la producción en general han traído consigo la necesidad de ajustes en el funcionamiento de las empresas del mundo. Ello, como es de esperarse, ha generado un importante impacto en la evolución de las relaciones de trabajo que buscan alternativas que respondan de manera eficiente a las necesidades de esas nuevas dinámicas.

La economía colombiana y el ordenamiento jurídico nacional no han sido ajenos a esas transformaciones, tanto así que, desde la década de los 90, las normas laborales empezaron a considerar con más detalle situaciones novedosas que diferían de la relación laboral tradicional. La economía colombiana, efectivamente, parece haberse dinamizado con todas estas transformaciones, sin embargo, la experiencia demuestra que, en ocasiones, estas han traído consigo el desconocimiento de derechos laborales, la precarización de las condiciones de trabajo, de los salarios, de la protección en seguridad social y riesgos laborales y de los derechos laborales colectivos. Dentro de los diversos sectores económicos de la economía nacional, el sector portuario se ha visto ampliamente beneficiado por las nuevas dinámicas empresariales y laborales, en tanto se ha convertido en un sector competitivo en el orden mundial, no obstante, como las evidencias lo muestran, ello ha conducido a una diversidad de situaciones que resultan vulneradoras de los derechos de los trabajadores portuarios.

Las discusiones sobre la tercerización laboral en Colombia han girado de extremo a extremo, desde el planteamiento de su absoluta ilegalidad, hasta el de su plena y flexible apertura. Así, a manera de introducción al tema y en un intento de zanjar la cuestión principal desde este primer momento, cabe mencionar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia reciente, dejó sentada una línea clara sobre el tema al manifestar que la tercerización corresponde a “un instrumento

legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas”, siempre que se funde “en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero” (SL4479 de 2020).

De dicha afirmación de la CSJ se derivan tres aspectos esenciales: en primer lugar, que la tercerización es, en sí misma, legal y legítima, en segundo lugar, que esta tiene unos límites en tanto debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas y, en tercer lugar, que, en su definición, la tercerización se trata de la transferencia o el traslado de la ejecución de actividades de una empresa hacia un tercero que asume su ejecución.


Este último aspecto ha tenido especial relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, pues, si bien la Ley 50 de 1990 anticipó que el suministro de personal estaba en cabeza exclusivamente de las empresas de servicios temporales, algunas figuras como las Cooperativas de Trabajo Asociado (en adelante CTA) y los sindicatos, que solo tienen permitido ejecutar actividades tercerizadas, es decir, llevar a cabo, por encargo de un tercero, determinadas partes u operaciones del proceso productivo de aquel, comenzaron a incurrir en prácticas ilegales de suministro de personal bajo la fachada de servicios de tercerización. Sin embargo, a partir de la Ley 1427 de 2010, donde se prohibió expresamente el suministro de personal, entendido como el envío de trabajadores en misión, por parte de las CTA y todo actor similar, la jurisprudencia empezó a ser más rigurosa y concreta en este asunto, con lo que pasó a desarrollar en su doctrina jurisprudencial criterios en relación a los límites y los alcances de la tercerización y su delimitación respecto del suministro de personal, ello, en gran medida, de la mano de una máxima del ordenamiento colombiano que determina la primacía de la realidad sobre las formas.

En la línea jurisprudencial que se presenta a continuación, se identifican sentencias clave de la CSJ, Sala de Casación Laboral, que giran en torno a un problema jurídico que ha sido eje central de discusión en el tema de la tercerización laboral en Colombia. Para ello, se analizaron las sentencias más relevantes sobre el tema, que muestran la forma en que se ha venido desarrollando la postura jurisprudencial de la Corte hasta la actualidad.

Partiendo de lo anterior, el problema jurídico que se busca responder con la presente línea jurisprudencial es el siguiente: ¿Cuáles son los criterios para determinar la existencia de un escenario de tercerización ilegal? Dicho problema jurídico ha sido dilucidado por la Corte Suprema de Justicia al anticipar un creciente uso indebido de la figura y la necesidad de identificar las condiciones y elementos que podrían ayudar a identificar el abuso de la tercerización y, en consecuencia, la posibilidad de trasgresión de derechos laborales.

**b. Gráfico de la línea jurisprudencial**

**Tabla No. 1. Línea Jurisprudencial ¿Cuáles son los criterios para determinar la existencia de un escenario de tercerización ilegal?**

¿Cuáles son los criterios para determinar la existencia de un escenario de tercerización ilegal?				
Tesis A				Tesis B
	▲ CSJ Laboral 27. sep. 1993 Radicado. No. 6009			
Tesis de criterios restringidos. La tercerización ilegal se presenta cuando se configuran los elementos del contrato de trabajo, siendo la subordinación uno de los criterios clave.	▲ CSJ Laboral 06. dic. 2006 Radicado. No. 25713			Tesis de criterios amplios. La tercerización ilegal se presenta cuando, además de la configuración de los elementos del contrato de trabajo, se evidencia ausencia de autonomía técnica, administrativa y financiera por parte de la empresa que ejecuta la actividad tercerizada.
		▲ CSJ Laboral 17. oct. 2008 Radicado. No. 30605		
		▲ CSJ Laboral 25. may. 2010 Radicado. No. 35790		
		▲ CSJ Laboral 09. ago. 2017 SL12707		
			▲ CSJ Laboral 06. feb. 2019 SL467	
			▲ CSJ Laboral 04. nov. 2020 SL4479	
			▲ CSJ Laboral 30. jun. 2021 SL3086	
			▲	





Respecto de los primeros, la Corte señaló que cuando se celebra un contrato privado y, con base en este, una de las partes contrata trabajadores a su servicio, bajo su continuada dependencia y subordinación, y les paga una remuneración no se está ante una simulación. Agrega que nuestra legislación considera la figura de los contratistas independientes, que son verdaderos patronos de sus trabajadores, cuando contratan la ejecución de una obra o la prestación de un servicio en beneficio de un tercero, para lo cual asume todos los riesgos, los ejecuta con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, con la posibilidad de vincular sus propios trabajadores en forma directa para la ejecución del respectivo contrato.

Dice, sin embargo, que, si esos contratos civiles se celebran con el objeto de desconocer o desvirtuar otro de carácter laboral, este último es el único verdadero porque prima la realidad sobre los aspectos eminentemente formales del primero. En el caso particular, la Corte identifica que el trabajador estaba frente un verdadero contrato laboral con la empresa minera, por cuanto quien en realidad se beneficiaba de los servicios era esta y, además, se evidencian elementos de subordinación característicos del contrato laboral, como lo es el hecho de que era un ingeniero de la firma minera quien le daba las órdenes y era esta la que le pagaba los salarios y las prestaciones sociales.

Esta sentencia se ubica en el lado de la Tesis de los criterios restringidos, en la medida que la Corte establece que la comprobación de los elementos del contrato de trabajo, particularmente de la subordinación, es criterio para determinar la ilegalidad del uso de contratos civiles para encubrir relaciones de carácter laboral.

La segunda sentencia de la Sala de Casación relevante para la línea fue proferida en el año 2006 (Rad. No. 25713). En esta ocasión, la Corte se refirió a otra figura jurídica del ordenamiento nacional: las CTA. No sin antes reconocer que la contratación con las CTA para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, alerta que tales contratos no pueden ser utilizados de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo. Afirma, en ese sentido, que en el caso de que los trabajadores que ejecutan las actividades en desarrollo del respectivo contrato se encuentren sujetos a una subordinación laboral respecto del beneficiario, deberán ser considerados como sus trabajadores, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo. En ese sentido, plantea una regla para ese tipo de relaciones que establece que, en los contratos con las CTA, no puede hablarse de una subordinación laboral por delegación, por cuanto la Cooperativa, por la naturaleza misma de su configuración, no ejerce una subordinación respecto del trabajador cooperado, sino que tales relaciones se rigen por los estatutos en razón del acuerdo cooperativo.

En el año 2008, la Corte revisó nuevamente un caso relacionado con una CTA (Rad. No. 30605), pero en esta ocasión empezó a resaltar circunstancias adicionales a la subordinación como criterio para establecer la existencia de una relación laboral encubierta.

Los nuevos elementos de análisis que consideró la Corte en su decisión son las siguientes: en primer lugar, que la labor que ejecutaba el trabajador cooperado hacía parte de las actividades propias del beneficiario; en segundo lugar, que dicha labor no estaba contemplada dentro de las previstas para ser

ejecutadas por los cooperados; en tercer lugar, que no existió una orden de trabajo donde se envía al trabajador, por parte de la cooperativa, a cumplir algunas de las funciones propias del objeto contractual entre la CTA y la beneficiaria; en cuarto lugar, el hecho de haya habido un cambio abrupto en la forma de vinculación del trabajador (de empleado de la beneficiaria a trabajador cooperado) sin que exista una explicación razonable para ello; y, finalmente, la circunstancia de que la CTA no hacía uso de sus propios medios de producción, sino de los de la empresa beneficiaria, lo cual, dice la Corte, no es prueba de subordinación, pero sí indicativo de que se trata de una contratación fraudulenta frente a las normas laborales.

Más adelante, en una Sentencia de 2010 (Rad. No. 35790) también en relación con una CTA, al analizar el caso concreto, la Corte pudo establecer que, en el contrato entre la Cooperativa y la beneficiaria, se encontraban estipulaciones que, claramente, evidenciaban la ocurrencia de un suministro de personal y no de una tercerización de alguna obra o servicio para que fuese ejecutado por los trabajadores cooperados. Dichas cláusulas contractuales pueden resumirse en el hecho de que una de ellas establecía que la CTA se obligaba con la beneficiaria a “suministrarle los servicios de personal”; otra, que era la beneficiaria la encargada de seleccionar el personal; y otra más, que la Cooperativa delegaba en la beneficiaria la facultad de supervisar directamente a los trabajadores.

La Corte, con base en ello, deduce tres reglas que constituyen criterios para determinar la existencia de escenarios de tercerización laboral ilegal: cuando el objeto del contrato es el de suministro de servicios de personal, corresponde a una actividad de suministro de personal o envío de trabajadores en misión que es propia y exclusiva de las EST; la injerencia de la empresa beneficiaria en la selección de los trabajadores que han de ejecutar el servicio o la obra desdice de la autonomía administrativa que debe caracterizar a las actividades de una cooperativa; la supervisión de los trabajadores por parte de la beneficiaria es muestra de subordinación laboral que no es admisible en las relaciones respecto de los trabajadores cooperados.

A pesar de haber identificado unos criterios adicionales indicativos de la relación laboral encubierta, la Corte, en sus conclusiones, insiste en el elemento de la subordinación como determinante en el análisis y aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas para corroborar si se estructura una verdadera relación laboral, razón por la cual esta sentencia se ubica en el centro de los dos polos.

En el 2017 vendría a presentarse una nueva sentencia clave en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema y que significaría un paso adelante en dirección a la ampliación de los criterios para determinar la existencia de una tercerización laboral ilegal. Corroborando la postura que había venido expresando, pero reforzándola en cuanto a la consolidación de la existencia de criterios adicionales, en Sentencia SL12707, la Corte, en un caso en el que también hubo un cambio en la vinculación del trabajador, de empleado a trabajador cooperado, así como uso de los medios de trabajo de la beneficiaria, concluyó que “cuando se está en presencia del elemento de la subordinación jurídica y la continuidad de la relación laboral que venía desarrollándose, sumado a la utilización de los elementos de trabajo, materiales y herramientas que suministre la empresa usuaria”, se está ante

una situación que encubre la verdadera relación laboral.

Además de lo anterior, plantea la Corte también un elemento de análisis novedoso, cual es el hecho de que no haya sido posible demostrar que el supuesto trabajador cooperado hubiese recibido capacitación en economía solidaria.

Con posterioridad a esta última sentencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia empezó a abordar el tema de la tercerización de manera detallada e integral. Como se verá, en las siguientes sentencias, que constituyen la doctrina jurisprudencial vigente sobre la materia, no solo se confirma la legalidad y la legitimidad de la tercerización, sino que se le define y se delimitan sus alcances.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia proferiría, por primera vez, en 2019, una sentencia que desarrolló de manera detallada e integral el tema de la tercerización. Allí no solo se refirió a la legalidad del fenómeno en el ordenamiento jurídico nacional, sino que también, de pasada, trazó una primera definición de aquello que debe ser entendido por tercerización en el país. Esta sentencia resulta, además, de suma importancia, porque en ella se contienen los fundamentos de derecho que servirían de base para sentencias posteriores que establecen las directrices del tema en la actualidad. Algunas de dichas reglas reiteran jurisprudencia anterior de la Corte, otras, sin embargo, recogen por primera vez lineamientos de una forma tan clara y descriptiva como allí se hace.

Así, en la Sentencia SL467 de 2019, en primer lugar, se planteó una definición preliminar de la tercerización y de la descentralización productiva, las cuales, según la CSJ, deben ser entendidas “como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo”. Partiendo de esa definición, la Sala se refiere a la legalidad de dicha práctica empresarial en los siguientes términos: “son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas”.

Por otro lado, en un ejercicio de clarificación del concepto, la Corte también lo delimita al referirse a otro fenómeno que, en su entender, no debe ser recogido dentro del concepto de tercerización. Se hace referencia aquí a las Empresas de Servicios Temporales y, con ello, a la noción de “suministro de personal” o de “intermediación laboral”, respecto de lo cual, dice la Corte que aun cuando, efectivamente, se trata de un mecanismo de flexibilidad organizativa, no puede ser entendido estrictamente como manifestación de la tercerización, en la medida en que no está concebido para cubrir necesidades permanentes de una empresa o para sustituir personal permanente, por ello, la empresa usuaria no terceriza actividades, sino que contrata a otra, a la EST, para suplir una necesidad temporal y excepcional.

Ahora, más allá de la legalidad de la tercerización, que ya queda sentada con lo dicho por la Corte, existen unos límites para su ejecución, que, si son rebasados, hacen que aquella se convierta en ilegal.

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral establece unas directrices que, por su importancia, se citan a continuación:

La externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para *deslaborizarlos* o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.

La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.

Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal.

[...]

Entonces, cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario encubre verdaderas relaciones laborales con la ayuda de aparentes contratistas, carentes de una estructura empresarial propia y entidad suficiente, cuya única razón de ser es el de proporcionar trabajadores a la principal, se estará en una simple intermediación laboral ilegal.

Un año más tarde, la Sala de Casación Laboral profirió la una siguiente sentencia que, con fundamento en la anterior, siguió desarrollando de manera muy precisa las directrices que deben guiar hoy las prácticas empresariales dirigidas a la tercerización. En Sentencia SL4479 de 2020, dio un paso más en la definición de la noción refiriéndose a ella de la siguiente manera:

la tercerización laboral, *outsourcing* o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

Para darle robustez a esa definición, la Sala pasa a identificar los fines de la tercerización en el escenario de la economía global. Esos fines, dice, son los siguientes:

- a) concentrarse en aquellas partes del negocio que son la actividad principal de la empresa, por lo cual se descentralizan las actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial;
- b) acceder a proveedores que, debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos;

- c) dotar de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

De manera particular en esta sentencia, la Sala hace referencia a los criterios a tener en cuenta cuando la tercerización se lleva a cabo a través de la figura del contratista independiente. Además de recordar los requisitos que impone la norma para este tipo de contratación, la Corte refuerza la regla legal diciendo que el contratista debe corresponder a un verdadero empresario con estructura productiva propia, es decir, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación. Si no se cumplen estos requisitos, dice la Corte, no se está ante un contratista independiente, sino ante un simple intermediario que suministra personal a la empresa principal, lo cual constituye un caso de fraude a la ley y, con ello, un caso de tercerización laboral ilegal. Y cierra su argumentación con una conclusión que recoge de manera clara su postura frente al tema:

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.

Como se evidencia de las anteriores líneas, el énfasis de la Corte en relación con los criterios para determinar la existencia de una tercerización laboral pasa a ser definitivamente ampliado, abandonando la interpretación restringida del criterio de la subordinación y adoptando la interpretación de los criterios amplios, donde se incluye el criterio de la suficiente autonomía empresarial de aquel que asume la ejecución de las actividades tercerizadas.

En la siguiente sentencia de la línea, SL3086 de 2021, la Corte se ocuparía de revisar un caso de tercerización laboral ilegal a través de la figura del contrato sindical. Así, tras mencionar que dicha figura está contemplada y ha sido reconocida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, recuerda que también tiene límites constitucionales y legales dirigidos a evitar que se desnaturalicen las relaciones laborales con la intención de vulnerar los derechos de los trabajadores.

De manera concreta, la Corte hace referencia a que los sindicatos, a través de los contratos sindicales, no pueden convertirse en meros suministradores de personal para suplir las necesidades permanentes de las empresas. Así, siendo el contrato sindical una figura legítima a través de la cual se pueden llevar a cabo procesos de tercerización, este se debe dar bajo reglas de autonomía, cooperación y autogestión sindical, lo cual significa que debe darse en el marco “de un sistema de relaciones laborales firme, con organizaciones sindicales sólidas y actuantes en el marco de una empresa, gremio o industria”.

Concluye la Corte, después de un amplio análisis donde se reitera jurisprudencia sobre el tema, que se trata de una contratación irregular y, por ende, una tercerización ilegal, cuando esta se lleva a cabo a través de figuras jurídicas o empresas que no tienen una estructura financiera sólida y estable y no

cuentan con los recursos y las garantías suficientes para hacer efectivos los derechos de los trabajadores. Respecto del contrato sindical, agrega como criterio para determinar un escenario de ilegalidad de la tercerización el hecho de que no sea posible evidenciar un verdadero sindicato dirigido a representar y defender los intereses de los trabajadores, ni, en el marco del contrato sindical, identificar una verdadera asociación de trabajadores que asuma autónomamente un trabajo autogestionario, con sus propios medios e instrumentos de producción, o alguna forma de empresa en la que todos los socios participen en su explotación colectivamente.

Cierra la Sala recordando que está permitida “la segmentación de varios componentes del proceso productivo del empleador, por razones operativas, técnicas y legales suficientes”, pero no está justificado que, por dicha vía, se deslaboralicen por completo todos los procesos productivos o de prestación de servicios.

En otra sentencia de ese mismo año, la Sentencia SL3436 de 2021, la CSJ vendría a consolidar y, en algunos casos, a precisar las reglas que se habían venido construyendo en las últimas decisiones aquí mencionados. Cabe mencionar que esta es la única sentencia de la línea que se refiere a un caso ocurrido en el sector portuario. Se trata de un winchero que trabajó para un operador portuario durante varios años, pero a través de cooperativas y precoperativas de trabajo asociado, por lo cual solicita que se le reconozca la existencia de un contrato de trabajo con el operador portuario.

En términos generales, la Sala de Casación Labora, reitera en esa sentencia que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado se caracterizan por el hecho de que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios. A esta figura empresarial, además, le está prohibido actuar como agente de intermediación laboral para el suministro de personal, hecho que se acentúa cuando se trata de servicios y actividades misionales permanentes que se relacionen directamente con la producción del bien o servicios característicos de la empresa usuaria. Además, si el trabajador asociado a la cooperativa no es dueño de los medios de producción o laborales, esto resulta indicativo de que el vínculo de trabajo asociado no es real sino aparente y pretende esconder una verdadera relación laboral.

La Corte precisa, además, algunas reglas que ya habían sido enunciadas en decisiones anteriores y que hacen referencia a situaciones indicativas de que se está ante un escenario de tercerización ilegal, tales como que la empresa usuaria intervenga en la selección del personal de la cooperativa y que el trabajador esté integrado a la estructura organizativa y productiva de la empresa.

Ahora, si se verifica de manera conjunta que el trabajador está vinculado a una empresa sin estructura propia y especializada, sin dominio de los medios de producción ni autonomía en la selección del personal y que este está integrado a la organización de la empresa, dice la Corte, serían elementos suficientemente indicativos de una relación laboral subordinada y de la intención oculta de encubrirla.

Las dos últimas sentencias de la línea, ambas del año 2022, resultan de gran relevancia para esclarecer casos en los cuales sí está permitida la tercerización, según los criterios establecidos legal y jurisprudencialmente hasta el momento.



En la primera de ellas, la Corte, después de retomar la definición de tercerización y sus fines, fijados en sentencias recientes, aclara aquí que, al ser fines legítimos de la tercerización los de “flexibilizar y descentralizar actividades que le permiten la optimización y eficiencia de procesos” (CSJ, SL1089 de 2022), una empresa puede, con base en un estudio de procesos que recomiende la reorganización de la planta de personal con el objetivo de la modernización y la optimización de los procesos de la empresa, tercerizar legítimamente un proceso, aun cuando las actividades particulares dentro de dicho proceso específico sigan existiendo.

En la otra sentencia de ese año (SL3777 de 2022), que corresponde a la última sentencia de la presente línea, la Corte hace referencia de nuevo al mismo aspecto, después de lo afirma que, en algunos eventos, se pueden tercerizar actividades propias de la actividad misional de una empresa, como sucede en los casos específicos como el del proceso de modernización de la misma. Se deduce de estas dos últimas decisiones que el criterio la actividad misional de una empresa no es, en sí mismo, un criterio que por sí solo determine la ilegalidad de la tercerización.

#### **d. Conclusiones**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido una delimitación de la noción de tercerización, es decir, una definición tanto de lo que es como lo que no es tercerización, los fines que la justifican, los límites que le están impuestos, así como los criterios para identificar casos de tercerización ilegal.

En relación con el problema jurídico planteado, puede decirse que las Corte, definitivamente, ha venido ampliando los criterios para establecer si se ha presentado un escenario de tercerización ilegal. Cuando en un principio se hacía referencia casi que exclusivamente al criterio de la subordinación, ahora la Corte considera un espectro más amplio de criterios que, en sí mismos o en conjunto, son indicativos de la existencia de una relación laboral encubierta y, con ello, de una tercerización laboral ilegal.

Así, en la doctrina jurisprudencial vigente sobre la tercerización se pueden identificar las siguientes reglas, organizadas según su sentido.

En cuanto a su validez dentro del ordenamiento jurídico nacional:

- La tercerización es un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas.

En relación con la definición de la noción de tercerización, se encuentran los siguientes lineamientos:

- La tercerización es un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo.



- Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que se ejecutan en una organización empresarial única son efectuadas por otra empresa o mediante otra figura jurídica.

Hay una regla jurisprudencial que delimita de forma negativa la noción de tercerización, al mencionar qué no es tercerización.

- La intermediación laboral no es tercerización. Aun cuando la intermediación laboral es un mecanismo de flexibilidad organizativa, no puede ser entendido como manifestación de la tercerización, ya que la intermediación no busca cubrir necesidades permanentes de una empresa o sustituir personal permanente.

Son fines de la tercerización, según la regla derivada de la jurisprudencia de la Corte:

- a) Concentrarse en aquellas partes del negocio que son la actividad principal de la empresa, por lo cual se descentralizan las actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial;
- b) Acceder a proveedores que, debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos;
- c) dotar de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

De la doctrina jurisprudencial vigente se derivan reglas que imponen límites al fenómeno de la tercerización que se resumen en las siguientes:

- La tercerización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores.
- No puede tener como objetivo deslaborizar a los trabajadores o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa
- Tampoco puede ser su objetivo desmejorar la situación de los trabajadores y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.
- La tercerización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas dentro de la misma empresa, a un tercero, con el fin de adaptarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.
- Si la tercerización no se realiza con esos propósitos, sino para evadir la contratación directa, se configura en una tercerización ilegal por intermedio de una intermediación ilegal.
- Está permitida la segmentación de varios componentes del proceso productivo del empleador, por razones operativas, técnicas y legales suficientes, pero no está justificado que, por dicha vía, se deslaboricen por completo todos los procesos productivos o de prestación de servicios.
- Si se está tercerizando una actividad, las labores que lleven a cabo los trabajadores deben estar dirigidas a ejecutar o materializar esa obra o servicio, no otras actividades del beneficiario.

Finalmente, la Corte ha venido fijando una serie de reglas en las que se establecen los criterios para identificar los escenarios de tercerización laboral ilegal. Desde la regla que establece el criterio de la

subordinación hasta las que observan criterios de mayor complejidad, se pueden recoger aquí las siguientes:

- La comprobación de los elementos del contrato de trabajo, particularmente de la subordinación, es criterio para determinar la ilegalidad del uso de otro tipo de contratos para encubrir la relación laboral.
- Un cambio abrupto en la naturaleza de la vinculación del trabajador, por ejemplo, de empleado de la beneficiaria a trabajador cooperado, sin que exista una explicación razonable es indicativo de una tercerización ilegal.
- El hecho de que el trabajador que ejecuta las actividades tercerizadas no haga uso de sus propios medios de producción, sino de los de la empresa beneficiaria, no es prueba de subordinación, pero sí indicativo de que se trata de una contratación fraudulenta.
- Cuando el objeto del contrato de tercerización de actividades, procesos o servicios es el de suministro de servicios de personal, en realidad corresponde al envío o suministro de trabajadores, que es una actividad propia y exclusiva de las EST, por lo cual la tercerización se torna ilegal.
- La injerencia de la empresa beneficiaria en la selección de los trabajadores que han de ejecutar el servicio o la obra es indicio de la carente autonomía administrativa de la empresa que supuestamente ejecuta las actividades tercerizadas.
- La supervisión de los trabajadores por parte de la beneficiaria es muestra de subordinación laboral, la cual no es admisible en las relaciones respecto de los trabajadores que trabajan para un tercero.
- Cuando la empresa que ha de llevar a cabo las actividades o procesos tercerizados no tienen una estructura financiera sólida y estable y no cuentan con los recursos y las garantías suficientes para hacer efectivos los derechos de los trabajadores, indica que puede tratarse de una tercerización ilegal.
- Si el trabajador asociado a la cooperativa que ejecuta las actividades tercerizadas no es dueño de los medios de producción o laborales, resulta indicativo de que el vínculo de trabajo asociado no es real sino aparente.
- Es muestra de un escenario de tercerización ilegal, cuando el trabajador que lleva a cabo las actividades tercerizadas en realidad esté integrado a la estructura organizativa y productiva de la empresa beneficiaria.
- En el caso de las CTA, es indicativo de una tercerización laboral el hecho de poder demostrar que el supuesto trabajador cooperado recibió capacitación en economía solidaria.
- En el caso de los contratos sindicales, es igualmente indicativo, que no sea posible evidenciar un verdadero sindicato que represente y defienda los intereses de los trabajadores, ni que, en el marco del contrato sindical, se pueda identificar una verdadera asociación de trabajadores que asuma autónomamente un trabajo autogestionario, con sus propios medios e instrumentos de producción.
- Si se verifica de manera conjunta que el trabajador está vinculado a una empresa sin estructura propia y especializada, sin dominio de los medios de producción ni autonomía en la selección del personal y que este está integrado a la organización de la empresa, hay elementos suficientemente indicativos de una relación laboral encubierta.
- Las CTA no pueden hacer intermediación laboral o suministrar personal.

## Intermediación laboral, primacía de la realidad y fraude a la ley

### a. Uso y abuso de la intermediación laboral

Tal como se planteó en la introducción a la línea jurisprudencial sobre tercerización, la globalización y la aparición de nuevas dinámicas laborales en torno a una economía en constante fluctuación han traído consigo la necesidad de plantear nuevas formas de vinculación laboral e incluso de apoyo en la gestión de contratación. Partiendo de ello, otra de los temas claves de discusión que ha surgido en el marco de la ejecución de las actividades de una empresa por parte de otra empresa, es el de la figura de las Empresa de Servicios Temporales – EST, definida como “aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador” (Artículo 2, Decreto 4369 de 2006). Aun cuando su inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano se remonta a 1983, cuando se profirió el Decreto Reglamentario 1433 que definió por primera vez lo que se entendía por Empresas de Servicios Temporales, la regulación actual de la figura data de 1990, con la entrada en vigencia de la Ley 50, en cuyo artículo 77 se dispuso el marco que delimitaría su campo de acción:

ARTÍCULO 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Así, la figura de las EST venía siendo desarrollada por la ley y la fijación de su facultad exclusiva para suministrar personal era de mandato legal. Sin embargo, con la aparición de nuevos fenómenos de vinculación de trabajadores que empezaron a llevarse a cabo a través de diversas figuras jurídicas, así como del uso abusivo de la figura de la prestación de servicios temporales, que derivaron en conflictos en materia de reconocimiento de derechos laborales, ha sido necesario definir de forma cada vez más clara los criterios a tener en cuenta para identificar si se está frente a un uso legítimo de los servicios de una ETS o si se trata, más bien, de un uso abusivo y fraudulento de la figura que lo que busca es disfrazar relaciones de trabajo tras la fachada de los trabajadores en misión.

Dentro de las normas más relevantes sobre la materia, es preciso señalar a la Resolución 2021 de 2018, que reguló los términos en los que el Ministerio del Trabajo realiza las labores de inspección, vigilancia y control en materia de intermediación laboral.

En concordancia con la restricción legal, contemplada en la ley 50 de 1990, según la cual únicamente las EST pueden realizar labores de intermediación laboral; la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de julio de 2017, declaró la nulidad del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, debido a que el mismo facultaba a que empresas distintas a las EST prestaran servicios de intermediación laboral para proveer trabajadores en misión.

Cabe aclarar en este punto, en primer lugar, que, con “trabajadores en misión”, se hace referencia a “aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos” (Artículo 4, Decreto 4369 de 2006); y, en segundo lugar, el hecho de que los trabajadores en misión son empleados, es decir, tienen una relación laboral con su respectiva EST, sin embargo, en los contextos de uso fraudulento de la figura lo que se pretende esconder es la relación laboral entre el trabajador y la empresa usuaria, a la cual le presta sus servicios como trabajador en misión.


Con todo esto, el ordenamiento jurídico colombiano se ha encontrado entonces ante situaciones en el mundo de trabajo que, bajo la égida de la intermediación laboral, en efecto, configuran escenarios de tercerización laboral no permitidos por la ley y que la jurisprudencia ha tenido que entrar a dilucidar.

En el año 1997, la Corte Suprema de Justicia profirió el que sería el primer pronunciamiento, en vigor de la Ley 50 de 1990, respecto de las características de las EST, donde se destacaba que las mismas tenían límites legales. En dicho pronunciamiento, haciendo referencia a una sentencia del Consejo de Estado sobre la legalidad del Decreto Reglamentario 1707 de 1991, la CSJ consideró que los plazos máximos permitidos para la contratación de los trabajadores en misión a través de este tipo de empresas estaban dirigidos a “preservar el espíritu de la ley, es decir, a evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales se tornen permanentes, desconociendo los derechos prestacionales de los trabajadores”. A partir de este momento, se consolidó un marco de protección a los mínimos laborales frente al abuso de esta figura que se ha mantenido hasta la fecha y que, según lo muestra el desarrollo jurisprudencial, ha ampliado poco a poco los criterios interpretativos de las normas relativas de la Ley 50 de 1990.

Con base en la problemática ya expuesta, el problema jurídico a desarrollar en la presente línea jurisprudencial se plantea de la siguiente manera: ¿Qué criterios permiten identificar escenarios de intermediación laboral ilegal por parte de las EST?

**b. Gráfico de línea jurisprudencial**

**Tabla No. 2. Línea Jurisprudencial ¿Qué criterios permiten identificar escenarios de intermediación laboral ilegal por parte de las EST?**

<b>¿Qué criterios permiten identificar escenarios de intermediación laboral ilegal por parte de las EST?</b>			
<b>Tesis A</b>			<b>Tesis B</b>
Tesis de los criterios restringidos. La interpretación taxativa de los artículos de la Ley 50 de 1990 relativos a las EST resulta suficiente para determinar cuándo se está ante un escenario de intermediación ilegal o relaciones laborales encubiertas.	▲ CSJ Laboral 24. abr. 1997 Radicado. No. 9435		
		▲ CSJ Laboral 22. feb. 2006 Radicado. No. 25717	
		▲ CSJ Laboral 05. nov. 2014 SL16404	
		▲ CSJ Laboral 16. nov. 2016 SL17025	
		▲ CSJ Laboral 01. mar. 2017 SL3563	
			▲ CSJ Laboral 06. feb. 2019 SL467
			▲ CSJ Laboral 21. oct. 2020 SL4330
			Tesis de los criterios amplios. Para determinar la existencia de un escenario de intermediación laboral ilegal o de una verdadera relación laboral en situaciones de mayor complejidad, resulta útil acudir a criterios más amplios que permitan entrañar el espíritu de la Ley 50 de 1990 en sus artículos relativos a las EST.

### c. Análisis Jurisprudencial.

Como se anticipó, la definición actual de las características esenciales para el encargo de actividades mediante EST se remonta a la norma de 1990. Esta delimitación normativa de la figura se vio reflejada unos años más tarde en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pero cobraría mayor fuerza posteriormente con la entrada en vigencia del Decreto 4369 de 2006, “por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales”.

La primera decisión de la CSJ, Sala de Casación Laboral, sobre la materia, ya estando en vigor la Ley 50 de 1990, fue la Sentencia con Rad. 9435 de 1997, donde la Sala se detuvo a detallar las características esenciales de las EST y a delimitarlas de otras figuras jurídicas. Para ello, recogió de manera sistemática las particularidades previstas en la Ley 50 de 1990 y, de pasada, se expresó sobre algunos escenarios en los cuales, por desconocimiento de la norma, la relación entre trabajador, EST y usuario se sale de los límites previstos. En ese sentido, la CSJ, Sala de Casación Laboral, hizo énfasis en criterios tales como que entre usuario y empresa de servicios temporales no pueden existir nexos económicos que impliquen subordinación o control económicos. Así mismo, hace referencia a que los servicios deben prestarse dentro de los plazos máximos permitidos por la norma y que, si el servicio persiste más allá de dichos límites, el usuario “ya no podrá utilizar válidamente los servicios de una E.S.T”. Ello significa que si, en el marco de las actividades del usuario, las necesidades del servicio son permanentes, entonces deberán vincularse a trabajadores mediante contratos laborales. Adicionalmente, recalca como característico de esta figura jurídica, frente a otras como la del contratista independiente y de los intermediarios, que el usuario puede ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, pero que tal facultad “se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T.”.

En el año 2006 se profirió la primera sentencia que vendría a pronunciarse de manera concreta sobre los escenarios abuso de la figura y de intermediación ilegal y se posicionaría como fundante de la doctrina jurisprudencial de la CSJ, Sala de Casación Laboral, hasta la actualidad. En este caso específico, se trata de una trabajadora que prestó sus servicios a un usuario a través de una EST por un periodo de casi cuatro años.

La CSJ, Sala de Casación Laboral, al hacer el análisis del caso, en primer lugar, procedió a verificar el evidente hecho de que la vinculación había sobrepasado el límite legal de 1 año que la ley prevé para el suministro de personal a través de EST. Tras ello, concluyó que se trataba de una contratación fraudulenta por rebasar los plazos máximos establecidos en la norma. Más allá de ello, no conforme con el análisis taxativo, la Corte optó por un análisis integral de la situación con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. De esa forma, determinó que, dadas las condiciones reales de la vinculación de la trabajadora, “sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.” Al ampliar los criterios de análisis, más allá de lectura taxativa de la norma, la postura de la Corte empieza a desplazarse hacia la tesis B de la línea.

Desde este punto, relaciones laborales que, por su complejidad, no denotaban a primera vista un efecto de ilegalidad, empezaron a estudiarse desde su integralidad. Al respecto, la Sentencia SL16404 de 2014 suscitó un análisis en el cual el accionante reclamaba la existencia de una relación laboral y el reconocimiento de una nivelación salarial en relación con el cargo de Vicepresidente Jurídico y Secretario General de una entidad bancaria para la cual fue contratado a través de una EST. La Corte, tras analizar el caso concreto, señaló que ni en el contrato de prestación de servicios temporales, ni en el contrato temporal individual de obra o labor suscrito por el actor se logra identificar “la razón legal para efectuar la contratación del accionante a través de una EST”. Adicional a ello, al revisar de manera precisa la naturaleza del servicio requerido, encontró que la labor de Vicepresidencia Jurídica y Secretario General de un banco, con poder para representarlo, hace parte de las labores normales y permanentes de una entidad de este tipo, “por lo que no articula o engrana con aquellas clasificadas como ocasionales, accidentales o transitorias”, razón por la cual debía ser contratado directamente. Así, con fundamento en el principio de la realidad sobre las formas, la Corte estableció que el actor realmente había sido un trabajador directo del banco y no un trabajador en misión ante la misma entidad. Al no casar la sentencia de segunda instancia, la Sala corroboró el decir del Tribunal en cuanto a que, por un lado, el banco actuó como un usuario ficticio y, por lo tanto, como un verdadero empleador, y, por el otro, que la EST solo fungió como simple intermediaria.

Dicha interpretación, basada en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, fue reiterada en las Sentencias SL17025 de 2016 y SL3563 de 2017, sentencias, a su vez ubicadas, en un punto medio entre las dos tesis propuestas.

En el año 2019 se profirió otra sentencia relevante en el asunto. Al entrar en el estudio del caso concreto de una mujer que fue contratada mediante múltiples contratos de prestación de servicios celebrados por una empresa de servicios temporales para trabajar como asesora comercial de una empresa, encontró la Corte que el uso de las EST, en este caso concreto, se hacía con el único fin de evadir la contratación directa y disfrazar relaciones laborales. Recordó entonces que las EST no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir actividades excepcionales y temporales. Para reforzar su argumento, reiteró lo dicho en una sentencia de 2018 en la que estableció como característica fundamental que se trate de unos servicios transitorios, sin importar que se lleven a cabo actividades propias o ajenas al giro habitual de la empresa. Aclara, sin embargo, que el criterio determinante no es el hecho de que el trabajo en misión no exceda el lapso de 1 año, sino que la labor ejecutada a través de la figura de la intermediación debe corresponder a una necesidad temporal, a unas circunstancias excepcionales, sean estas o no del giro ordinario de la empresa. Así, al criterio de temporalidad, se suma el de excepcionalidad.

Finalmente, mediante Sentencia SL4330 de 2020, la Sala de Casación Laboral dio un paso más para ampliar los criterios de identificación de los escenarios de abuso de la figura y de intermediación laboral ilegal. Si en la sentencia de 2019 la Corte había manifestado que, además del criterio de temporalidad, debía tenerse de presente el criterio de excepcionalidad, en el análisis de las actividades llevadas a cabo por el trabajador a través de la EST, en esta sentencia del año 2020 amplía la perspectiva al expresar que, además de ello, debe considerarse el criterio de taxatividad. Adicionalmente, en el análisis de



fondo de la cuestión, fundamenta su decisión sobre la base no solo del principio de primacía de la realidad sobre las formas, sino también del principio de fraude a la ley, entendiendo este “como el quebrantamiento de la legalidad, al amparo aparente de una norma” que se deriva de “aquel proceder que superficialmente se ajusta a la ley, pero que en verdad infringe la legislación, pues busca burlarla o evadir sus efectos y generalmente supone perjuicios o defraudación a terceros.”

Partiendo de estos dos principios, la Corte desarrolla unas directrices para entender el carácter de transitorio, excepcional y taxativo de las actividades que se pueden realizar en el marco de los servicios de las EST, los cuales define así: “Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.”

En ese sentido, la Sala reconoce dos posibles vías para catalogar como permanente, y no temporal, el servicio realizado por un trabajador en misión, con lo cual se configura una situación de intermediación ilegal. Así, el servicio es permanente, por un lado, cuando este, “en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua”, caso en el cual no puede acudir al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6 establecidos en la norma. La Corte concluye respecto de este escenario que no es “plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST”. Por otro lado, el servicio es permanente cuando “a pesar de que obedece a una situación extraordinaria (p.e. incremento en los servicios), satisfacerlo demanda un tiempo superior a 1 año”, con lo cual la necesidad empresarial deja de ser transitoria y se convierte en permanente.

#### **d. Conclusiones**

El suministro de personal a través de la intermediación laboral es una figura legítima y legal que se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, donde se definen sus características, sus alcances y sus límites. La ejecución de servicios de suministro de personal está permitida exclusivamente a las empresas de servicios temporales. Ahora, a pesar de la reglamentación existente sobre la materia, existen casos en los que las EST son utilizadas de manera abusiva para llevar a cabo una intermediación ilegal dirigida a encubrir la realidad en tanto lo que verdaderamente se configura son relaciones laborales entre el trabajador en misión y la empresa usuaria en la cual presta sus servicios, con lo cual se termina incurriendo en casos de fraude a la ley y en una desprotección laboral generalizada.

Así, aun cuando el ordenamiento jurídico nacional prioriza la relación laboral frente a otros tipos de vinculación, se ha aceptado que, bajo determinadas circunstancias, pueden utilizarse otras figuras jurídicas que permitan el desenvolvimiento económico de las empresas. En este sentido, las EST se han convertido en una figura legítima para ser utilizada ante situaciones determinables e identificables,



donde las empresas requieren de la prestación de un servicio de manera temporal y para lo cual requiere que le sea suministrado personal.

La doctrina jurisprudencial vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia recoge hoy un espectro amplio de criterios, legales y jurisprudenciales, para tener en cuenta al momento de determinar si se está frente a un escenario uso abusivo de la figura, es decir, de intermediación laboral ilegal que, en la realidad, esconde una relación laboral entre el trabajador y el usuario de los servicios de la EST.

La Corte ha resaltado las reglas de carácter legal y jurisprudencial que deben guiar el uso y sirven para identificar el abuso de la vinculación de trabajadores mediante EST. De manera concreta la doctrina jurisprudencial vigente comprende las siguientes reglas:

- Para determinar si hay un uso indebido de la intermediación por parte de las EST y los usuarios, se debe hacer un análisis integral de la situación con base en los principios de primacía de la realidad sobre las formas y de fraude a la ley.
- No pueden existir nexos económicos que configuren subordinación o control económicos, según lo previsto en el Código de Comercio, entre la EST y el usuario.
- Los servicios deben prestarse dentro de los plazos máximos permitidos por la norma. Si la necesidad del servicio persiste más allá de dichos límites, el uso de los servicios de una EST no es válido y se debe vincular a trabajadores mediante contratos laborales.
- La potestad de subordinación que ejerce el usuario frente a los trabajadores en misión no se ejercita por derecho propio sino en virtud de delegación. El verdadero empleador es la EST.
- Al contrato de prestación de servicios temporales entre el usuario y la EST debe subyacer una razón legal, un móvil, que justifique la contratación de personal de manera temporal a través del servicio de suministro de personal.
- Las labores normales y permanentes de una empresa no pueden catalogarse como ocasionales, accidentales o transitorias para justificar la contratación de trabajadores en misión.
- Las EST no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes del usuario o para sustituir personal permanente, sino para cumplir actividades excepcionales y temporales.
- Es característica clave que los servicios a prestar por la EST sean transitorios, sin importar que se trate de actividades propias o ajenas al giro habitual de la empresa.
- No es criterio determinante el hecho de que la vinculación del trabajo en misión no exceda el lapso de 1 año, lo determinante es que se trate de una necesidad temporal y excepcional de un servicio que tenga una duración máxima de seis meses prorrogables hasta por seis meses más.
- Las actividades que se pueden llevar a cabo a través de las EST deben ser de carácter de transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio, porque el servicio es temporal; excepcional, porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones permitidas por la ley; y taxativo, porque no está previsto para suplir cualquier requerimiento temporal, sino solo aquellos descritos legalmente.
- Un servicio es permanente cuando no es excepcional y temporal, sino que se requiere de manera continua, caso en el cual no puede acudir al servicio de una EST.

- No está permitido contratar servicios que corresponden a actividades permanentes de la empresa mediante rotaciones de personal en misión con contratos inferiores a 12 meses o con distintas EST.

## Disponibilidad laboral y trabajo suplementario

### a. Introducción al planteamiento del problema jurídico

El trabajo suplementario es un escenario que se presenta cuando un empleador requiere del trabajador un trabajo adicional a la jornada ordinaria, siendo esta última, un derecho del que gozan los trabajadores, en la medida que establece límites a la subordinación patronal, la cual se materializa en la disponibilidad del trabajador para que su empleador disponga de su fuerza laboral.


La noción de jornada laboral ha tenido un largo desarrollo en la legislación colombiana, hasta llegar a la Ley 2101 del 2021, que plantea una reducción de la jornada laboral ordinaria del modelo actual, correspondiente a un máximo de 48 horas semanales, a un máximo de 42 horas semanales. Dicha disminución deberá empezar a implementarse en un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley y se llegará gradualmente a la meta de las 42 horas tras 5 años de vigencia de la misma.

Ahora bien, en cuanto a la jornada suplementaria, existe un tema que ha sido objeto de discusión en diversos escenarios laborales en relación con si aquella guarda la misma naturaleza que la jornada ordinaria. Se trata de la noción de disponibilidad laboral, respecto de la cual se busca determinar, por un lado, la posibilidad y las formas por las cuales el trabajador puede percibir una remuneración por este tipo de trabajo suplementario, y, por otro, si la mera disponibilidad laboral es suficiente para poder percibir una remuneración económica.

El problema jurídico que se intenta resolver a través de la presente línea jurisprudencial se concreta en la pregunta: ¿Cuál es la naturaleza de la disponibilidad laboral y cuáles son sus implicaciones?

### b. Gráfica de la línea jurisprudencial

**Tabla No. 3. Línea Jurisprudencial. ¿Cuál es la naturaleza de la disponibilidad laboral y cuáles son sus implicaciones?**

¿Cuál es la naturaleza de la disponibilidad laboral y cuáles son sus implicaciones?				
Tesis A				Tesis B
La disponibilidad laboral es una obligación del trabajador, equivalente a la subordinación, que implica para este	▲ CSJ Laboral 08. may. 1968 Acta No. 25 GJ No. CXXVII			La disponibilidad laboral es una situación del trabajador que implica que este está sujeto a la subordinación
	▲ CSJ Laboral 11. abr. 1970			



suplementaria delimitadas en la ley”. Partiendo de ello, estableció una diferenciación de los casos en que la disponibilidad constituye trabajo suplementario y en los que no. Dijo entonces que, “si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia” la disponibilidad puede asimilarse al servicio y ser enmarcada en la jornada laboral. Esa misma situación, según la Corte, se presenta cuando el trabajador debe permanecer, bajo las condiciones mencionadas, en un lugar determinado. Ahora, si la disponibilidad le permite al trabajador “emplear tiempo en alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado de trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral el tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio en actividades particulares, aunque no lucrativas.” La Corte explica que, si bien podría pensarse que este segundo escenario efectivamente podría conllevar a una restricción de la libertad, en tanto de alguna forma no permite al trabajador un aprovechamiento autónomo del tiempo, debe entenderse que debe existir un desempeño de algún servicio, que exceda efectivamente el tiempo estipulado como jornada máxima para que se considere como trabajo suplementario.

Tras hacer esa diferenciación la Sala concluye que no se puede calificar de manera general a la disponibilidad como trabajo, lo cual resultaría en absurdo, y que esta no produce, por sí sola, efecto generador de trabajo suplementario, sino que es “el servicio prestado dentro de ésta, con exceso sobre la jornada ordinaria, el que puede y debe calificarse como trabajo suplementario para los efectos legales; o la permanencia a órdenes del patrono, en lugar determinado por éste.”

Esta primera sentencia, como se ve en la gráfica de la línea, representa la postura de la Tesis B de la línea, en la medida en que define la disponibilidad como una obligación del trabajador de permanecer, de manera amplia e indiferenciada, bajo las órdenes del empleador. Si la disponibilidad se da por fuera del lugar de trabajo, el reconocimiento de esta como trabajo suplementario y de la respectiva remuneración está condicionado a que se haya desempeñado algún servicio o actividad. Ahora, si esta tiene lugar en el lugar de trabajo, sí se constituirá en jornada suplementaria con derecho a percibir una remuneración.

En un caso semejante, en 1970, la Corte tuvo que decidir nuevamente sobre si la disponibilidad que alegaba el accionante constituía trabajo suplementario y si, por ello, debía ser remunerado (Sala de Casación Laboral, 11 de abril de 1970,). En esa ocasión, la Sala, además de reiterar la postura ya sentada en la sentencia de 1968, busca fortalecerla en dos sentidos: por un lado, da una definición más precisa de la noción de disponibilidad al decir que corresponde a “la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador en un momento dado”, por otro, define sus alcances al establecer que, primero, como consecuencia de aquella, se desprende la obligación correlativa del trabajador de obedecer dichas órdenes; segundo, la disponibilidad en sí misma no constituye ningún trabajo, por no darse en ella prestación real del servicio, sino apenas una simple posibilidad de prestarlo; tercero, esta es, en realidad, un equivalente de la subordinación jurídica, característica fundamental del contrato de trabajo.

La Corte Constitucional tuvo también oportunidad de manifestarse sobre la noción de disponibilidad en la Sentencia de constitucionalidad C-024 de 1998. Se trata en este caso de un escenario bastante especial, por cuanto se refiere a una norma relativa al régimen aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que, según lo evidenció la misma Corte Constitucional, pueden recibir un trato diferenciado por la ley en razón de la naturaleza de la actividad que cumplen. Más allá de las particularidades del caso específico, la Corte Constitucional, en las consideraciones del fallo, planteó una definición de la noción de “permanente disponibilidad”, que resulta relevante para la línea jurisprudencial. Dijo la Corte Constitucional respecto de dicha noción que se trata de “la obligación de prestar sus servicios cuando estos sean demandados por las autoridades competentes dentro de la entidad a la que pertenecen, aun en días y horas que no hacen parte de su jornada normal”.

Aclara, sin embargo, que:

La disponibilidad consiste no en la renuncia al descanso ni a la predeterminación de jornadas máximas de trabajo -posibilidades estas que son inalienables de todo trabajador e irrenunciables, según lo dispone el artículo 53 constitucional-, sino en el compromiso de acudir a prestar los servicios que sean indispensables cuando así lo exijan las circunstancias, desde luego, siempre que ellas se presenten efectiva y objetivamente, y no sobre la base de que tales servicios, en su carácter de extraordinarios, sean debidamente remunerados o compensados de manera justa y razonable. No se trata entonces, del capricho o la voluntad subjetiva del superior.

Esta sentencia de la Corte Constitucional desplaza la línea hacia el centro de las dos tesis, por cuanto sostiene, al igual que la CSJ, que la disponibilidad corresponde a una obligación del trabajador de prestar sus servicios cuando estos sean demandados por el empleador, pero le pone un cierto límite al establecer que dichos servicios deben ser prestados cuando así lo exijan las circunstancias y que dichas circunstancias se presenten efectiva y objetivamente. Es decir, la disponibilidad no puede ser a capricho del empleador.

En otra Sentencia de constitucionalidad de ese mismo año (Corte Constitucional, C-372 de 1998), la Corte volvió a ocuparse del tema en relación con otro grupo particular de trabajadores, a saber, aquellos que ocupan cargos de dirección, de confianza y de manejo. En el caso concreto se hacía referencia a las empleadas de servicio doméstico. Después de referirse la Corte a la protección constitucional al trabajo y al hecho de que esta lleva inherente la fijación de jornadas máximas de trabajo y el derecho al descanso, consideró que, en algunos casos, en razón de la especial naturaleza de las actividades que algunos trabajadores desempeñan, se puede fijar para estos una mayor disponibilidad que la exigida a los demás operarios. Partiendo de esto, manifestó que esa mayor disponibilidad ha de ser “desde todo punto de vista excepcional y [...] las hipótesis en las que haya lugar a demandar la presencia del trabajador en días y horas distintos a los de la jornada normal no deben quedar al capricho del empleador, sino que han de venir previamente definidas en la ley y obedecer a circunstancias objetivas y razonables.” Con ello, la Corte Constitucional consolida y refuerza su postura en la medida en que mantiene el condicionamiento de las circunstancias objetivas y razonables de

necesidad del servicio pero, además, establece que los escenarios de disponibilidad deben venir previamente definidos en la ley.

Por su parte, el criterio que en un principio había sido defendido por la Corte Suprema de Justicia sería reiterado en una sentencia del año 2007 (CSJ, Sala de Casación Laboral, Rad. No. 30461, 14 de agosto de 2007) en relación con los trabajadores de una sociedad del sector textil. En esta, la Sala de Casación Laboral, reitera el razonamiento de las sentencias anteriores, estableciendo que, si bien la disponibilidad del trabajador frente a su empleador permite entender que podrían llegar a ser computables esas horas como parte de la jornada, lo cierto es que la disponibilidad no puede concebirse como un carácter absoluto para determinar la existencia de trabajo suplementario, siendo solamente susceptible de remuneración aquella que pone al servicio del patrono sin abandonar el lugar de trabajo.

En Sentencia SL5584 de 2017, la CSJ reiteró nuevamente su postura, pero aclaró ciertos elementos por las características particulares del caso. En esta ocasión, la Corte desarrolló la noción de disponibilidad, pero empieza a desplazar su postura hacia el centro de la línea en tanto empieza a establecer límites a esa disponibilidad amplia e indiferenciada que desarrolló al principio de su jurisprudencia sobre el tema. Dijo la Corte en ese momento lo siguiente:

el simple sometimiento del asalariado de estas (sic) a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados.

El caso resuelto en esta sentencia presenta dos particularidades, la primera de ellas el hecho de que, tal como se encontró probado durante el proceso, el lugar de trabajo del demandante era su casa y los tiempos de disponibilidad adicional también debían cumplirse desde allí, y la segunda tiene que ver con el tipo de actividades que se debían llevar a cabo en los tiempos de disponibilidad. Según obra en el proceso, el trabajador realizaba labores de supervisión de equipos tecnológicos desde su casa y debía estar pendiente todo el tiempo de llamadas o avisos de emergencias tecnológicas, para lo cual debía monitorear de manera constante los equipos a su cargo. Para la Corte, ello significaba que el trabajador “no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada”. Lo anterior hace que la línea se desplace hacia el centro de las dos tesis, en tanto se hace una aclaración en relación con las condiciones en las que se presenta la disponibilidad, en la medida que, en casos especiales como este, donde el trabajador, no obstante encontrarse en su lugar de vivienda y de no llevar a cabo actividades o servicios puntuales delimitados temporalmente, tiene que estar atento contantemente al llamado de su empleador, sin poder por ello realizar actividades de tipo personal o familiar, constituyen trabajo suplementario y dan derecho a su respectiva remuneración. Así, la simple disponibilidad, pero en circunstancias especiales de permanente atención al llamado del

empleador, cede en favor del reconocimiento del trabajo suplementario llevado a cabo por el trabajador.

Esta postura vendría a ser reiterada y consolidada por la CSJ en la Sentencia SL4883 de 2020 cuando tuvo que decidir en el caso de un trabajador que estaba vinculado en un cargo de dirección, confianza o manejo que había sido despedido, según el empleador, con justa causa, por no atender la disponibilidad a la cual se había comprometido al suscribir el contrato de trabajo al haber sido llamado telefónicamente en horas de la madrugada para atender una falla de un sistema técnico instalado por la empresa en la que trabajaba y no contestar el teléfono. Para dilucidar el tema, la Sala, después de recoger lo dicho en la sentencia de 2017, se detiene a aclarar las nociones centrales del tema, a saber, el “horario de trabajo”, la “jornada de trabajo” y la “disponibilidad”. Respecto de estas, dijo la CSJ:

El *horario de trabajo* es la distribución que hace el empleador de la jornada de trabajo, dispuesto en el reglamento interno de trabajo e incorporado al contrato de trabajo.

Por su parte, la *jornada de trabajo* es el lapso diario, dispuesto por el ordenamiento jurídico, dentro del cual el empleador está facultado para ejercer la subordinación, y el trabajador obligado a ejecutar la actividad personal para la cual fue contratado.

La *disponibilidad* es la situación del trabajador, por efecto de la cual está sujeto al espectro de subordinación laboral propio de la relación de trabajo, de manera que es el empleador el que determina la disponibilidad, mediante el establecimiento del horario de trabajo, y excepcionalmente, mediante la imposición de turnos.

Con base en estas nociones, sostiene en su fallo que, en los casos en los que el empleador requiera la disponibilidad del trabajador por fuera del horario de trabajo, debe disponer entonces del trabajo suplementario. Además, en referencia al horario de trabajo, afirma que es “el momento temporal dentro del cual el empleador está facultado para ejercer la subordinación propia de la relación de trabajo y, en consecuencia, es el período durante el cual el trabajador está a disposición de este.”

En cuanto al caso particular de los cargos de dirección, confianza o manejo, aclara que para esto también aplica la noción de horario de trabajo; lo que lo diferencia es el hecho de que, en caso de que el trabajador deba atender actividades propias de su cargo, por fuera del horario de trabajo, ello no causará a su favor el recargo por trabajo suplementario.

Cabe resaltar aquí cómo la postura de la Corte cambia de manera importante respecto de las primeras decisiones, en la medida en que le cambia la naturaleza a la disponibilidad. En las primeras sentencias esta es entendida como una obligación del trabajador de estar a órdenes del empleador y equivale a la subordinación. Con la nueva interpretación, la disponibilidad ya no es entendida como una obligación, sino como una situación del trabajador que lo pone bajo la subordinación del empleador que determina los horarios de trabajo, turnos, entre otros. Como consecuencia de ello, la Corte insiste en que, si el empleador necesita contar con una disponibilidad laboral que supere el horario de trabajo, cuenta con



la posibilidad de disponer de turnos. Esto refuerza la postura que se venía delineando, en el sentido de que la disponibilidad no puede ser al arbitrio o capricho del empleador.

Finalmente, atendiendo al cambio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral del año 2017, a través de la CSJ SL5584-2017, la Sentencia SL4099 del 2022, última identificada en la línea, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, corrobora la postura que venía defendiendo en las últimas sentencias. En la actualidad, la regla jurisprudencial establece que se debe reconocer el pago de las horas de trabajo en las que el empleado deba estar disponible a realizar las labores que le ordene el empleador, en el marco de la relación laboral.

#### **d. Conclusiones**

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha ido variando su interpretación en relación con la disponibilidad laboral. En sus primeras sentencias mantuvo una línea pacífica que sostenía que disponibilidad era una obligación del trabajador, que era equivalente a la subordinación y que la simple disponibilidad no configuraba trabajo, por lo cual no debía ser remunerado. Con el desarrollo jurisprudencial que se deriva de la línea presentado es posible extraer las reglas que rigen en la actualidad y que corresponden a la doctrina jurisprudencial vigente:

- La disponibilidad es la situación del trabajador, por efecto de la cual está sujeto al espectro de subordinación laboral propio de la relación de trabajo.
- El empleador es el que determina la disponibilidad, mediante el establecimiento del horario de trabajo y, excepcionalmente, mediante la imposición de turnos.
- En los casos en lo que el empleador requiera la disponibilidad del trabajador por fuera del horario de trabajo, debe disponer del trabajo suplementario.
- Si la disponibilidad se presenta en el lugar de trabajo, sin posibilidad de retirarse, debe entenderse como tiempo de trabajo.
- Si se trata de la disponibilidad continua, por fuera del lugar de trabajo, en tanto el trabajador debe estar a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, sin poder desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar y aun cuando no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, le da derecho a una remuneración por trabajo suplementario.
- La disponibilidad por fuera del horario de trabajo ha de ser excepcional y su definición no debe quedar al capricho del empleador.

### **Límites y alcances de las negociaciones colectivas**

#### **a. Introducción al planteamiento del problema jurídico**

Los derechos de libertad de asociación sindical y negociación colectiva son respaldados a nivel internacional en los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT, los cuales reconocen, entre otras cosas, la



posibilidad de constituir sindicatos, afiliarse a los mismos, asistir a las reuniones y negociar libremente con los empleadores las condiciones laborales, con independencia de si se trata del sector público o privado.

Los convenios referidos fueron ratificados por el Estado de Colombia a través de las leyes que se refieren a continuación.

El Convenio No. 87 fue ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976;  
El Convenio No. 98 fue ratificado por Colombia mediante la Ley 27 de 1976;  
El Convenio No. 151 fue ratificado por Colombia mediante la Ley 411 de 1997;  
El Convenio No. 524 fue ratificado por Colombia mediante la Ley 411 de 1997;

Así mismo, la legislación colombiana reconoce el carácter vinculante de los Convenios antes mencionado y los ha regulado a través de las normas del Código Sustantivo del Trabajo (Decreto 2351 de 1965 y sus reformas), siendo desarrollados en la segunda parte del mencionado Código, desde el artículo 353 hasta el artículo 484.

Sin embargo, con la incorporación de una nueva constitución en 1991 y con el nacimiento de una Corte especializada para controlar la constitucionalidad de las normas en Colombia, dicho código ha sufrido una serie de modificaciones, ya sea generadas a través de demandas de inconstitucionalidad de los artículos, o presionadas por las implicaciones del mecanismo de revisión de Tutelas y Unificación de Jurisprudencia en los casos que involucran la vulneración de derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional, en un intento de garantizar los derechos de asociación sindical y negociación colectiva, ha ampliado los criterios de interpretación, extendiéndolos a toda forma de asociación, entendiendo que no debe limitarse el derecho de asociación colectiva, dado que todas las aspiraciones de los trabajadores son válidas y no deben restringirse al tamaño o la pertenencia a un sindicato; por lo tanto, el alcance de sus negociaciones deben considerarse en igualdad frente a las negociaciones que adelante el sindicato mayoritario.

Pese a lo anterior, ha surgido con el tiempo una postura, si bien no del todo contraria, por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha asumido una postura un poco más restringida, sobre el entendido de que se debe limitar el asociación colectiva, dado que, aunque todas las aspiraciones son válidas, la multiplicidad de formas de negociación (atomización) pueden ocasionar la pérdida de fuerza de las convenciones colectivas, afectado la materialización del derecho de asociación sindical. Por lo tanto, se afirma que los demás pactos no pueden ser mejores que los alcanzados por la convención colectiva.

Partiendo de esa situación, el problema jurídico que se desarrollará a través de la presente línea jurisprudencial se concreta en la siguiente cuestión: ¿se deben establecer restricciones al derecho de asociación y negociación en procura de fortalecer y proteger las convenciones colectivas que consiguen los sindicatos mayoritarios?





Esta postura intermedia, a pesar de que restringe su aplicación a los empleadores pues establece una prohibición expresa de establecer negociaciones paralelas en perjuicio del sindicato, lo cierto es que, para esta época en Colombia, resultaba suficiente para garantizar el derecho de asociación sindical. Ello, fundamentalmente, porque no estaba permitida la multifiliación sindical, con lo cual el hecho de prohibir que los pactos colectivos no desconocieran derechos constitucionales, entre otras cosas, llevaba a que no fueran más favorables que las convenciones colectivas y obligaba al empleador a negociar con un grupo sindical.

Esta postura intermedia, cambia cuando en la Sentencia C-797 del año 2000, se declara inexecutable el artículo 360 del Decreto 2351 de 1965, el cual contenía una prohibición expresa de pertenecer a varios sindicatos de la misma clase, ello por considerar la Corte que, a la luz de la interpretación del artículo 2 del convenio 87 de la OIT, no debe restringirse al trabajador el derecho de asociación, razón por la cual el legislador desbordó los límites constitucionales al imponer tal prohibición.

Tal postura es complementada con la Sentencia C-567 del mismo año, por cuanto declara la inexecutable de los incisos 1 y 3 del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965. En dicha sentencia se declara que los trabajadores pueden constituir los sindicatos que ellos deseen debido a que los trabajadores tienen el derecho de constituir todas las organizaciones que estimen convenientes.

Lo anterior se acentuó más cuando la Corte Constitucional, en la Sentencia C-465 de 2008, declara que los sindicatos pequeños también pueden reclamar derechos colectivos, esto debido a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 357 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual incorporaba la cláusula de que si en una empresa coexistían sindicatos de dos tipos diferentes, la representación le correspondía al que tuviera un mayor número de afiliados. Por lo tanto, se abrió la posibilidad a que cualquier tipo de sindicato presentara las reclamaciones ante el empleador, con la posibilidad de establecer varias convenciones colectivas en una misma empresa.

Este panorama llevó a una proliferación de sindicatos minoritarios que, al ser fragmentados, perdieron fuerza de negociación colectiva, situación ampliamente denunciada por las agremiaciones sindicales, toda vez que esta atomización a la que se ven sometidos favoreció el resurgimiento del pacto colectivo con un grupo de trabajadores no sindicalizados como la principal fuente de negociación colectiva entre trabajadores y empleadores.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien no se aparta de los criterios de interpretación de la Corte Constitucional, desde el mismo 2008, empezó a consolidar un criterio de interpretación que intentaba resolver los efectos que produjeron las sentencias precitadas, en particular, el de a proliferación de Pactos Colectivos y Planes Voluntarios de Beneficios, aunque se podría considerar todavía una postura intermedia.

En ese orden de ideas, la Sentencia SL33998 de 2008, aclaró que, si bien no había límites para la constitución de sindicatos ni para la posibilidad de afiliarse a varios de ellos, los trabajadores pueden escoger entre las diferentes convenciones colectivas, la que más les convenga y más favorezca sus intereses sin ninguna restricción, sin embargo, solo pueden escoger una de las convenciones, toda vez que la amplitud en el derecho de sindicalización no puede ser una carga para los empleadores.

Esta postura vendría a ser ampliada por la Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL50795 de 2012, que, en armonía con lo anterior, resalta que “la multiplicación excesiva de las organizaciones sindicales puede debilitar el movimiento sindical y en última instancia menoscabar los intereses de los trabajadores”. Pese a ello, es importante resaltar que una convención colectiva puede servir de base para otra convención colectiva, en procura de mejorar las condiciones de los trabajadores en conflicto con la misma empresa, sin embargo, solo se puede escoger una convención, la más conveniente.

Por su parte, la Corte Constitucional también da señales de morigerar su postura, toda vez que, aunque comparte los criterios de interpretación anteriores en cuanto a la amplitud del derecho de negociación colectiva y asociación sindical, rescata la postura inicial anterior al año 2000. En la sentencia T-069 de 2015, la Corte menciona que los Planes Voluntarios de Beneficios fijados por los empleadores no pueden establecer cláusulas de prohibición de pertenecer a un sindicato como requisito para acceder a los beneficios, también dice que no pueden excluir a los trabajadores sindicalizados de los beneficios pactados en dicho plan, estableciendo con ello límites a las negociaciones laborales por fuera de los sindicatos.

Las sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia mantuvieron este criterio de decisión, incorporando este razonamiento, pero al mismo tiempo manteniendo la postura desarrollada por la misma Sala desde 2008 hasta 2012, este criterio se puede ver reflejado en las sentencias SL4865 de 2017, SL4458 de 2018, SL1983 de 2020, SL415 de 2021 de las cuales se destacan los siguientes puntos, que establecen la línea formal de interpretación actual.

- a. La multifiliación sindical se traduce en la posibilidad de que los trabajadores puedan estar vinculados a varias asociaciones sindicales de manera simultánea.
- b. La pluralidad sindical corresponde a que en una empresa pueden coexistir diferentes sindicatos, sin importar su naturaleza o clase.
- c. Cada organización sindical tiene autonomía para proponer y desarrollar la negociación colectiva sin que esté atada a lo logrado por otros sindicatos.
- d. La coexistencia de convenciones colectivas del trabajo está mediada por la favorabilidad al trabajador, desde que se aplique en su integridad.

En el año 2022, surge un quinto elemento de interpretación. Si bien no se aleja del todo de las posturas de la Sala Laboral, por cuanto aún sigue habiendo una amplitud en el derecho de asociación sindical en cuanto a la negociación colectiva, en la Sentencia SL1309 de 2022 se rescata el criterio de interpretación de la Corte Constitucional del año 2015, por cuanto amplía su interpretación, mencionando que ni los Planes Voluntarios de Beneficios, ni los Pactos Colectivos, ni tampoco los contraplegios, presentados por el empleador en el caso de los conflictos laborales que escalan a los tribunales de arbitramento, pueden intentar modificar la convención colectiva para desmejorar las condiciones alcanzadas por las convenciones colectivas, así como tampoco pueden pactar acuerdos que sean mejores que los alcanzados por la convención colectiva. Con ello se establece un límite a otros tipos de negociación en un claro fortalecimiento del derecho de asociación sindical.

#### **d. Conclusiones**

Si bien la postura de la Corte Constitucional que surgió en el año 2000 se ha mantenido, permitiendo la multifiliación sindical y la creación de múltiples sindicatos, lo cierto es que, en cuanto a los efectos que esto ha producido, tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la misma Corte Constitucional han intentado morigerar la postura y controlar los efectos que produjo la amplitud total a través de impedir la posibilidad de que los trabajadores puedan adherirse a todas las convenciones con la exigencia de escoger una que les convenga; y, por su puesto, el hecho de que no se pueden pactar mejores condiciones que las alcanzadas en las convenciones colectivas por parte de otros grupos de trabajadores no sindicalizados ni por el mismo empleador; en cierta forma incentiva la filiación al sindicato.

### **Fuero circunstancial de trabajadores tercerizados ilegalmente**

#### **a. Introducción al planteamiento del problema jurídico**

El ordenamiento colombiano reconoce una garantía de protección del derecho de negociación colectiva que ha sido denominada “fuero circunstancial” y que se encuentra recogida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 de la siguiente manera: “Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.” Posteriormente, el Artículo 10 del Decreto 1373 de 1966 y, más adelante, el Artículo 36 del Decreto 1469 de 1978, vinieron a reglamentar la figura al establecer que dicha protección “comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al patrono hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”.


Por otro lado, nuestro ordenamiento permite que las empresas suplan su demanda de producción no solo a través de sus trabajadores vinculados mediante un contrato de trabajo, sino que también pueden tercerizar servicios a través de contratos civiles con personas naturales, es decir, contratistas independientes, o con empresas o figuras jurídicas especializadas en el tipo de servicio requerido. Además, pueden solicitar, a través de la figura de la intermediación laboral, el suministro de personal en misión para realizar labores específicas, en casos excepcionales y de manera temporal, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. El problema se presenta cuando estas figuras legalmente permitidas son utilizadas para encubrir verdaderas relaciones laborales entre el trabajador y las empresas beneficiarias o usuarias de los servicios de tercerización o intermediación, respectivamente.

En estos contextos de triangulación, donde se difumina irregularmente la figura del verdadero empleador, resulta difícil establecer ante quién se ejercen y de quién se reclama el respeto de los derechos laborales y colectivos. Esto ha derivado en un debate en relación con los derechos de los trabajadores contratados por medio de las figuras ilegales de tercerización o de suministro de personal frente a la empresa beneficiaria, particularmente, en cuanto a la garantía del fuero circunstancial.

El problema jurídico que surge de lo aquí expuesto es el siguiente: ¿los trabajadores tercerizados ilegalmente están protegidos por la garantía del fuero circunstancial?

**b. Grafica de la línea jurisprudencial**

**Tabla No. 5. Línea Jurisprudencial ¿Los trabajadores tercerizados ilegalmente están protegidos por la garantía del fuero circunstancial?**

¿Los trabajadores tercerizados ilegalmente están protegidos por la garantía del fuero circunstancial?			
Tesis A			Tesis B
El fuero circunstancial es una garantía que protege a los trabajadores vinculados directamente con una empresa, que se encuentran afiliados al sindicato y a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones a su empleador.	▲ CSJ Laboral 5. oct. 1998 Radicado. No. 11017		
	▲ CConst. C-201 de 2002		
	▲ CSJ Laboral 11. may. 2006 Radicado. No. 26726		
			▲ CSJ Laboral 22. jul. 2020 SL2667
			▲ CSJ Laboral 10. feb. 2021 SL462
			▲ CSJ Laboral 23. feb. 2022 SL937

### c. Análisis jurisprudencial.

El fuero circunstancial, regulado en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1065 ha sido desde vieja data tema de discusión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, no ha sido la única alta Corte que se ha ocupado del tema, ya que la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre sus alcances. Valga decir, además, que la noción misma de “fuero circunstancial” ha sido de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, por cuanto la garantía que implica no se encuentra denominada como tal en la norma legal.

En Sentencia del 5 de octubre de 1998, Radicado No. 11017, la Sala de Casación Laboral de la CSJ se refirió, mediante reiteración de jurisprudencia, a los alcances y la finalidad del fuero circunstancial. Recogiendo lo dicho en un fallo de 1982, la Corte, tras reproducir lo dicho en el Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 y en el artículo 10 del Decreto 1373 de 1966, manifiesta que tal garantía “tiene como clara finalidad la de salvaguardar el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente con un patrono” sin el temor a ser despedidos; en ese mismo sentido, en unas líneas más adelante, agrega que se trata de una “garantía para el trabajador involucrado en un conflicto colectivo con su patrono”.

Para efectos del problema jurídico que sirve de punto de partida para la presente línea, esta sentencia se ubica claramente en el lado de la tesis A, en tanto deja de manifiesto que el fuero circunstancial protege a los trabajadores, afiliados al sindicato o no sindicalizados, frente a sus patronos en el marco de la negociación colectiva, de lo cual se infiere la necesaria existencia de una relación laboral entre trabajador y empleador.

Más adelante, la Corte Constitucional, en Sentencia de constitucionalidad C-201 de 2002, al revisar la constitucionalidad del Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, se refirió de manera detallada a sus alcances. Como contexto del tema, la Corte hace referencia al Artículo 55 de la Constitución Política (CP), sobre la negociación colectiva, la cual define como el derecho que tienen todos los trabajadores de negociar libre y voluntariamente con sus empleadores las condiciones derivadas de la relación laboral. Es allí donde, al hacer referencia al fuero circunstancial como una manifestación del derecho a la negociación colectiva, la Corte lo define como un “mecanismo que busca proteger a los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones”. Se evidencia con esto que, para la Corte Constitucional, a la garantía del fuero circunstancial subyace necesariamente una relación laboral entre trabajador y empleador.

En otra sentencia de 2006 (CSJ, Sala de Casación Laboral, 11 de mayo de 2006), la CSJ continúa consolidando la postura que hasta el momento había venido sosteniendo. Una vez más, en relación con la garantía del fuero circunstancial, dice la Sala que la protección que consagra está referida a los trabajadores que, como parte de un conflicto colectivo económico, se enfrentan a su empleador y que tales trabajadores son “los afiliados a un sindicato, los que se benefician de un convenio colectivo en las hipótesis previstas en la ley y los no sindicalizados”. Agrega, además, que tal protección tiene “como destinatarios específicos a los trabajadores comunes y ordinarios de una empresa, entendida ésta como una unidad de explotación económica”. Esto último, en referencia a aquellos trabajadores que



ostentan cargos de poder y dirección dentro de la empresa, los cuales se encuentran excluidos de la protección del fuero circunstancial.

La línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ vendría a dar un ligero cambio en su interpretación con la Sentencia SL2667 de 2020. En esa ocasión la Corte tuvo que resolver el caso de un trabajador que tenía con una empresa un contrato laboral por duración de la obra o labor contratada, pero que, por intermedio de esta se desempeñaba como trabajador en misión en otra empresa. En el curso del proceso se verificó que la empresa con la cual el trabajador tenía el contrato laboral no era una EST, sino sociedad especializada en servicios y que le prestaba “servicios temporales” a la empresa beneficiaria. El trabajador, se afilió a un sindicato de industria, el cual le había presentado un pliego de peticiones a la empresa beneficiaria y, pasadas dos semanas de su afiliación, se le dio por terminado el contrato con la empresa de servicios especializados.

Después de hacer un análisis de las particularidades del caso, la Corte, en primer lugar, identificó un escenario de tercerización ilegal, teniendo en cuenta que la empresa de servicios especializados prestaba servicios de suministro de personal, pero sin tener la calidad de EST, con lo cual se declaró que se trataba de un simple intermediario. En segundo lugar, partiendo de lo anterior, la Corte recoge el análisis de segunda instancia para constatar que el trabajador estaba vinculado laboralmente con la empresa beneficiaria en virtud de un contrato realidad. En tercer lugar, la Sala estudia si el trabajador estaba protegido por la garantía del fuero circunstancial, pero su razonamiento se concentra en el momento en que aquel se afilia al sindicato de industria, lo cual sucede con posterioridad a la presentación del pliego de peticiones. Finalmente, la Corte concluye que el actor fue despedido mientras estaba en curso un conflicto generado por el sindicato al cual se afilió, por lo cual estaba cobijado por dicha garantía.

Llama la atención en esta decisión la forma en que la Corte, de manera sutil, empieza a cambiar su interpretación sobre el fuero circunstancial en la medida en que reconoce la garantía del fuero circunstancial ya no solo a un empleado directo de una empresa, sino a un trabajador al que, estando vinculado mediante contrato laboral con otra empresa, en el marco de una tercerización ilegal, se le reconoce un contrato realidad con aquella, respecto de la cual se le protege la garantía del fuero.

La postura expuesta en esta sentencia sería reiterada por la Sala en un caso con semejante patrón fáctico proferida en 2021 (CSJ, Sala de Casación Laboral, SL462 de 2021).

Finalmente, la sentencia dominante, que recoge la postura actual de la Corte sobre el tema y desarrollo la doctrina jurisprudencial sutilmente expuesta en las dos últimas decisiones es la Sentencia SL937 de 2022. En este caso, con unas circunstancias fácticas semejantes a los dos casos anteriores, el fallador de segunda instancia había reconocido la existencia del contrato realidad, pero había negado la garantía del fuero circunstancial por cuanto consideró que la empresa respecto de la cual se había reconocido la calidad de trabajadores de los demandantes tenía el convencimiento de que esto no eran sus trabajadores y, por ello, estaban facultados para presentar un pliego de peticiones a quien no era su empleador.

En respuesta a ello, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se refirió a la contradicción del análisis realizado en segunda instancia y, en consecuencia, manifestó que la declaratoria del contrato realidad implica el reconocimiento “de todos los derechos laborales que deriva la condición de trabajador directo de una empresa, entre ellos la protección de no despedir sin justa causa a aquellos trabajadores sindicalizados o no que le presenten a su empleador un pliego de peticiones, en los precisos términos del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965”.

En cuanto al tipo de relación que se da entre el trabajador y la empresa dijo también que “no se requiere que para la existencia del fuero circunstancial los trabajadores estén formalmente vinculados con el verdadero empleador, dado que las relaciones triangulares ejecutadas de forma irregular no tienen la eficacia jurídica de impedir la negociación colectiva entre el empleador y sus verdaderos trabajadores.” Con lo anterior resalta la transversalidad del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades que irradia sus efectos hacia todas las relaciones laborales, incluso, los intereses colectivos.

#### **d. Conclusión**

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había mantenido una línea pacífica en relación con la titularidad de la garantía del fuero circunstancial, la cual estaba exclusivamente en cabeza de aquellos trabajadores que se encontraban directamente vinculados mediante una relación laboral con su empleador. Aun cuando no se encontró una decisión expresa en ese sentido, esto excluía la posibilidad de alegar el fuero circunstancial a quienes no tuviesen un contrato de trabajo directo con una empresa.

Las transformaciones en las relaciones de trabajo y, particularmente, los contextos de triangulación laboral han hecho que la Sala deba replantearse los criterios de interpretación, particularmente frente a los escenarios de tercerización laboral ilegal. Ello, por cuanto la misma jurisprudencia ha desarrollado una clara postura en cuanto a que, en muchos de estos casos, los que debe aplicarse es el principio de primacía de la realidad sobre las formas y, con ello, la figura del contrato realidad que visibiliza la verdadera relación laboral entre trabajador y empleador.

Con base en esas nuevas realidades, la Corte ha modificado su línea jurisprudencial inicial para pasar a sostener hoy las siguientes reglas en relación con la titularidad de la garantía del fuero circunstancial que recogen la interpretación inicial y le suman una nueva interpretación, ajustada a la situación actual:

- El fuero circunstancial es una garantía que protege a los trabajadores respecto del empleador con el que tienen una relación laboral directa.
- El fuero incluye a los afiliados a un sindicato, los que se benefician de un convenio colectivo en las hipótesis previstas en la ley y los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, durante el periodo que dure el conflicto colectivo.
- La declaratoria del contrato realidad implica el reconocimiento de todos los derechos laborales que deriva la condición de trabajador directo de una empresa, lo que incluye el fuero circunstancial, es

decir, la protección a aquellos trabajadores sindicalizados o no que le presenten a su empleador un pliego de peticiones de no ser despedidos sin justa causa.

- Para la existencia del fuero circunstancial no es necesario que los trabajadores estén formalmente vinculados con el verdadero empleador.
- Las relaciones triangulares ejecutadas de forma irregular no tienen la eficacia jurídica de impedir la negociación colectiva entre el empleador y sus verdaderos trabajadores.