

NATURALEZA, CARACTERIZACIÓN Y LÍMITES

de la **intermediación** y
la **tercerización laboral**
en el **sector portuario**
en **Colombia**



Documento

Naturaleza, Caracterización y Límites de la Intermediación y la Tercerización Laboral en el Sector Portuario en Colombia

Organización implementadora

Partners of the Américas

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, Oficial de Monitoreo y Evaluación

Jaime Triana Ciodaro, Oficial de 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

Enrique Borda Villegas, Consultor Senior. Borda Asociados y Consultores S.A.S

Jairo Molina Sánchez, Consultor

Orlando Sarmiento Torres, Consultor

Primera edición: 2023**Edición, Diseño & Diagramación:**

www.Pataleta.net

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	5
OBJETIVO	6
CONTEXTO	7
ACRÓNIMOS	8
1 FORMALIDAD E INFORMALIDAD LABORAL	9
Relación entre informalidad, intermediación y tercerización laboral	10
2 INTERMEDIACIÓN LABORAL	13
¿Qué es la intermediación laboral?	14
¿En qué casos se pueden contratar los servicios de las EST?	15
Labores ocasionales, accidentales o transitorias	16
Reemplazo de personal	16
Incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías y los períodos estacionales de cosechas	17
Elementos para una intermediación laboral legal	18
Intermediación laboral ilegal	19
Elementos legales a tener en cuenta por los actores del sector portuario frente a la intermediación laboral	20
Para los trabajadores	20
¿Qué puedo hacer si la EST no me garantiza los derechos que tengo como trabajador en misión?	22

Para las empresas	23
¿Qué consecuencias puede tener un empresario si incurre en intermediación laboral ilegal?	24
Para las entidades públicas encargadas de la inspección, vigilancia y control en los puertos, frente a la intermediación laboral	25

3

TERCERIZACIÓN LABORAL 27

¿Qué es la tercerización laboral?	28
-----------------------------------	----

Elementos para establecer si una tercerización laboral es legal o ilegal: criterios que se deben tener en cuenta	31
---	-----------

1. Derechos laborales individuales y colectivos	31
2. Autonomía técnica y directiva, capacidad operativa y estructura propia del tercero	33
3. Subordinación laboral	35

Comparativo entre formas permitidas y prohibidas de tercerización laboral	36
--	-----------

Elementos legales para los actores del sector portuario frente a la tercerización laboral	38
--	-----------

Para los trabajadores	38
-----------------------	----

¿Qué hacer en caso de que no le garanticen los derechos que tiene como trabajador vinculado por el tercero?	40
---	----

Para las empresas	41
-------------------	----

¿Qué consecuencias puede tener un empresario que incurre en tercerización laboral ilegal?	42
---	----

Para las entidades públicas encargadas de la inspección, vigilancia y control en los puertos, frente a la tercerización laboral	43
---	----

BIBLIOGRAFÍA	47
---------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

Este documento presenta, en primer lugar, un breve contexto del sector portuario en Colombia, seguido de una descripción de la formalidad e informalidad laboral y el rol frente a esta última, de la intermediación y la tercerización laboral.

Continúa con el concepto y alcance de la intermediación y la tercerización laboral a partir de las normas que las regulan y los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y la Corte Constitucional (CC). Asimismo, se exponen elementos que permiten evidenciar posibles escenarios en los que estas figuras son utilizadas de forma ilegal.

Adicionalmente, se entregan elementos a tener en cuenta por los actores principales del sector portuario para prevenir el uso incorrecto de la intermediación y la tercerización laboral.

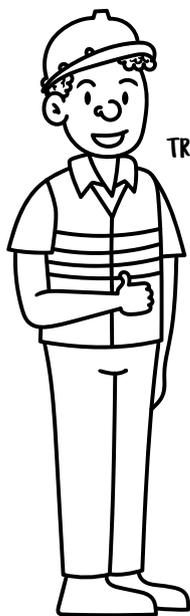
El desarrollo de este instrumento tuvo como base la compilación de líneas jurisprudenciales de la CSJ y la CC por parte de la Universidad Nacional de Colombia, en el marco del desarrollo del estudio denominado "Evaluación Integral sobre las barreras para el cumplimiento de las leyes nacionales relacionadas con derechos laborales reconocidos internacionalmente en el sector portuario de Colombia" . *

* Contrato CP-OC- 2022 012 suscrito entre la Universidad Nacional de Colombia y Partners of the Americas Inc, Sucursal Colombia.

OBJETIVO

Este documento busca facilitar el diálogo entre trabajadores, empleadores y autoridades competentes en relación con la intermediación y tercerización laboral.

Para lograrlo, se ofrecen lineamientos a partir de las normas y precedentes jurisprudenciales para facilitar la identificación de las circunstancias en que estas figuras son utilizadas de manera ilegal. El propósito es contribuir en la garantía de la protección de los derechos de los trabajadores y en la reducción de la informalidad laboral.



TRABAJADORES



EMPRESARIOS



GOBIERNO

CONTEXTO

La Ley 1 de 1991 introdujo un nuevo modelo de gestión portuaria en Colombia, conforme al cual el Estado puede ceder la explotación, operación de las actividades y de la infraestructura de los puertos a empresas privadas, mixtas o públicas a través de contratos de concesión.

Mediante la concesión portuaria, se permite a las sociedades portuarias ocupar y utilizar «*en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para la construcción y operación de un puerto [o gestionar su administración] a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación*». A su vez, estas sociedades pueden prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria.

Por otro lado, tenemos a los operadores portuarios que prestan sus servicios en los puertos, de cargue y descargue, almacenamiento, practicaje, remolque, estiba y desestiba, manejo terrestre o porteo de la carga, dragado, clasificación, reconocimiento y usería.

En el marco del contexto descrito y cuando las sociedades u operadores contratan servicios o personal para llevar a cabo sus actividades, recurren al uso de la intermediación y la tercerización laboral. A pesar del buen uso y de las buenas prácticas de los distintos actores del sector portuario, cabe señalar que, en algunas ocasiones, la intermediación y la tercerización laboral se han utilizado en detrimento de los derechos de los trabajadores.

Por esta razón, este documento brinda orientación para identificar la intermediación y tercerización laboral ilegales en el sector, como una forma de contribuir en el propósito de evitar que se utilicen estas figuras en detrimento de los derechos de los trabajadores.

ACRÓNIMOS

ARL	Administradora de riesgos laborales
CC	Corte Constitucional
CGP	Código General del Proceso
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CST	Código Sustantivo del Trabajo
DANE	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
EPS	Entidades promotoras de salud
EST	Empresas de servicios temporales
MDT	Ministerio del Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
SL	Sala Laboral
UGPP	Unidad de gestión pensional y parafiscales

1

NM32 68 3
2378

FORMALIDAD E INFORMALIDAD LABORAL

Relación entre informalidad, intermediación y tercerización laboral

La intermediación y la tercerización laboral, cuando no son utilizadas según lo establecido en las normas laborales, pueden contribuir a la informalidad laboral, precarizando y desconociendo los derechos de los trabajadores. Para comprender cómo se manifiesta esto, es crucial reconocer las principales diferencias entre la formalidad y la informalidad laboral:

FORMALIDAD LABORAL

Corresponde al desarrollo de la actividad humana del trabajo en condiciones de:



Acceso al Sistema de Seguridad Social



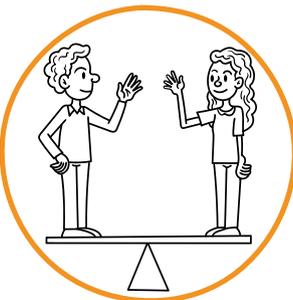
Trabajo digno



Pago de un ingreso justo



Desarrollo personal e integración social



Igualdad de trato y oportunidades



Pago de prestaciones sociales



Garantía de derechos y principios fundamentales del trabajo



INFORMALIDAD LABORAL[∞]

Corresponde al desarrollo de la actividad humana del trabajo en condiciones de:



Inestabilidad, precarización y desprotección



Trabajo por fuera de las condiciones establecidas en la normativa



No pago de prestaciones sociales



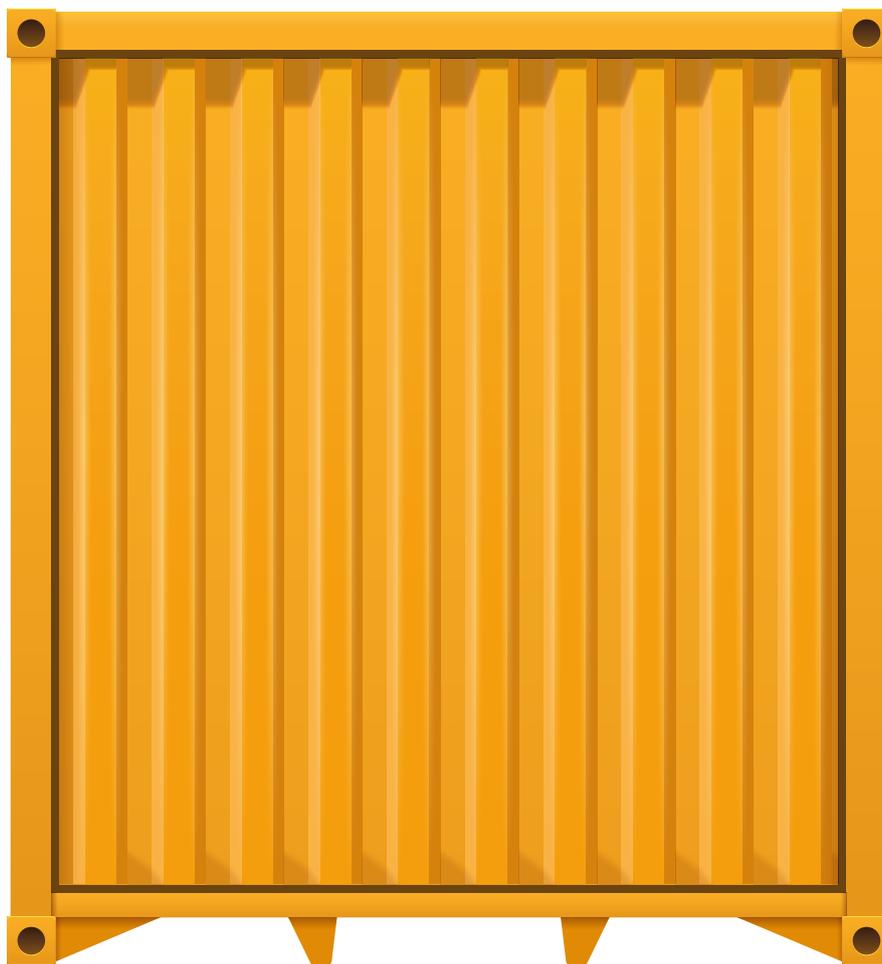
Ausencia de cobertura del Sistema de Seguridad Social



Desconocimiento de derechos laborales

[∞] La Organización Internacional de Trabajo (OIT) y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) describen las características de la informalidad en los siguientes informes:

- OIT. *En América Latina y el Caribe hay 130 Millones de trabajadores en la informalidad*. (Oficina Regional para América Latina y el Caribe (FORLAC), OIT, 2013). https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_244404/lang--es/index.htm
- DANE. *Boletín técnico. Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Agosto-octubre de 2022*. (Bogotá, DANE, 12 de diciembre de 2022), 13-14.



2

NM3268 3
2378

INTERMEDIACIÓN LABORAL

¿Qué es la intermediación laboral?

La intermediación laboral es aquella relación triangular en la que se contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de unas actividades y en la que participan: las empresas de servicios temporales (EST), la empresa usuaria, que solicita los servicios de la EST, y los trabajadores en misión.

EMPRESA USUARIA

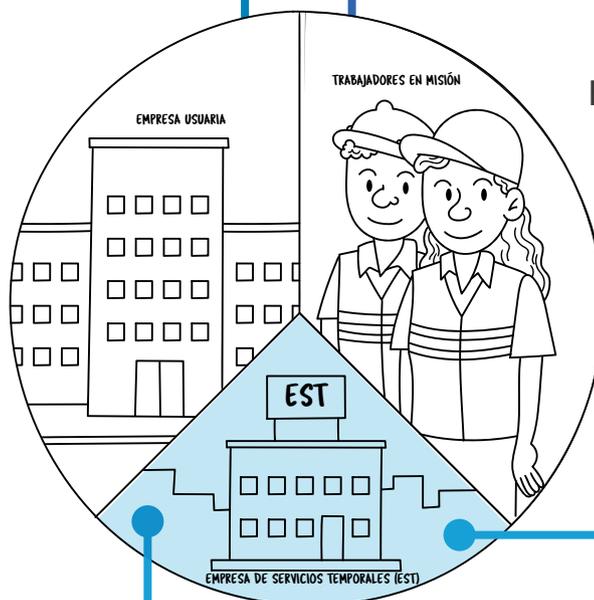
Persona natural o jurídica que contrata servicios de las EST para el suministro de trabajadores.

TRABAJADORES EN MISIÓN

Son los trabajadores de las EST enviados en misión a las empresas usuarias para realizar unas actividades específicas, por un tiempo determinable, en unas situaciones excepcionales, y solo en los casos en los que la ley lo permite.

EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES (EST)

Empresas habilitadas por el Ministerio del Trabajo (MDT) para ofrecer suministro temporal de trabajadores a otras empresas únicamente en los casos contemplados por la Ley*.



Las EST deben contar con la capacidad legal para prestar servicios de intermediación que tienen por objeto únicamente «la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales». Para ello, las EST deben contar con la autorización por parte del MDT para su funcionamiento.

* (Art. 71, Ley 50 de 1990).

¿En qué casos se pueden contratar los servicios de las EST?

De acuerdo con lo establecido por la ley*, existen tres casos específicos en los que se pueden contratar los servicios de las EST:

CASOS PERMITIDOS

LABORES OCASIONALES, ACCIDENTALES O TRANSITORIAS



Son labores distintas a las actividades normales de la empresa. Su desarrollo no supera un mes.

REEMPLAZO DE PERSONAL



Para realizar reemplazo de trabajadores en vacaciones, o en licencia de incapacidad o maternidad.

INCREMENTO EN LA PRODUCCIÓN, TRANSPORTE, VENTAS O PERÍODOS DE COSECHAS



Cuando se requiere incremento de personal para atender picos de producción. El término es de máximo seis meses prorrogables hasta por otros seis.

* Art. 77 de la Ley 50 de 1990.

Labores ocasionales, accidentales o transitorias



Una empresa de transporte de carga necesita un arreglo de pintura en sus oficinas. Esta tarea tomará un máximo de quince días con un solo trabajador.

Para este caso puntual, se tiene una labor distinta a los servicios de transporte y carga que presta la empresa, pues necesita pintar la oficina y esta es una labor que no supera el mes.

Reemplazo de personal



El trabajador del área de compras de la empresa Almacenes S.A. sufre un accidente y es incapacitado durante cuatro meses.

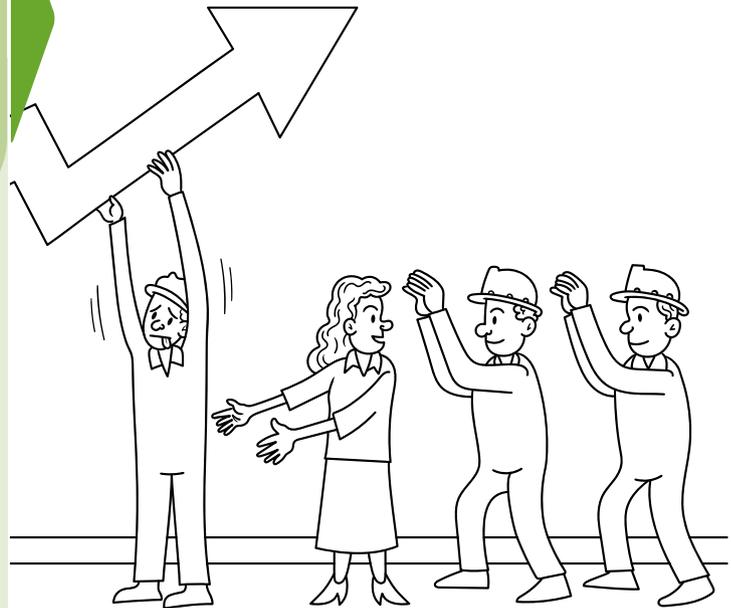
En este caso, la empresa encuentra que el trabajador no estará por el término de la incapacidad y puede solicitar, durante ese tiempo, los servicios de una EST, para reemplazar temporalmente al trabajador que sufrió el accidente, mientras este se reintegra a sus labores.

Incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías y los períodos estacionales de cosechas

Una compañía contrata a una EST para vincular personal de apoyo que colabore en la producción ante el incremento de pedidos recibidos para la temporada navideña.

Las empresas eventualmente podrían requerir colaboración adicional, en ciertos momentos de sus picos de su producción. La norma permite contratar los servicios de las EST, estableciendo un límite temporal de máximo seis meses, prorrogables por otros seis meses.

Lo anterior conlleva a que las empresas no puedan contratar EST en temporadas distintas citando esta causal, como, por ejemplo, en períodos normales de producción (CSJ SL17025-2016).



Elementos para una intermediación laboral legal

TAXATIVIDAD

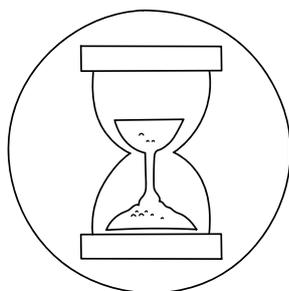


Determina que la intermediación laboral sólo está permitida en estos casos:

- Labores ocasionales
- Reemplazos
- Incremento en la producción.



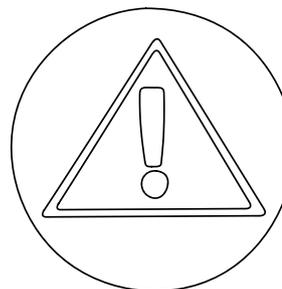
TRANSITORIEDAD



Los servicios prestados por las EST son temporales para atender necesidades y requerimientos puntuales y transitorios. Por esta razón si la necesidad de la empresa dentro del marco legal supera el año (seis meses prorrogables hasta por otros seis), esta deja de ser ocasional y se considerará permanente, caso en el que las EST no podrán prestar sus servicios*.

* CSJ, SL 4330 de 2020.

EXCEPCIONALIDAD



Determina que las EST solo pueden desarrollar labores en circunstancias excepcionales** y no pueden cubrir necesidades permanentes de las empresas usuarias o sustituir personal de forma permanente***.

** CSJ, SL 3520 de 2018.

*** CSJ, SL 467 de 2019.



Intermediación laboral ilegal

La intermediación laboral es ilegal cuando:

La compañía que presta el servicio de intermediación no se encuentra constituida como EST*.



* Art. 71 y 72,
Ley 50 de 1990.

La EST presta sus servicios fuera del marco establecido en el art. 77 de la Ley 50 de 1990.



Se pretende cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria al:

Permanecer vinculado por más de un año con la misma EST, siendo el límite un término de seis meses prorrogables hasta por otros seis meses.



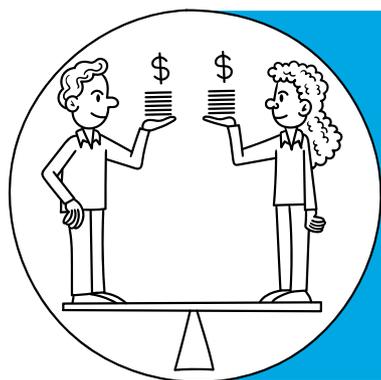
Estar vinculado permanentemente por medio de varias EST como trabajador, prestando sus servicios en todo tiempo a la misma empresa usuaria.



Elementos legales a tener en cuenta por los actores del sector portuario frente a la intermediación laboral

PARA LOS TRABAJADORES

SEÑOR TRABAJADOR: tenga en cuenta que si usted está contratado por medio de una EST para ofrecer sus servicios a una empresa usuaria, usted tiene derecho a:



**RECIBIR
UN SALARIO
ORDINARIO,
PRESTACIONES
SOCIALES Y
VACACIONES**

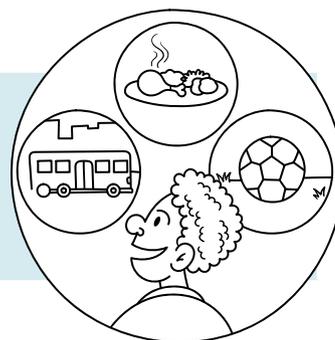
El salario debe ser equivalente al que reciben los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñan la misma actividad, aplicando las escalas de antigüedad vigentes en la empresa.

Reconocimiento y pago de prima de servicios, cesantías, intereses sobre las cesantías y demás prestaciones sociales a las que haya lugar.

Disfrute de vacaciones.

**BENEFICIOS DE TRANSPORTE,
ALIMENTACIÓN Y RECREACIÓN**

Debe corresponder a lo que reciban los trabajadores de la empresa usuaria.





PAGO DE APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL

Que se le realicen los aportes a seguridad social de acuerdo con la totalidad de los ingresos constitutivos de salario percibidos en el mes, tales como salario, horas extras, recargos nocturnos, comisiones, entre otros; así como por los demás factores que son parte de la base de cotización de conformidad con lo establecido en las normas de la protección social.

ESTAR EN RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Estar en régimen contributivo de la seguridad social, esto es: contar con una afiliación activa al sistema de salud, a través de una entidad prestadora de salud (EPS); al fondo de pensiones de su preferencia para garantizar la cobertura de la contingencia de vejez, invalidez o muerte, estar asegurado en riesgos laborales, a través de una administradora de riesgos laborales (ARL), para que, en caso de ocurrencia de una enfermedad o accidente de trabajo, pueda acceder a los servicios médicos y a los auxilios económicos a que haya lugar.

Contar con la afiliación a la caja de compensación familiar para tener acceso a los beneficios por subsidios, recreación, educación y crédito.



HACER PARTE O CONFORMAR ORGANIZACIONES SINDICALES

Para promover el diálogo social que permita mejorar las condiciones laborales.

¿Qué puedo hacer si la EST no me garantiza los derechos que tengo como trabajador en misión?

Existen dos mecanismos que permiten reclamar la protección de sus derechos:

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA ANTE EL MDT

Podrá interponer una querrela ante el MDT cuando considere que se está frente a un posible incumplimiento de la normatividad relativa a intermediación laboral.



DEMANDA JUDICIAL ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA

Así mismo, ante la posible vulneración de sus derechos laborales por encontrarse vinculado mediante alguna forma ilegal de intermediación laboral, podrá acudir ante un Juez Laboral, para que se le restablezcan sus derechos.

En ambos casos, es necesario presentar pruebas documentales, testimonios u otros elementos contemplados por la ley* para demostrar el incumplimiento o la violación de sus derechos.

* Art. 165, CGP.



Si la EST no le realiza los pagos de seguridad social de acuerdo con los ingresos que percibe mensualmente, puede presentar una denuncia ante la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP, adjuntando las pruebas que demuestren esos ingresos que no están siendo tenidos en cuenta para el cálculo de la cotización a salud y pensión.



PARA LAS EMPRESAS

SEÑOR EMPRESARIO DEL SECTOR PORTUARIO: reconociendo el esfuerzo que realiza por generar empleo y progreso a nuestro país, en concordancia con la formalidad y la paz laboral, no está de más esclarecer unos lineamientos para el correcto uso de la intermediación laboral, así:

- La intermediación laboral puede ser contratada únicamente a través de EST, autorizadas por el MDT.
- Las EST no pueden prestar servicios a empresas usuarias con las que tengan vinculación económica* y se encuentren en condición de subordinación (subordinadas o controladas por grupos empresariales).
- Usted es garante de los derechos de los trabajadores enviados en misión, no solo como una formalidad más, sino mediante una verificación efectiva de que se estén pagando los salarios, las prestaciones y la afiliación y pago de la planilla de seguridad social de forma adecuada, completa y oportuna.
- Si la necesidad del trabajador es permanente, se le debe vincular directamente** a la empresa usuaria sin intermediación de una EST.
- Los contratos celebrados a través de la EST deben presentarse por escrito, aclarando que la EST estará sujeta a lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo (CST) para el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores.
- Se debe verificar la vigencia de la póliza de la EST.

* Art. 260 Subordinación, Código de Comercio.

** CC, T-503 de 2015.



¿Qué consecuencias puede tener un empresario si incurre en intermediación laboral ilegal?

Las empresas que incumplan las regulaciones establecidas pueden recibir multas entre uno (1) y cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes o sanciones señaladas en los artículos 485 y 486 del CST, así como las multas dispuestas en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Si se demuestra ante autoridad judicial que la empresa usuaria actúa en realidad como verdadero empleador de los trabajadores enviados en misión, esta puede declarar dicha circunstancia y condenar a la empresa a pagar las sumas que correspondan, de acuerdo con esa declaración y por todo lo que se adeude a tales trabajadores.



PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS ENCARGADAS DE LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL EN LOS PUERTOS, FRENTE A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Es importante que, en cada una de las direcciones y oficinas, el MDT focalice el encadenamiento de servicios en cada puerto, atendiendo a los criterios que permiten identificar la intermediación ilegal y que, en ejercicio de sus competencias, inicie los correspondientes procesos administrativos sancionatorios contra las empresas en las cuales advierta la posible existencia de estos fenómenos de ilegalidad. Además, puede adelantar los procedimientos para alcanzar los acuerdos de formalización que se logren concertar con las empresas.

En escenarios de diálogo social tripartito en cada puerto, es posible adelantar un mapeo completo de los escenarios de la intermediación. Esto brinda seguridad jurídica, tanto a los empresarios como a los trabajadores, al determinar quiénes son los verdaderos empleadores y al reconocer la existencia de las EST autorizadas por el MDT para brindar dichos servicios.

Asimismo, aunado a los criterios de la Resolución 2021 de 2018 del MDT, por la cual se establecen lineamientos para la inspección, vigilancia y control del MDT, se debe hacer énfasis en la verificación de los elementos dados por las sentencias de la SL de la CSJ, especialmente:

- TAXATIVIDAD
- TRANSITORIEDAD
- EXCEPCIONALIDAD



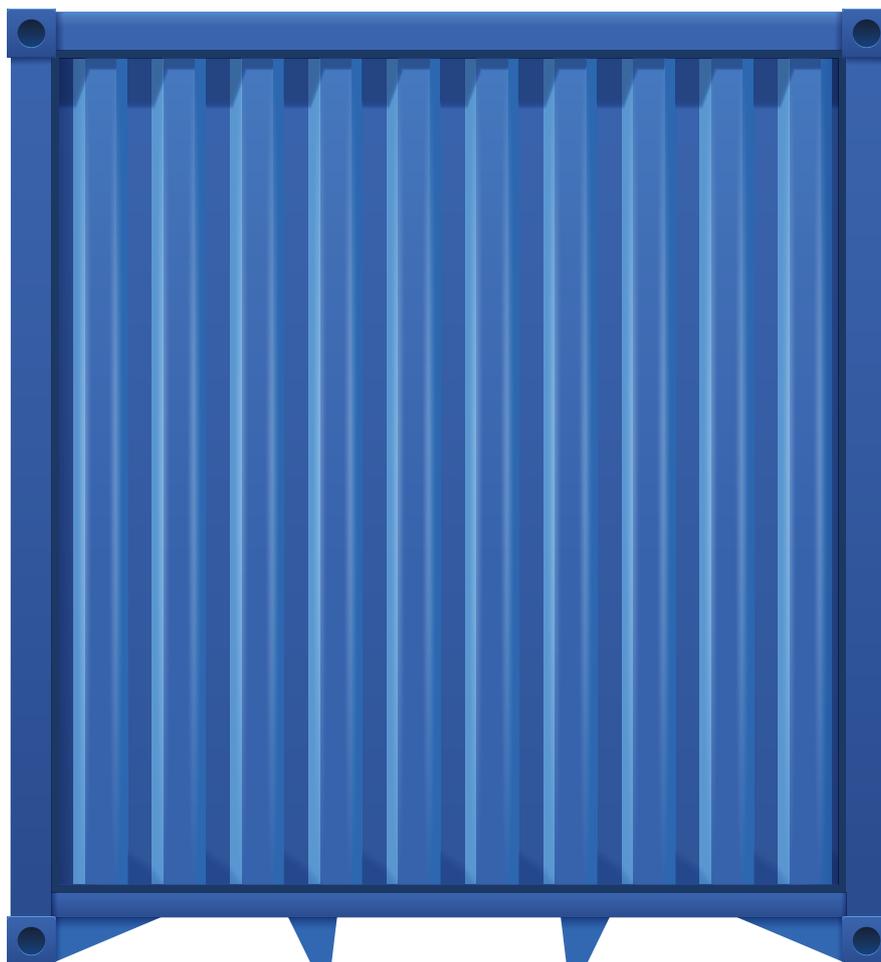
TAXATIVIDAD



TRANSITORIEDAD



EXCEPCIONALIDAD



3

NM3268 3
2378

TERCERIZACIÓN LABORAL

¿Qué es la tercerización laboral?

La tercerización laboral se presenta cuando por razones objetivas técnicas y productivas, un empresario principal contrata a otro empresario (persona natural o jurídica denominada tercero o contratista independiente) para que le suministre un producto o un servicio necesario para alcanzar sus objetivos empresariales. Este tercero cumple su objeto de manera autónoma, con sus propios medios y contratando a los trabajadores que requiere para el efecto.

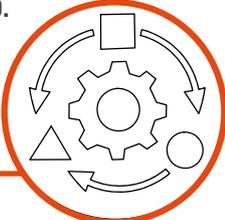
En este sentido, la CSJ, en Sentencia SL 467 de 2019 definió la tercerización como: «un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo».

En Sentencia SL 4479 de 2020, la CSJ destacó los fines con los que ha sido empleada la tercerización en el contexto de una economía globalizada:

(i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que, debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

La transferencia a un tercero de actividades que solían llevarse a cabo por la empresa principal, debe sustentarse en razones objetivas, técnicas y productivas* que revelen la necesidad de adoptar esta estrategia para:

● **Adaptación a dinámicas del mercado.**



● **Asimilar los avances tecnológicos.**



● **Aumento de la competencia comercial.**



* Sentencia SL 467 de 2019 de la CSJ.

TERCERIZACIÓN LABORAL LEGAL



TERCERIZACIÓN LABORAL LEGAL

La tercerización se debe cumplir dentro del marco normativo para evitar abusos que puedan vulnerar los derechos y garantías de los trabajadores.



Ejemplo: una empresa dedicada a la administración de bienes inmuebles (**empresario principal**) contrata a otra empresa (**tercero o contratista independiente**) para que preste los servicios de aseo y cafetería en sus oficinas. La última empresa mencionada presta dichos servicios con el personal que ella contrata directamente y frente al cual ejerce la subordinación; asimismo, presta estos servicios con autonomía frente al empresario principal, asumiendo los riesgos de la actividad y contando con todos los medios propios necesarios para el efecto, tales como capital y estructura empresarial independiente.

Elementos para establecer si una tercerización laboral es legal o ilegal: criterios que se deben tener en cuenta

1. Derechos laborales individuales y colectivos

Para que se cumpla con este criterio, se debe constatar que en la aplicación de la tercerización se respeten todos los derechos laborales individuales y colectivos de los trabajadores que son vinculados por el tercero o contratista independiente. Se debe verificar, entonces, que el uso de la figura no tiene la finalidad de desmejorar las condiciones del personal que vincula el tercero o contratista independiente.

Al respecto, la CSJ en Sentencia SL 467 de 2019, señaló que:

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.

EJEMPLO DE TERCERIZACIÓN LABORAL LEGAL: Una empresa dedicada al ensamble de vehículos automotores (**empresario principal**) contrata con otra empresa (**tercero o contratista independiente**) el suministro de las llantas de caucho que requiere; siempre que no se haya identificado, en ese caso específico, el desconocimiento o desmejora de los derechos laborales de los trabajadores que desarrollan sus actividades para el fabricante de llantas.



CUÁNDO ES ILEGAL LA TERCERIZACIÓN LABORAL CONFORME A ESTE CRITERIO

Debe analizarse no solamente la posible desmejora de derechos individuales de los trabajadores que laboran para el tercero, sino la que se puede presentar en su capacidad para el ejercicio de los derechos colectivos, tales como la asociación sindical y la negociación colectiva.

En los casos en que se llegue a verificar que la tercerización se ha utilizado como una estrategia con el fin de desconocer o disminuir los derechos de los trabajadores, se estará ante una tercerización ilegal.

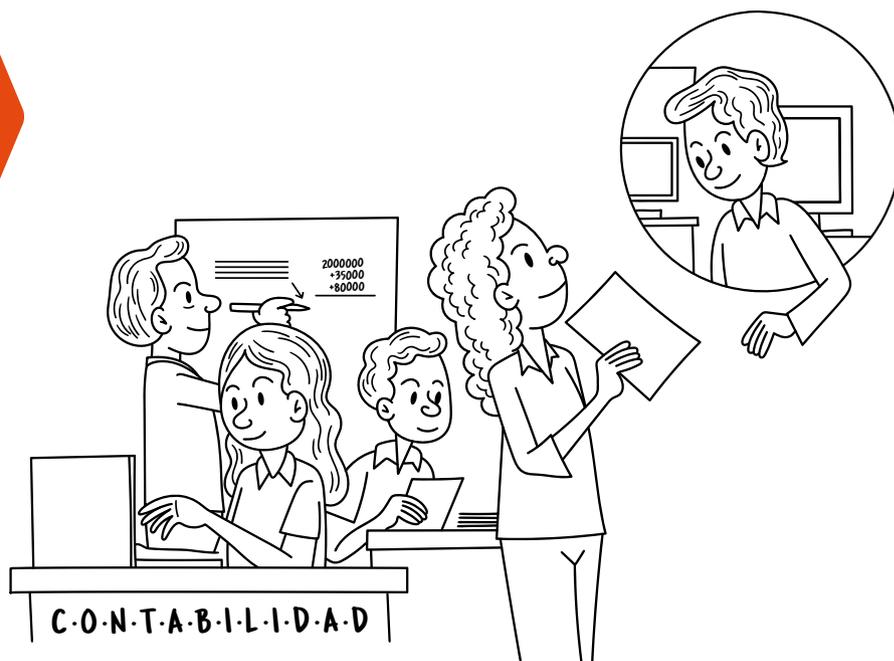
2. Autonomía técnica y directiva, capacidad operativa y estructura propia del tercero

El modelo de tercerización permitido en Colombia se concreta en la posibilidad de que el tercero o contratista independiente **suministre un producto o un servicio** al empresario principal, asumiendo todos los riesgos propios de esa actividad y que además la realice con sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y directiva, tal como lo señala el inciso 1 del artículo 34 del CST. Debe verificarse entonces que el tercero o contratista independiente cuente con los siguiente elementos*:



* Sentencia SL 4479 de 2020 de la CSJ.

EJEMPLO DE TERCERIZACIÓN LABORAL LEGAL: Una empresa dedicada a la comercialización de productos de tecnología (**empresario principal**) contrata a una empresa (**tercero o contratista independiente**) para llevar su contabilidad. Para la prestación de estos servicios contables, el contratista independiente cuenta con autonomía técnica y directiva respecto al empresario principal, asume los riesgos de la actividad desarrollada y, además, cuenta con los medios de producción, estructura empresarial y capital propios, capacidad para prestar el servicio por sí mismo y trabajadores (contadores, abogados, auxiliares administrativos, etcétera) que laboran directamente para él.



CUÁNDO ES ILEGAL LA TERCERIZACIÓN LABORAL CONFORME A ESTE CRITERIO

Quando el tercero no cuenta con los elementos señalados en la página anterior y se limita a contratar personal para trabajar bajo la supervisión del empresario principal, se incurre en una tercerización laboral ilegal*, pues en ese caso se está ejerciendo es el **suministro de personal** o intermediación laboral, la cual solo puede realizarse a través de EST**.

Esta práctica es una simulación mediante la cual el empresario principal busca beneficiarse del trabajo de las personas, sin vincularlas directamente y desentendiéndose de las obligaciones laborales que le corresponden.

* Sentencia SL 4479 de 2020

** Artículo 77 de la Ley 50 de 1990

3. Subordinación laboral

¿Quién ejerce en realidad la subordinación laboral respecto de los trabajadores vinculados por el tercero?

Cuando el tercero o contratista independiente contrata trabajadores para realizar actividades dentro de su propia capacidad operativa y estructural, asume legítimamente el rol de empleador. Cuando se cumple con este criterio, los empresarios principales no tienen una relación laboral directa con tales trabajadores sino, exclusivamente, una relación comercial con los terceros o contratistas independientes y por lo tanto, los empresarios principales no ejercen ningún tipo de subordinación sobre estos trabajadores.



CUÁNDO ES ILEGAL LA TERCERIZACIÓN LABORAL CONFORME A ESTE CRITERIO

En la tercerización laboral legal se verifica que el tercero, efectivamente, ejerza subordinación sobre los trabajadores contratados y que no lo haga el empresario principal. Si se incumple esta condición, se incurre en una tercerización laboral ilegal, ya que se estaría ante un **suministro de personal**, para que realice labores bajo la dirección y supervisión del empresario principal, actividad que solo las EST están autorizadas a desarrollar y en las específicas condiciones señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

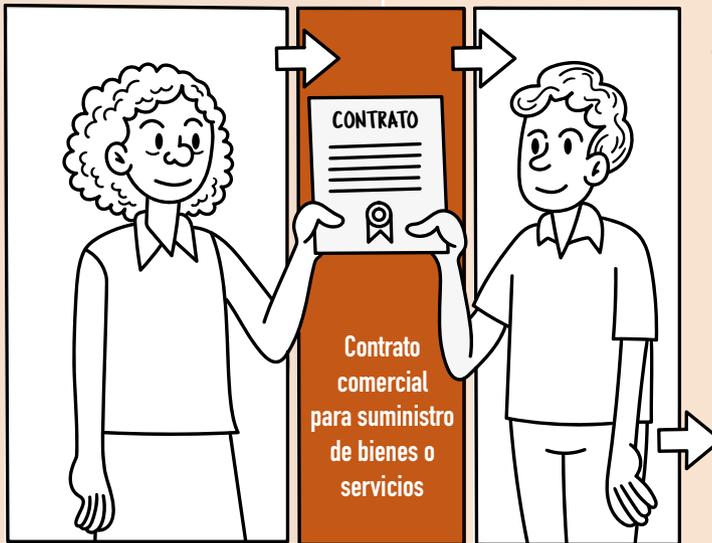
EJEMPLO DE TERCERIZACIÓN LABORAL LEGAL: una empresa de construcción (**empresario principal**) contrata a otra empresa (**tercero o contratista independiente**) para que realice el estudio de suelos en un lote en el que planea levantar una edificación. El contratista independiente contrata, a su vez, al personal (geólogos, topógrafos, etc.) que requiere para el desarrollo de la tarea y solo él ejerce subordinación sobre ellos sin que, por otra parte, el constructor ejerza ningún tipo de subordinación sobre dicho personal.

Comparativo entre formas permitidas y prohibidas de tercerización laboral

TERCERIZACIÓN LABORAL LEGAL

EMPRESARIO PRINCIPAL

TERCERO O CONTRATISTA INDEPENDIENTE*



Requiere un producto o servicio para cumplir objetivos empresariales

Persona natural o jurídica que suministra los productos o servicios requeridos por el empresario principal. Contrata al personal que necesita para poder cumplir con dicho suministro de bienes o servicios.

* Artículo 34 del CST.

Elabora los bienes o presta los servicios por su propia cuenta con **criterios de autonomía empresarial:**

1. Autonomía técnica y directiva
2. Medios de producción propios
3. Capital propio
4. Estructura empresarial propia
5. Capacidad productiva
6. Asunción de los riesgos de la actividad
7. Trabajadores bajo su subordinación



TRABAJADORES: Trabajan para el tercero

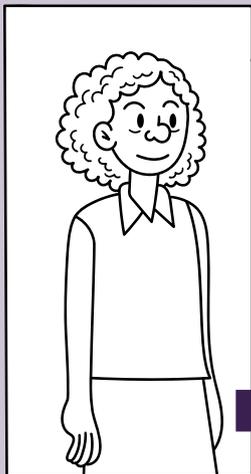


TERCERIZACIÓN ILEGAL

Trabajadores vinculados por el tercero con derechos individuales y/o colectivos **limitados**

EMPRESARIO PRINCIPAL

TERCERO QUE EN REALIDAD **NO ES** INDEPENDIENTE



Subordinación

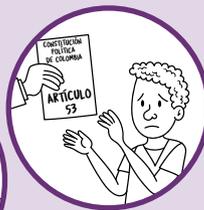


- ▲ Este tercero no es un verdadero empresario que produce un bien o presta un servicio por su propia cuenta.
- ▲ Se limita a gestionar la contratación de trabajadores para que laboren para el empresario principal.
- ▲ En ocasiones, este tercero incluso vincula a los trabajadores originales del empresario principal para que aparezcan como supuestos trabajadores suyos.

▲ Carece de uno o varios de los **criterios de autonomía empresarial**:

1. Autonomía técnica y directiva
2. Medios de producción propios
3. Capital propio
4. Estructura empresarial propia
5. Capacidad productiva
6. Asunción de los riesgos de la actividad
7. Trabajadores bajo su subordinación

TRABAJADORES **SIN** DERECHOS LABORALES

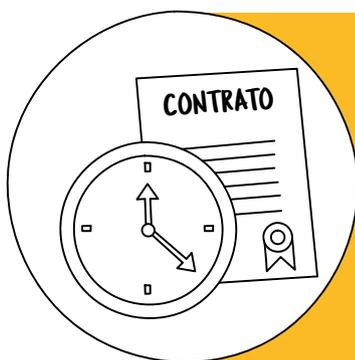


La tercerización también es ilegal en cualquier caso en el que se determine que la contratación a través de un tercero tiene como finalidad la de desconocer, disminuir o dificultar el ejercicio de derechos laborales individuales o colectivos de los trabajadores tercerizados.

Elementos legales para los actores del sector portuario frente a la tercerización laboral

PARA LOS TRABAJADORES

SEÑOR TRABAJADOR: si usted es un trabajador contratado por un operador portuario o una empresa que presta servicios en puerto, quien a su vez produce un bien o presta un servicio para un empresario principal, tenga en cuenta que tiene derecho a:



UN CONTRATO DE TRABAJO CORRESPONDIENTE A LA VERDADERA DURACIÓN Y NATURALEZA DE LAS ACTIVIDADES QUE DESARROLLA

Se debe ofrecer la remuneración correspondiente y garantizar el cumplimiento de sus derechos laborales.

Contrato a término indefinido, término fijo, obra o labor, ocasional.



RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES

Prima de servicios, cesantías e intereses sobre las cesantías, dotaciones y demás a las que haya lugar.

Disfrute de vacaciones.



CONTAR CON RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Incluye acceso a salud (EPS), Fondo de Pensiones y aseguramiento frente a Riesgos Laborales (ARL).



HACER PARTE O CONFORMAR ORGANIZACIONES SINDICALES

Para promover el diálogo social que permita mejorar las condiciones laborales.

Tenga en cuenta que quien está facultado para ejercer la subordinación sobre usted, dándole órdenes, dirigiendo y supervisando su trabajo es el tercero o contratista independiente, no el empresario principal para quien dicho tercero presta un servicio o produce un bien.

Percátese de que la circunstancia de trabajar para un tercero y no directamente para el empresario principal, no tenga la finalidad de desmejorar sus derechos y garantías laborales. Por ejemplo, observe si hay trabajadores del empresario principal que desarrollan sus mismas labores y tienen mejores condiciones o que, en caso de haber sido inicialmente trabajador del empresario principal, al pasar a serlo del tercero, cumpliendo las mismas labores de antes, no se vean desmejoradas sus condiciones laborales.

¿Qué hacer en caso de que no le garanticen los derechos que tiene como trabajador vinculado por el tercero?

Existen dos mecanismos que permiten reclamar la protección de sus derechos:

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA POR MEDIO DEL MDT



DEMANDA JUDICIAL ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA



En ambos casos, debe procurar demostrar el incumplimiento o la violación de sus derechos con pruebas tales como documentos, testimonios y las demás previstas en la ley*.

* Art. 165, CGP.

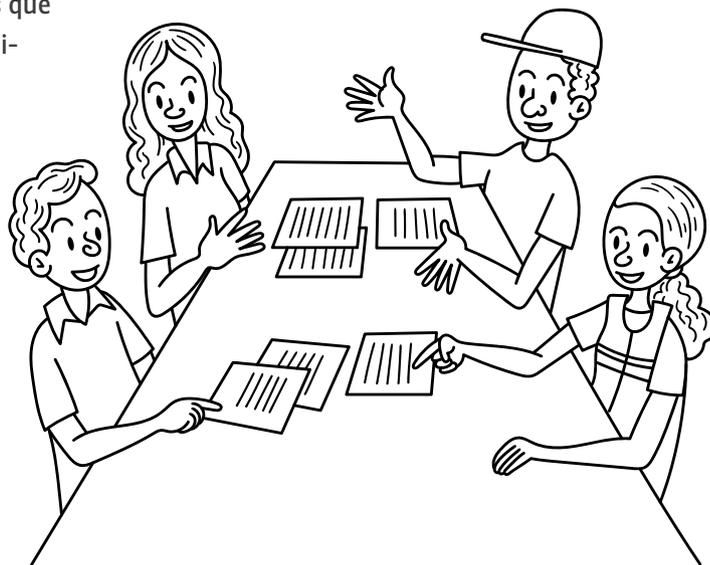
PARA LAS EMPRESAS

SEÑOR EMPRESARIO DEL SECTOR PORTUARIO: reconociendo, una vez más, los esfuerzos adelantados para la generación de empleo y el desarrollo económico y social del país, es relevante señalar las siguientes sugerencias para el correcto uso de la tercerización laboral:

- Justificar con razones objetivas, técnicas y productivas, la necesidad de transferir a un tercero las actividades previamente desarrolladas al interior de la estructura empresarial principal.
- No utilizar la tercerización como mecanismo para evadir la contratación directa de personal.
- No ejercer actos de subordinación sobre el personal del tercero o contratista independiente.
- Respetar la autonomía técnica y directiva del tercero.

Las sociedades portuarias y operadores de primer nivel pueden incluir en sus plantillas a trabajadores que desempeñen actividades permanentes. Es posible adelantar acuerdos de formalización laboral en las diferentes direcciones territoriales del MDT.

Las sociedades portuarias y operadores de primer y segundo nivel deben determinar y tomar las medidas necesarias, ya sea en diálogo social o con el MDT, para identificar los casos en que se evidencie tercerización laboral ilegal en sus contratos.



¿Qué consecuencias puede tener un empresario que incurre en tercerización laboral ilegal?

El empresario principal y el tercero que incurran en tercerización ilegal pueden ser sancionados por el MDT con multas de uno (1) hasta cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes, de conformidad con lo establecido en los artículos 485 y 486 del CST.

El MDT sanciona, pero la regulación es establecida por la Ley y se tienen en cuenta lineamientos de la CSJ.

Si se demuestra ante autoridad judicial que el empresario principal actúa en la realidad como un verdadero empleador de los trabajadores contratados por el contratista independiente o tercero, ésta puede declarar dicha circunstancia y condenarlo a pagar las sumas que correspondan, de acuerdo con esa declaración y por todo lo que le adeude a tales trabajadores.

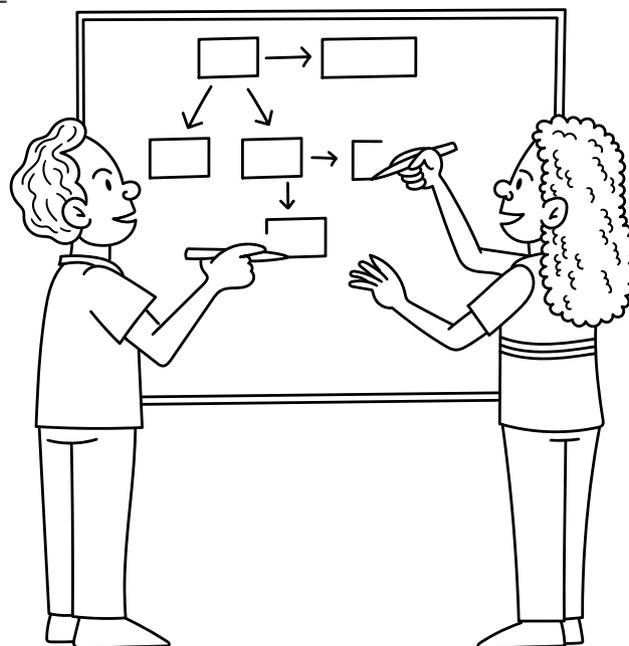


PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS ENCARGADAS DE LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL EN LOS PUERTOS, FRENTE A LA TERCERIZACIÓN LABORAL

En cada una de las direcciones y oficinas, el MDT puede focalizar el encadenamiento de servicios en cada puerto con el fin adelantar los procesos administrativos correspondientes y aplicar las sanciones contra las empresas que hagan uso ilegal de la tercerización. También debe realizar los procedimientos necesarios para lograr los acuerdos de formalización que se puedan concertar con las empresas.

En escenarios de diálogo social tripartito en cada puerto, es posible adelantar un mapeo completo de los escenarios de la tercerización, que permita a los empresarios tener seguridad jurídica en sus diferentes roles y a los trabajadores determinar con claridad quiénes son sus verdaderos empleadores.

Las entidades públicas también deben verificar que los elementos que garantizan la tercerización legal se cumplan.



Las entidades públicas competentes pueden tener en cuenta los siguientes elementos para identificar si se encuentran ante un posible caso de tercerización ilegal y adelantar las actuaciones que correspondan en el ejercicio de sus funciones:

- Verificar que la tercerización no sea usada para desmejorar o reducir los **derechos individuales y colectivos de los trabajadores.**



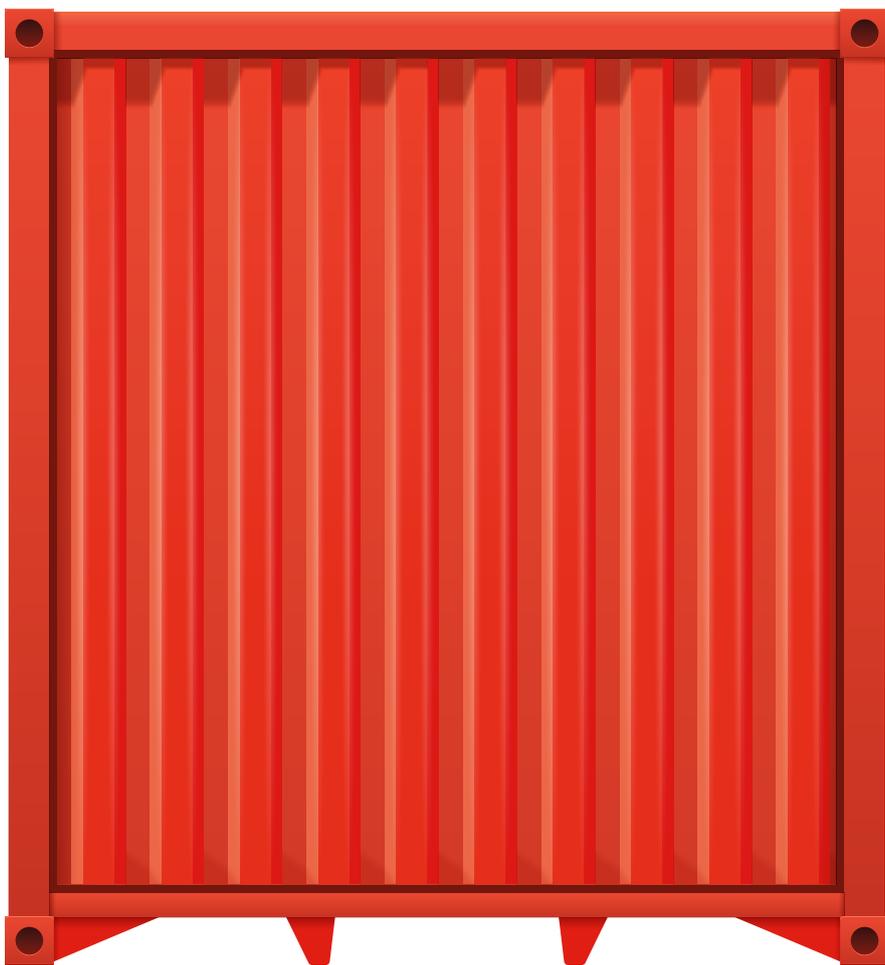
- Verificar que la tercerización de las actividades se sustente en **razones objetivas, técnicas y productivas.**



- Constatar que el tercero realmente es un empresario que de manera independiente suministra bienes o servicios para el empresario principal, que no es un simple intermediario que gestiona la contratación de personal y que cumpla con los **critérios de autonomía empresarial**.



- Constatar si el empresario principal ejerce respecto de los trabajadores vinculados por el tercero acciones tales como la exigencia del cumplimiento de órdenes o directrices, la imposición de reglamentos o de medidas disciplinarias.



BIBLIOGRAFÍA

Presidente de la República (5 de agosto de 1950). Decreto Ley No 2663, Código Sustantivo del Trabajo. Recuperado de: http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Congreso de la República (29 de diciembre de 2010). Ley 1429 de 2010, Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39430>

Ministerio del Trabajo (9 de mayo de 2018). Resolución 2021 de 2018, por el [sic] cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Recuperado de: <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/58634564/Resolucio%CC%81n+2021+de+2018.pdf>

Congreso de la República (28 de diciembre de 1990). Ley 50 de 1990, Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=281>

Congreso de la República (10 de enero de 1991). Ley 1 de 1991, Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67055>

Congreso de la República (12 de julio de 2012). Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (24 de abril de 1997) Sentencia radicación No. 9435 [MP. Francisco Escobar Henríquez] Recuperado de: https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_laboral_e_no_9435_de_1997.aspx#/

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (22 de febrero de 2006) Sentencia radicación No. 25.517 [MP. Carlos Isaac Nader] Recuperado de: https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_laboral_e_no_25717_de_2006.aspx#/

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (5 de noviembre de 2014) Sentencia SL 16404-2014 [MP. Gustavo Hernando López]. Recuperado de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/babr2015/SL16404-2014.pdf> 36

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (16 de noviembre de 2016) Sentencia SL 17025 de 2016 [MP. Clara Cecilia Dueñas]. Recuperado de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bdic2016/SL17025-2016.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (1 de marzo de 2017) Sentencia SL 3563 de 2017 [MP. Clara Cecilia Dueñas]. Recuperado de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/may2017/SL3563-2017.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (6 de febrero de 2019) Sentencia SL 467 de 2019 [MP. Clara Cecilia Dueñas]. Recuperado de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bfeb2019/SL467-2019.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (21 de octubre de 2020) Sentencia SL 4330 de 2020 [MP. Clara Cecilia Dueñas]. Recuperado de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bfeb2021/SL4330-2020.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (4 de noviembre de 2020) Sentencia SL 4479 de 2020 [MP. Clara Cecilia Dueñas]. Recuperado de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bfeb2021/SL4479-2020.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (15 de agosto de 2018) Sentencia SL 3520 de 2018 [MP. Clara Cecilia Dueñas]. Recuperado de: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/boct2018/SL3520-2018.doc>

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (6 de agosto de 2015). Sentencia T-503 de 2015 [MP. Maria Victoria Calle]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-503-15.htm>

Compilación. *Principales pronunciamientos judiciales referentes a la intermediación y la tercerización laboral en Colombia. Jurisprudencia y precedente.* Partners of the Americas.





PARTNERS *of the* **AMERICAS**

Connect • Serve • Change Lives

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.

 @ColombiaPuertos

 @ColombiaPuertos

 @ColombiaPuertos

 @ColombiaPuertos

