



Facultad de Derecho

Especialización en Derecho Administrativo

**Derechos vulnerados con la tercerización laboral en las
Empresas Sociales del Estado**

Anderson Becerra García

Santiago de Cali, Marzo de 2019



Facultad de Derecho

Especialización en Derecho Administrativo

**Derechos vulnerados con la tercerización laboral en las
Empresas Sociales del Estado**

Anderson Becerra

Escrito en la modalidad de ensayo jurídico para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo

Asesor:

Santiago de Cali, Marzo de 2019

Contenido

| | Pág. |
|--|-------------|
| Resumen..... | 4 |
| Abstract..... | 5 |
| Introducción..... | 6 |
| Marco de Referencia | 12 |
| Tercerización Laboral..... | 14 |
| Que derechos se vulneran con la tercerización laboral en las Empresas Sociales del Estado..... | 18 |
| Riesgos de los trabajadores vinculados por medio de la figura de intermediación laboral | 32 |
| Conclusiones..... | 35 |

Resumen

El objetivo de esta investigación fue determinar si el Hospital Luis Ablanque de la Plata de Buenaventura, Empresa Social del Estado ha dado acatamiento a la Ley 1429 de Formalización y Generación de Empleo, expedida en el año 2010 y si ha utilizado la tercerización laboral como reducción de costos a beneficio de la economía contractual del estado.

Para ello se llevó a cabo una investigación jurídico –descriptiva, donde se tuvo en cuenta la Constitución Nacional como norma de normas, leyes, decretos y jurisprudencia referentes al tema.

Se pudo determinar que la tercerización es una figura legal, pero está condicionada a que sólo puede utilizarse cuando la empresa no puede cumplir con las actividades contratadas o cuando las actividades que contrata no son permanentes. Sin embargo, se observa que algunas Empresas Sociales del Estado – ESE, a pesar de que la Ley 1429 de 2010 establece límites para las actividades tercerizadas, han abusado de la contratación por medio de esta figura, aprovechando su autonomía como empresa descentralizada y permiso que le otorga la ley para hacerlo, lo que ha derivado en la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores.

El Hospital Luis Ablanque de la Plata de Buenaventura no es la excepción, debido a que tiene más personal tercerizado que contratado directamente, agravando la situación de pauperización laboral que se vive en el puerto de Buenaventura actualmente.

Palabras claves: tercerización, Empresas Sociales del Estado, deslaboralización, derechos laborales.

Abstract

The objective of this investigation was to determine if the Luis Ablaque de la Plata Hospital of Buenaventura, Social Enterprise of the State has complied with Law 1429 of Formalization and Employment Generation, issued in 2010 and if it has used labor outsourcing as a reduction of costs to benefit the contract economy of the state.

For this, a legal -descriptive investigation was carried out, which took into account the National Constitution as a norm of norms, laws, decrees and jurisprudence related to the subject.

It could be determined that outsourcing is a legal figure, but it is conditional on that it can only be used when the company can not comply with the contracted activities or when the activities it contracts are not permanent. However, it is observed that some State Social Enterprises - ESE, despite the fact that Law 1429 of 2010 establishes limits for outsourced activities, have abused the hiring by means of this figure, taking advantage of their autonomy as a decentralized company and permit that it is granted the law to do so, which has resulted in the violation of workers' labor rights.

The Luis Ablaque de la Plata Hospital in Buenaventura is not the exception, due to the fact that it has more outsourced personnel than directly hired, aggravating the current situation of pauperization in the port of Buenaventura.

Key words: outsourcing, State Social Enterprises, de-labor, labor rights.

Introducción

La tercerización laboral se ha venido generalizando para referirse a la contratación de servicios, involucrando la vinculación indirecta de trabajadores, e identificando dos actividades diferenciadas por la Organización Internacional del Trabajo y la legislación colombiana.

La legítima tercerización se define como la acción de acudir a una agencia externa o un tercero, para llevar a cabo una función que originalmente desempeñaba una compañía, en la que el tercero debe asumir por su cuenta y riesgo los servicios prestados; contar con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales; ser responsable por los resultados de las actividades que realiza y tener a los trabajadores que contrata bajo su exclusiva subordinación (Castañeda, 2016).

Esta actividad, generalmente la desarrollan los contratistas independientes, las cooperativas de trabajo asociado, las empresas asociativas de trabajo y el contrato colectivo sindical, en actividades que tienen relación con servicios generales.

En la actualidad la utilización de la figura de tercerización laboral ha aumentado por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado de manera irresponsable, lo que ha ocasionado que el gobierno nacional por medio del decreto 583 del 2016 busque evitar el abuso de los derechos constitucionales, legales y prestacionales de los trabajadores en actividades misionales, contratados bajo esta modalidad.

Ahora bien, se entiende intermediación laboral como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones, de acuerdo a lo establecido en los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, con el fin de garantizar la debida protección de los derechos del trabajador misionales, entendiéndose por tal, los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

Es menester precisar, que la Ley 1429 del 2010 reglamenta la prohibición a las cooperativas de trabajo de hacer intermediación laboral, la cual busca el envío de trabajadores en gestión a terceros y de vinculación que afecten los derechos constitucionales y laborales; así las cosas el propósito de este escrito, es investigar si la empresa social del estado garantiza el trabajo digno y la formalización de las relaciones laborales mediante compromisos eficaces y vinculación del personal de contratos a términos fijos e indefinidos en los términos de ley.

Con ello se quiere conocer si el Hospital Luis Ablanque de la Plata de Buenaventura, Empresa Social del Estado ha dado acatamiento a la Ley 1429 de Formalización y Generación de Empleo, expedida en el año 2010 y si ha utilizado la tercerización laboral como reducción de costos a beneficio de la economía contractual del estado.

Para lograr lo anterior, se plantean tres objetivos específicos, determinar qué es tercerización laboral; identificar qué derechos puede vulnerar esta figura en los

trabajadores de la Empresa Social del Estado Hospital Luis Ablanque de la Plata de Buenaventura y conocer los riesgos afrontan los trabajadores vinculados a través de figuras de intermediación laboral

Para ello se tuvo en cuenta la aplicación de una metodología de tipo jurídico - descriptivo, con una investigación del tipo básica, a través del análisis de conceptos jurídicos (Constitución, leyes, sentencias y doctrina), además del conocimiento de la experiencia de los trabajadores, en cuanto a contratación laboral utilizada por el Hospital Luis Ablanque de la Plata de Buenaventura.

Antecedentes

La tercerización, tuvo su origen a finales de los 70 y principio de los 80, que se propuso como una estrategia para salvar el capital de empresas grandes que se encontraban al borde de la quiebra, como consecuencia de la recesión mundial, sin embargo, se ha convertido en una limitante para el desarrollo laboral, especialmente para ejercer el libre derecho de asociación sindical (Castillo & Nuñez, 2014).

La subcontratación o tercerización (outsourcing) es el proceso económico en el cual una empresa mueve o destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas hacia una empresa externa por medio de un contrato (Terán, 2014). Se define como la gestión o ejecución permanente de una función empresarial por un proveedor externo de servicios. La empresa sub contratante deberá transferir parte del control administrativo y operacional a la empresa subcontratada, de modo que ésta pueda realizar su trabajo apartada de la relación normal de la empresa sub contratante y sus clientes. La subcontratación también implica un alto grado de intercambio de información, coordinación y confianza. Las organizaciones recurren al outsourcing para minimizar costos, mejorar la eficiencia y concentrarse en aquellas actividades que dominan mejor y constituyen la base de su negocio (Bernal, García, Gómez, Marín, & Barreño, 2012).

En la actualidad muchos empleadores tienen la duda de si es viable tercerizar en Colombia y si lo llega a ser ¿Qué actividades se pueden tercerizar?, estas dudas se

derivan de multas impuestas recientemente a reconocidas empresas por realizar indebida tercerización.

El 8 de junio de 2011 el gobierno expidió el decreto 2025, que reglamentó parcialmente el artículo 63 de la Ley 1429 en lo relativo a las cooperativas. Sin embargo, no reglamentó otras formas de tercerización ilegal, lo que se consideró una falla en la normatividad, debido a que se dio continuidad a la tercerización ilegal a través de otras formas jurídicas como las SAS, fundaciones, contratos sindicales, que fue lo que finalmente sucedió. En cinco años nunca se expidió un decreto regulador de esas otras formas de tercerización, por lo tanto, el Ministerio de Trabajo no actuó y los empresarios se adaptaron recurriendo a otros proveedores de trabajadores (Agencia de Información Laboral [AIL], 2016).

Teniendo en cuenta los vacíos del anterior decreto 2025, en fecha 29 de noviembre de 2013 el Ministerio de Trabajo expidió el decreto 2798, que en su artículo 1º señaló:

En los términos de la Ley 1429 de 2010 está prohibido el uso de sociedades, asociaciones, corporaciones, fundaciones y la contratación de servicios de colaboración o manejo de recurso humano, Empresas de Servicios Temporales, Compañías de Servicios de Colaboración, o personas naturales, que utilicen modalidades de vinculación que impliquen desconocimiento o violación de derechos laborales constitucionales, legales y extralegales, de carácter individual o los

colectivos de 8 asociación sindical, negociación y huelga. Esta prohibición se aplica a instituciones y empresas públicas y privadas (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2013).

Para resumir, el decreto 2798 prohibió la tercerización de actividades misionales y permanentes si no cumplían las normas laborales, es decir, permitió la tercerización de trabajadores bajo cualquier modalidad y para cualquier tipo de actividad, siempre que se cumplieran normas laborales.

Lo último que se tiene en materia de la tercerización laboral es la expedición del Decreto 583 de 8 abril de 2016 del Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamentó el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 que regula la contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado y otras modalidades de contratación y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015 en cuanto a los aspectos generales de las investigaciones administrativas sancionatorias sobre tercerización laboral ilegal, no sin antes tener en cuenta las propuestas presentadas por las centrales sindicales, y también los empresarios dieron a conocer su postura frente al tema, exigiendo que se derogara el artículo 63 de la Ley 1429, pero hasta el momento no se ha logrado tal fin (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2013).

Marco de Referencia

Contratista independiente: Los conceptos de contratista independiente, simple intermediario y trabajador en misión, son los descritos por el Código Sustantivo del Trabajo en los Artículos 34 y 35 y el Artículo 74 de la Ley 50 de 1990 respectivamente.

Intermediario: El Decreto define como beneficiario aquel que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o la prestación un servicio por parte de un proveedor. Y por proveedor aquel que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo. Así mismo se señala que tanto el proveedor como el beneficiario pueden tener cualquier modalidad de vinculación contractual, social o corporativa (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

Trabajador en misión: En el numeral 5º del artículo sobre definiciones se estableció el concepto de Actividad Misional Permanente así: “Se entienden como actividades misionales permanentes aquellas directamente relacionadas con la producción de los bienes o servicios característicos de la empresa, es decir las que son esenciales, inherentes, consustanciales, o sin cuya ejecución se afectaría la producción de los bienes o servicios del beneficiario (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

Beneficiario y proveedor: El numeral 6º indica que por Tercerización Laboral se entienden: “los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumpla con las normas laborales vigente” y a reglón seguido establece que la tercerización laboral se torna ilegal cuando coincidan dos elementos:

“Vinculación de persona para actividades misionales permanentes a través de un proveedor”.

“La forma en que se vincula el personal afecta derechos, constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes” (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

Este concepto también se torna problemático en primer lugar, porque según lo expuesto en él, un proceso de tercerización laboral que inicialmente puede ser totalmente legal, puede volverse ilegal en caso de que exista un incumplimiento de las normas laborales vigentes por parte del proveedor del servicio, así dichas normas no tengan relación alguna con la actividad contratada o con la forma de contratación y en segundo lugar, en la determinación de cuándo se está frente a una actividad misional permanente.

Tercerización Laboral

El Outsourcing laboral o tercerización laboral se refiere a la tercerización de la mano de obra, o parte de ella, es decir, cuando la empresa busca proveedores externos para las áreas que en las que no son los mejores, o en las que un tercero puede ofrecer mayor calidad o productividad (Gerencie.com, 2019).

Como la tercerización laboral en Colombia se ha desdibujado y se utiliza generalmente para evadir obligaciones laborales y no para mejorar los procesos, entonces la ley se encargó de regular el tema. En consecuencia, la tercerización laboral debe hacerse bajo el estricto cumplimiento de su objetivo, de manera que no se convierta en una simple intermediación laboral, algo que la legislación laboral colombiana considera indebido (Gerencie.com, 2019).

La tercerización laboral es válida y legal siempre que se utilice para realizar actividades que no son propias del giro ordinario de la empresa, sino que corresponda a actividades excepcionales o especializadas que permitan a la empresa una mejor gestión de su producción (Gerencie.com, 2019).

Para que en Colombia la tercerización sea legal debe ajustarse a lo dispuesto en normas como: la Ley 1429 de 2010, la Ley 1438 de 2011, el Decreto 2025 de 2011 y el

Decreto 583 de 2016, el Código Sustantivo del Trabajo, entre otros y cumplir los siguientes requisitos:

- Que se tercericen actividades que no son propias del desarrollo del negocio de la empresa.
- Que el tercero sea especializado en el servicio contratado.
- Que el tercero tenga autonomía sobre los trabajadores que ejecutarán el contrato.
- El tercero debe contratar a sus propios trabajadores
- Los trabajadores del tercero no deben estar subordinados a la empresa.
- El tercero asume los riesgos derivados de las tareas contratadas.
- El tercero debe proveer los elementos necesarios para ejecutar las tareas contratadas (Gerencie.com, 2019).

Es importante anotar que los anteriores requisitos no son una camisa de fuerza, sino que sirven para orientar la comprensión de lo que realmente sucede con la tercerización.

Según Calle y Vieco (2017), además de las regulaciones o reglamentaciones particulares de cada una de las modalidades de tercerización, y debido al constante abuso por parte de las empresas al vincular su personal mediante dichas figuras, o en razón a la acción irresponsable de crear Cooperativas de Trabajo Asociado para sacar provecho de ellas, por medio de la Ley 1429 del 2010 en el artículo 63 se prohibió la

contratación de personal a través de Cooperativas de Trabajo Asociado o cualquier otro medio de vinculación de intermediación laboral considerado como violatorio de derechos laborales y constitucionales.

Dicha prohibición se establece en los siguientes términos:

ARTÍCULO 63. CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes (Colombia. Congreso de la República, 2010).

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo (Colombia. Congreso de la República, 2010).

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales

vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley (Ministerio del Trabajo, 2015).

El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave (Colombia. Congreso de la República, 2010).

Para reglamentar el artículo citado anteriormente y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015 se expidió para en el año 2016 el Decreto 583, el cual agrega un capítulo nuevo al Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo denominado “DE LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL SOBRE LA TERCERIZACIÓN LABORAL”, con el propósito de hacer más eficiente e integral la inspección laboral y de esta forma impedir las violaciones a los derechos laborales de las personas contratadas por medio de la utilización de alguna de las modalidades descritas

Que derechos se vulneran con la tercerización laboral en las Empresas Sociales del Estado.

Los hospitales públicos que contratan a través de la figura de la tercerización laboral, sin el cumplimiento pleno de la ley 1429 del año 2010, van en contravía de aquellos derechos y principios consagrados en la constitución política, que es norma de normas y su acatamiento es obligatorio, por tal motivo se abordará el estudio desde su génesis.

La Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional un elenco de principios que, a pesar de parecer reiterativos de los estipulados en el Código Sustantivo del Trabajo de 1950, han dado lugar al desarrollo de la jurisprudencia constitucional y han permitido actualizar las instituciones jurídico-laborales clásicas para acercarlas al modelo constitucional del Estado Social de Derecho.

Estos principios constituyen la base del Derecho del Trabajo y su determinación como disciplina autónoma, que se ocupa de regular las relaciones capital-trabajo. A continuación en la tabla 1, se presentan los principios fundamentales mínimos que deben regular las relaciones laborales.

Tabla 1. Principios mínimos fundamentales del trabajo

| | Principios |
|---|---|
| PRINCIPIOS MÍNIMOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO (Artículo 53 C. P.) | Igualdad de oportunidades para los trabajadores |
| | Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. |
| | Estabilidad en el empleo. |
| | Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. |
| | Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles. |
| | Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. |
| | Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales |
| | Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario. |
| | Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. |
| | El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales |

| | Principios |
|--|---|
| | Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna |
| | La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. |

Fuente: elaboración propia

Los anteriores principios se explican de la siguiente manera:

Principio de Favorabilidad: El principio de favorabilidad indica que cuando coexistan normas laborales de distinto origen, que regulan una misma materia y se aplican a la solución del mismo caso, en este evento se aplica la norma más favorable al trabajador. Además, este principio genera la inescindibilidad o conglobamiento, es decir, no se puede extraer de cada norma lo favorable y armar un nuevo texto; solo se puede escoger una norma y aplicarla en su integridad. Sin embargo, saber si una norma es o no favorable a un trabajador no depende de la apreciación subjetiva de los interesados, sino que se resuelve objetivamente en función de los motivos que han inspirado las normas (Barona B., 2010).

La confrontación de las normas debe ser hecha de manera concreta, buscando cuál es la más o menos favorable. Este principio está consagrado en la legislación colombiana de la siguiente manera:

- **Constitución Política** (artículo 53). La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales.

- **Corte Constitucional:** Luego también debe la Corte precisar que el principio de favorabilidad solo se circunscribe a los eventos complejos de los conflictos de normas, pero que dicho principio nunca puede aplicarse en tratándose de la valoración de las pruebas. Por lo tanto, en el evento en el cual las disposiciones que se adopten por parte de los jueces en materia legal, deben aplicarse en su integridad y nunca parcialmente...

Principio de la Primacía de la Realidad: Según el artículo 53 de la Constitución Nacional, entre los principios que debe tener en cuenta la ley que expida el estatuto del trabajo, se enuncia el de: *primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales...* (Barona B., 2010).

Aunque este principio no se haya formulado como tal en la legislación laboral preexistente a la nueva Constitución, su presencia es ostensible en algunas normas, como el artículo 23 del Código Sustantivo que, en su ordinal 2, dispone que una vez reunidos los elementos del contrato de trabajo, se presume que existe este... *y no deja*

de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen... (Barona B., 2010).

La Sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994, proferida por la Corte Constitucional indicó:

...La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (C.P., art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato... (Colombia. Corte Constitucional, 1994)

Principio de la Estabilidad: En Colombia consagran la estabilidad en el empleo los artículos 53 y 125 de la Constitución. El primero es alusivo a todos los trabajadores y el segundo aplicable a los servidores del Estado.

Este principio se erige en factor primordial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se traduce también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado (Colombia. Corte Constitucional, 1992).

Por tal razón, la estabilidad en el empleo tiene un doble fin, derivado del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad.

Principio de Irrenunciabilidad: Uno de los principios enunciados por el artículo 53 de la Constitución es el de “... *Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales...*” (Colombia. Corte Constitucional, 1994).

Se observa, entonces, que la filosofía de la irrenunciabilidad tiene desarrollo legal suficiente, con fundamento en el carácter de orden público que se reconoce a las

normas del trabajo, vale decir, que el cumplimiento de ellas es estimado como esencial para la conservación del orden social (Escobar H., 1991).

Precisamente el carácter protector del derecho del trabajo es de naturaleza compensatoria para tratar de ajustar en beneficio del trabajador, que es la parte débil en la relación laboral, mediante la limitación a la autonomía de la voluntad o contractualismo, la igualdad formal, dada la desigualdad real.

Por ello la jurisprudencia de la Corte Constitucional afirma que:

No se concibe que pueda contratar en igualdad de condiciones con su empleador, así que deben dictarse normas que amparan al trabajador y estén por encima de la voluntad de trabajador y patrono (Colombia. Corte Constitucional, 1992).

Por eso se da por reconocida la inferioridad negocial de parte del trabajador y por el carácter alimentario de la retribución derivada del trabajo se afirma el estado de necesidad y cuánto más en una situación como la colombiana en la cual la oferta de empleo es mayor que la demanda (Colombia. Corte Constitucional, 1992).

Principio del Mínimo vital: El mínimo vital es, sin lugar a dudas, un principio constitucional que debe ser garantizado por el Estado. Consiste en mantener la

capacidad adquisitiva de los trabajadores en aras de no desmejorar su calidad de vida; lo que se busca es dar la opción de progreso.

Este principio se encuentra consagrado, como primera medida, en la Constitución Política de Colombia, Art. 53, el cual le da a éste una connotación de 263 principio fundamental y es del siguiente tenor: el Congreso expedirá el Estatuto del Trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo... Al respecto la Corte se ha manifestado diciendo que:

El mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario, sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante, su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano (Colombia. Corte Constitucional, 1998).

A rango de los derechos laborales, es necesario remitirse al Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social:

Artículo 13 Código Sustantivo Del Trabajo. **MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS.** Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo. Estos mínimos derechos y garantías son: salario, auxilio de transportes, horas extras, horas diurnas, horas extras nocturnas, recargo nocturno, dominicales, festivas, prima, cesantías, vacaciones, intereses de las cesantías, seguridad social en salud, seguridad social en pensiones y seguridad social en riesgos profesionales (Herrera, s.f.):

Conforme a lo anterior, la Ley 1424 del 2010. Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010 “por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo”.

Esta ley se crea con el fin de lograr la formalización laboral, en ella se dispuso que el personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes (Colombia. Ley 1424, 2010)

Igualmente, el Decreto 583 del 2016 Ministerio de Trabajo. Abril 8 del 2016.” *Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto*

Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015 “

Este decreto busca la aplicación de las normas laborales vigentes en los procesos administrativos de inspección, vigilancia y control de todas modalidades de vinculación diferentes a la contratación directa del trabajador (Giraldo, 2018).

Estos son los principios mínimos que deben regular las relaciones laborales, los cuales todo trabajador, tanto público como privado debe tener como garantía de sus derechos constitucionales a un trabajo digno.

En este sentido, las Empresas Sociales del Estado de acuerdo con lo manifestado en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, numeral 6, tienen un régimen de contratación privado, son entidades descentralizadas con autonomía propia administrativa, técnica y financiera y para definir su estructura organizacional están en libertad de contratar con terceros. Sin embargo, esta autonomía no puede ir en contra de los derechos y principios estipulados en la Constitución, como es por ejemplo el derecho a un trabajo digno.

De acuerdo al Decreto Ley 1298 de 1994, artículo 98, una tercera parte de los miembros serán del sector político administrativo, otra tercera parte sector científico de la salud y la tercera parte restante designada por la comunidad (Ramírez & Gallego, 2016).

Esta contratación con terceros aplica:

- En actividades que requieran conocimientos especializados
- Cargos o funciones que el personal de planta de la ESE no pueda llevar a cabo
- Actividades Organizadas en un servicio, se terceriza la prestación integral del servicio (Muñoz, s.f.)

La potestad de contratar a terceras personas para su funcionamiento que se le otorgó en el artículo 59 de la ley 1438 de 2011 a las Empresas Sociales del Estado – ESE fue condicionada por la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, en la cual se manifiesta que dicha contratación solo podrá hacerse siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad o cuando dichas funciones no puedan llevarse a cabo por personal de planta de la ESE, o se requieran conocimientos especializados (Colombia. Corte Constitucional, 2012).

Las ESE que contratan un operador de servicio debe demostrar que no puede prestar dicho servicio que el personal de planta que tiene, que no cuenta con personal especializado para ejercer las funciones y prestar el servicio contratado, no permitir que este modelo operativo sea un mecanismo para burlar los derechos laborales, por lo tanto, debe exigir que el operador vincule a su personal a la seguridad social integral y pague las respectivas prestaciones; ya que al ser contratado por medio de un operador, dicho trabajador pierde la oportunidad de tener un empleo público (Consultor Salud, 2018).

Al observar que en las Empresas Sociales del Estado se ha venido popularizando dicha modalidad de contratación en forma indiscriminada, la Procuraduría General de la

Nación por medio de la Circular 008 de 2013, reiteró el llamado a los organismos de control del Estado para actuar en forma oportuna, para impedir se aplique abusivamente figuras válidas constitucionalmente como el contrato de prestación de servicio, mediante el cual se promueven procesos de deslaboralización y tercerización, con miras a asegurar a los trabajadores las condiciones legales mínimas que contemple la ley, y garantizar la protección de los derechos laborales de los trabajadores.

La Procuraduría fue enfática al observar lo manifestado por la Corte Suprema cuando indica:

.... (i) la posibilidad ilimitada de contratar con terceros tareas que correspondan a funciones propias o permanentes de las Empresas Sociales del Estado, vulnera el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, y pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público; (ii) las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente para atender y desarrollar sus funciones de carácter permanente, que son su responsabilidad; (iii) la garantía de eficiencia no debe implicar la contratación de servicios de las funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado; y (v) por tanto, la posibilidad ilimitada de contratación de la prestación de las funciones propias de las Empresas Sociales del Estado con terceros, como lo establece la norma

demandada, no puede ser la regla, pues contraría la Carta Política (Consultor Salud, 2018)

Sin embargo, en visita al Hospital Luis Ablanque de la Plata, se habló con el Gerente Silvio Arboleda, quien corroboró que el personal contratado no cumple con esta condición, ya que se contrata personal de enfermería, técnicos o tecnólogos en salud para operar en servicios como laboratorio, Rayos X, enfermería, etc., por medio de terceros, empresas temporales o Cooperativas de Trabajo Asociado, sabiendo que estas funciones por tratarse de una institución de salud son permanentes porque son la razón de ser de la Institución y esenciales para la prestación del servicio.

La ley establece que el 33% son puestos políticos, el 33% científicos y salud y el 33% comunidad, sin embargo en este Hospital existe aproximadamente un 35% de personal político administrativo y el 65% restante se hace por medio de la tercerización o contratación con terceros, aún de actividades permanentes como la atención en salud, vulnerando a todas luces la constitución y las leyes laborales que establecen el derecho a un trabajo digno y seguridad social para el trabajador.

Con lo anterior se corrobora que las ESE, en este caso el Hospital Luis Ablanque de la Plata de Buenaventura en su sistema de contratación está abusando del derecho que tienen de contratar con terceros, utilizando en forma indiscriminada la tercerización, violando sistemáticamente el derecho de los trabajadores a un empleo y salario dignos, debido a que en estos casos, los salarios de las personas contratadas

directamente por el Hospital son mayores a los devengados por los trabajadores vinculados a las cooperativas o tercerizados.

Riesgos de los trabajadores vinculados por medio de la figura de intermediación laboral

Sea que se le defina como externalización de actividades, externalización de trabajadores, tercerización, intermediación ilegal todas estas llevan consigo por lo menos 7 riesgos para los trabajadores, estos son los riesgos a los que el Decreto 583 expone a los trabajadores*.

• **El riesgo de la deslaboralización o informalización laboral:** Este se entiende como la ausencia del contrato de trabajo en la prestación laboral, Pero, también puede concebirse como la inexistencia parcial de estos derechos, se dé o no un contrato laboral, en cuyo caso se podría hablar de grados de deslaboralización o informalización laboral (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

• **El riesgo de los bajos ingresos laborales:** A medida que las empresas acuden a la subcontratación, y en particular a la laboral, con el propósito de reducir el nivel general de sus costos, no ha de sorprender que los ingresos laborales de los trabajadores “involucrados en la subcontratación” sean bajos, y mucho más que el de todos aquellos que no lo estén. A menudo no perciben todas las prestaciones legales y, prácticamente nunca, los beneficios materiales adicionales que brindan las convenciones colectivas (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

* Se describen los siete aspectos generales, de los cuales, cuatro, remiten directamente a las principales dimensiones o “elementos fundamentales” de los modelos de trabajo decente más conocidos. Se advierte que en esta descripción se usaron conceptos de subcontratación laboral de cariz jurídico, tomados de Brontein (1999), Ermida y Colotuzo (2009) y Ermida y Orsatti (2009).

- **El riesgo de la desprotección social:** Estas modalidades afectan en grados diversos la protección social (esencialmente, salud, pensión de vejez y subsidios de desempleo) (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

- **El riesgo de la discriminación laboral:** La deslaboralización, con sus consecuencias negativas sobre los derechos laborales y la protección social, configuran de por sí una situación de discriminación frente a los trabajadores que se benefician de un contrato tradicional, sin embargo, esto no es lo único también son excluidos de los posibles beneficios convencionales (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

- **El riesgo de insolvencia del empleador formal:** En general, las empresas o entidades subcontratistas o que intervienen en la intermediación laboral, son mucho más pequeñas, con reducidos activos y rendimientos inferiores, y financieramente más frágiles que las empresas principales que se benefician de este fenómeno (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

- **El riesgo del desempleo recurrente:** La interrupción recurrente de la actividad laboral es un riesgo connatural a todas las demás modalidades vigentes de subcontratación laboral, incluso a la de los trabajadores autónomos. Y si bien todo el empleo en las economías flexibles actuales, está expuesto a frecuentes interrupciones, está claro que el empleo vinculado a la subcontratación y contratación atípica carga con el mayor peso en este riesgo (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

• **El riesgo de la pérdida de los derechos colectivos:** En todas partes, el sindicalismo ha retrocedido ante el avance de la subcontratación y la contratación atípica, y las poblaciones laborales que han caído en su órbita han quedado excluidas, en una gran proporción, del ejercicio del conjunto de los derechos colectivos. La temporalidad, o falta de estabilidad en el empleo (común a todas las modalidades de subcontratación y deslaboralización), es uno de los factores explicativos de esta pérdida de facto de derechos colectivos (Colombia. Ministerio del Trabajo, 2016).

En resumen, los trabajadores tercerizados que laboran en las ESE, específicamente en el Hospital Luis Ablanque de la Plata de Buenaventura, se enfrentan en primer lugar a la violación de sus derechos laborales, comenzando por el de igualdad, ya que sus condiciones de contratación son menos favorables. Los contratos que firman no son durante un tiempo prolongado, ocasionando una constante interrupción lo que deriva en una deslaboralización o riesgo de informalización, el pago que reciben es un salario menor que el del trabajador contratado en forma directa por la empresa, del cual deben cancelar los valores correspondientes a la seguridad social, además, por no estar directamente vinculados a la empresa y no pertenecer al sindicato, los derechos adquiridos por los miembros de éste no se dan para los tercerizados.

Conclusiones

La tercerización laboral por sí sola no es ilegal, pero puede llegar a ser mucho más costosa que la contratación laboral directa si se cumplen con los preceptos actualmente vigentes.

La tercerización laboral no es más que la tercerización de la mano de obra, o parte de ella, donde la empresa busca proveedores externos para las áreas que en las que no son los mejores, o en las que un tercero puede ofrecer mayor calidad o productividad.

Una vez definido el concepto de tercerización laboral, se tiene claro que las Empresas Sociales del Estado - ESE, que contratan bajo la modalidad de tercerización laboral para aminorar el costo de la nómina de la entidad, lo que significa que no se utiliza para mejorar procesos sino para evadir obligaciones laborales, situación está contraria a la Ley.

Concepto que se encuentra errado desde el punto de vista legal, ya que se tiene que la figura de la tercerización laboral, deviene de la actividad o cargo que no preste la entidad, o de prestarlo se contrate para la eficacia del servicio.

En cuanto al grado de responsabilidad legal, no hay duda que responden de manera solidaria, al igual que las cooperativas para el pago de obligaciones laborales de los trabajadores que desarrollan una labor que vincula directamente a las ESE's, por el incumplimiento total o parcial de sus deberes como entidad empleadora, de uno o varios trabajadores que ejecutan la labor en beneficio de las Empresas Sociales del Estado; toda vez que estas labores son ejecutadas por los trabajadores bajo supervisión de los Hospitales Públicos.

Si las Empresas Sociales del Estado continúan sin acatar los lineamientos legales y constituciones para mejorar las condiciones dignas de los trabajadores, seguirá incurriendo en la violación de los derechos fundamentales del personal contratado bajo el fenómeno de la tercerización laboral e incrementará el detrimento patrimonial de los entes territoriales, resultando casi que imposible salir del déficit a raíz de esta mala práctica; por lo tanto le es más oneroso para los municipios y departamentos contratar a través de esta figura que de manera directa con los trabajadores.

Referencias Bibliográficas

- Agencia de Información Laboral [AIL]. (22 de abril de 2016). *Nuevo Decreto 583 sobre tercerización laboral en Colombia: un gran retroceso*. Obtenido de <http://ail.ens.org.co/informe-especial/nuevo-decreto-583-tercerizacion-laboral-colombia-gran-retroceso/>
- Barona B., R. (2010). *Principios del derecho laboral en el sistema jurídico Colombiano*. Obtenido de Criterio Jurídico Garantista Año 2. No. 2. Enero - Junio: http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulo_sgarantista2/16ricardobarona.pdf
- Bernal, C., García, M. C., Gómez, C., Marín, R. E., & Barreño, J. (2012). *Tercerización en salud: ¿tendencia o necesidad?* Obtenido de Universidad CES: Esp. Gerencia de IPS: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/3845/1/Tercerizacion_Salud.pdf
- Calle, M. A., & Vieco, J. (2017). *Tercerización laboral en Colombia: una figura problemática*. Obtenido de Universidad EAFIT: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12174/CalleHernandez_MariaAlejandra_ViecoGiraldo_Juanita_2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Castañeda, J. E. (septiembre de 2016). *La tercerización laboral en Colombia*. Obtenido de Universidad Militar Nueva Granada: Esp. Alta Gerencia: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14489/Casta%F1edaEspinosaJohannaElizabeth2016.pdf;jsessionid=58D9F9085A780F509ADE08605E918FDD?sequence=3>
- Castillo, Y., & Nuñez, T. (2014). *Análisis cualitativo - jurídico de la tercerización laboral en el marco del derecho de asociación sindical en Colombia*. Obtenido de Universidad de Cartagena: Derecho y Ciencias Políticas: <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/1443/1/TESIS%20TERMINADA%20ULTIMA.pdf>
- Colombia. Congreso de la República. (2010). *Ley 1429, por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo*.
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de agosto de 1992). *Sentencia C-479. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo*.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-457. M.P. Ciro Angarita Barón*.

Colombia. Corte Constitucional. (13 de julio de 1992). *Sentencia T-462. M.P. Simón Rodríguez.*

Colombia. Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-555. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Colombia. Corte Constitucional. (13 de mayo de 1994). *Sentencia T-230. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Colombia. Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-011. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.*

Colombia. Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-171. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.*

Colombia. Ley 1424. (2010). *por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.*

Colombia. Ministerio del Trabajo. (29 de noviembre de 2013). *Decreto 2798.*

Colombia. Ministerio del Trabajo. (8 de abril de 2016). *Decreto 583.*

Consultor Salud. (12 de agosto de 2018). *Condicionada operación con terceros en las ESE.* Obtenido de <http://www.consultorsalud.com/condicionada-operacion-con-terceros-en-las-ese>

Consultor Salud. (10 de junio de 2018). *Tercerización laboral. Procuraduría advierte a la salud.* Obtenido de <http://www.consultorsalud.com/tercerizacion-laboral-procuraduria-advierete-la-salud>

Escobar H., F. (1991). *Los principios del derecho laboral en la nueva Constitución Nacional.* Obtenido de Actualidad Laboral. Noviembre - Diciembre.

Gerencie.com. (12 de marzo de 2019). *Outsourcing o Tercerización laboral.* Obtenido de <https://www.gerencie.com/outsourcing-o-tercerizacion-laboral.html>

Giraldo, J. (30 de abril de 2018). *La Ley 1429 será la referencia en el marco jurídico en las contrataciones.* Obtenido de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/ministerio-de-trabajo-derogo-decreto-que-regulaba-a-la-tercerizacion-laboral-2720041>

Herrera, J. (s.f.). *Derechos mínimos y garantías del trabajo.* Obtenido de <https://derecholaboraljovanyherrera.webnode.com.co/derechos-minimos-y-garantias-del-trabajo/>

Ministerio del Trabajo. (25 de noviembre de 2015). *Regímenes Cooperativas de Trabajo Asociado*.

Muñoz, L. M. (s.f.). *Tercerización en las Empresas Sociales del Estado*. Obtenido de Minsalud:
<https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Tercerizaci%C3%B3n%20en%20las%20empresas%20sociales%20del%20estado.pdf>

Ramírez, E., & Gallego, M. (2016). *La contratación en las Empresas Sociales del Estado*. Obtenido de Medellín. Universidad Pontificia Bolivariana: Derecho y Ciencias Políticas:
<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/3134/La%20contrataci%C3%B3n%20en%20las%20empresas%20sociales%20del%20estado.pdf?sequence=1>

Terán, D. M. (2014). *Administración estratégica de la función informática*. México: Alfaomega Editores.

