

# 5

## TERCERIZACIÓN LABORAL EN LOS CONTRATISTAS INSTALADORES DE REDES, A LA LUZ DE LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT, CASO DE ESTUDIO: CLARO COLOMBIA EN CÚCUTA, NS<sup>27</sup>

**Pablo José Pérez Herrera<sup>28</sup>, Mauricio Rafael Pernía Reyes<sup>29</sup>,  
Marcos Rodrigo Cerda Carrasco<sup>30</sup> y Dora Lisbeth Gómez Rodríguez<sup>31</sup>**

<sup>27</sup> Capítulo de libro producto del proyecto de investigación: Estudio comparativo de la tercerización laboral en Colombia y Venezuela. Vinculado al semillero de investigación Laboral Monseñor Romero de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Fecha de inicio: febrero de 2016. Fecha de culminación: febrero de 2017. Tipología Original. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia.

<sup>28</sup> Abogado, Docente-investigador. Director del Semillero de Investigación Laboral Monseñor Romero de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: p.perez@unisimonbolivar.edu.co

<sup>29</sup> Abogado, Docente -investigador de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: m.pernia@unisimonbolivar.edu.co

<sup>30</sup> Abogado, Docente -investigador. Coordinador del Semillero de Investigación Laboral Monseñor Romero de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: m.cerda06@unisimonbolivar.edu.co

<sup>31</sup> Abogada. Miembro del Semillero de Investigación Laboral Monseñor Romero de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Colombia. Correo electrónico: lizbethgomez2012@hotmail.com

### Palabras clave

tercerización, beneficio empresarial, derechos laborales, realidad.

### Resumen

La externalización de actividad laboral se ha convertido en una herramienta útil para los empleadores que desean reducir los costos laborales bajo el pretexto de estrategia de optimización de los recursos. Ello ha significado una desaparición de los derechos derivados de la relación de trabajo para determinados sectores de trabajadores, entre ellos, los contratistas de empresas principales cuya actividad aparenta estar íntimamente vinculada. Con esta investigación se evaluó el cumplimiento de los estándares que permiten inferir la existencia de una relación laboral en el caso de los trabajadores instaladores de redes de la empresa CICSA quien es contratista de la empresa Claro Colombia en la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander. Se empleó el paradigma holístico con un perfil de tipo analítico. Participaron 56 trabajadores de la empresa CICSA (contratista de Claro Colombia). Se concluye que desde 1980 se debate sobre el beneficio de las políticas flexibilizadoras en el mercado laboral. Hoy día el tema de discusión se centra en la competitividad de los empleadores, sin embargo, tendencias de tipo protectorio laboral señalan que no tiene nada de innovador pretender ser competitivo empresarialmente a partir de los costos y de los beneficios de los trabajadores. En la prestación de servicio que existe entre los trabajadores de CICSA y Claro Colombia, no se cumplen la mayoría de los criterios establecidos por la OIT en la recomendación 198, por lo que es ese caso no se infiere la existencia de una relación laboral.

## ***LABOUR OUTSOURCING IN NETWORK INSTALLER, GIVEN THE 198 RECOMMENDATION OF OIT, CASE OF STUDY: CLARO COLOMBIA IN CÚCUTA***

### **Keywords**

outsourcing, business benefits, labor rights, reality.

### **Abstract**

Outsourcing of work activity has become a useful tool for employers who want to reduce labor costs under the pretext of resource optimization strategy. This has meant the disappearance of labor-related rights for certain sector, including the contractors of major undertakings whose activity appears to be closely linked. This research evaluated the fulfillment of the standards that allow inferring the existence of a working relationship in the case of the workers of networks installers of the company CICSA who is a contractor of the company Claro Colombia in the city of Cúcuta, Norte de Santander. The holistic paradigm was employed with an analytical-type profile. 56 workers from the CICSA company (Claro Colombia Contractor). It is concluded that since 1980 the benefit of flexibilization policies in the labor market has been debated. Today the topic of the discussion focuses on the competitiveness of employers, however, tendencies of labor protection type indicate that there is nothing innovative to pretend to be competitive business based on the costs and benefits of workers. In the service provider that exists between CICSA and Claro Colombia, most of the criteria established by the 198 recommendation of OIT are not met, so it is not the case that the existence of a working relationship is inferred.

## **INTRODUCCIÓN**

El presente capítulo contiene el informe final de la ejecución del proyecto de investigación “El contexto de la tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes en la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander a la luz de la recomendación 198 de la OIT. Caso de estudio: contratistas de Claro Colombia”, llevado a cabo dentro del marco de actividades del Semillero de Investigación Laboral “Monseñor Oscar Arnulfo Romero”, adscrito al Grupo Altos Estudios de Frontera “ALEF” del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, cuyo objetivo general se orientó en evaluar mediante el enfoque multidimensional propuesto por la Organización Internacional del Trabajo, en la recomendación 198, el cumplimiento de los

estándares que permiten inferir la existencia de una relación laboral en el caso de los trabajadores instaladores de redes contratistas de Claro Colombia de Cúcuta, departamento Norte de Santander.

De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, el trabajo goza en todas sus modalidades de especial protección del Estado. La Corte Constitucional ha destacado que esa especial protección se predica no solamente de la actividad laboral subordinada, regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, sino que la misma se extiende a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo lo ejerce de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad Abstracta se protege al trabajador y a su dignidad (Sentencia C-645/2011).

Después de la segunda guerra mundial el derecho del trabajo comenzó a padecer profundas transformaciones. Las razones de ello se justifican, ya que se trata de la rama del derecho que más sufre los cambios de la realidad social. En dicho contexto de mutaciones, aparece la flexibilidad laboral como respuesta al cambio en el comportamiento y actitud de los principales actores sociales del mercado de trabajo (los empleadores). Tal y como lo describe Nascimento (1992) “La flexibilización del derecho del trabajo es la corriente del pensamiento, según el cual las necesidades de naturaleza económica justifican la postergación de los derechos de los trabajadores” (p. 137).

La flexibilidad laboral pues, dio paso a la tercerización, definida por Bossio (2012) como “el proceso a través del cual, se externaliza hacia otras empresas, determinadas funciones o actividades, que anteriormente se desarrollaban por la propia empresa” (p. 2). A pesar que no existe una ley que regule o desarrolle en forma específica el tema de la tercerización de servicios, Moncada & Monsalvo (2000) plantean que “la legislación colombiana hace posible su implementación a través de tres figuras jurídicas que son: las empresas asociativas de trabajo, las cooperativas de trabajo asociado, y la contratación independiente” (p. 30).

Tomando en cuenta estas consideraciones, el Semillero de Investigación Laboral de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta, ejecutó este proyecto

para evaluar la modalidad de contratación conforme al principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, identificando según a los criterios de la recomendación 198 OIT, si existe prestación personal del servicio, cumplimiento de horario determinado, tiempos de servicio y remuneraciones.

## **El contexto de la tercerización laboral**

Siguiendo esta línea, Blanco (2005), en su trabajo llamado “Criterios para evitar el abuso de la Tercerización” expone que debe darse un equilibrio entre flexibilidad y protección, para evitar efectos perversos sobre la economía y el trabajador. De igual manera, urge la necesidad de una mayor intervención de la inspección del trabajo para evitar el abuso de las nuevas figuras de deslaboralización. Es por esto que las nuevas formas de contratación no siempre se ajustan a los parámetros de una relación de trabajo, por lo que contribuye a que cada día aumente el número de trabajadores que quedan excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo. Por ello, el papel central del Estado es fundamental, puesto que debe jugar un rol de primer orden al dirimir las controversias que se suscitan entre la siempre pretendida ampliación de la flexibilidad laboral para privilegiar la economía, con la debida protección para brindar la seguridad que reclaman los trabajadores.

Finalmente, Orjuela, Segura & Tovar (2012), en su tesis “Fraude al contrato de trabajo” señalan que es común encontrar el encubrimiento de una relación laboral mediante otra de una naturaleza diversa, en estos casos se está frente a una simulación contractual o de un fraude a la legislación laboral. Es necesario dejar claro cuáles son las diferencias entre la simulación y el fraude, en caso que sea necesario acudir a la jurisdicción. Para que exista simulación las partes se debieron poner de acuerdo en la realización del acto simulado, mientras que el fraude a la ley puede ser efectuado sólo por una de las partes involucradas en la relación jurídica; para que la simulación se declare nula se requiere la existencia de un ánimo de defraudar a terceros, mientras que en el fraude a la ley dicha intención se presume al violar la prohibición impuesta por la ley.

El Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia prevé el principio de la supremacía de la realidad sobre las formas, consagrado como un principio que debe ser utilizado por las autoridades encargadas por velar los derechos de los trabajadores. El principio de libertad contractual plantea que el particular es libre de contratar con quien desee, bajo la modalidad de trabajo que se ajuste a sus intereses, sin embargo, las normas de derecho laboral tienen por objetivo la protección del trabajador, por ende el empleador no podrá vulnerar las garantías fundamentales que lo protegen. Se plantea entonces, que algunas figuras contractuales como las empresas de servicios temporales, las cooperativas de trabajo asociado, la empresas asociativas de trabajo y diversas contrataciones de tipo comercial en algunas ocasiones se usan para ocultar el carácter laboral de la relación, con el objetivo de buscar mecanismos opcionales a las relaciones de subordinación, es decir, el propósito para el que fueron creadas sufre una desviación al ser utilizadas por los empleadores en la reducción de costos.

Si bien dentro del derecho del trabajo clásico, lo normal eran las relaciones bilaterales entre un empleador y un trabajador, en la cual los sujetos que asumen las obligaciones derivadas de la prestación de un servicio para el otro, no sólo conocían la extensión de sus obligaciones, sino además eran fácilmente identificables, se regulaban igualmente relaciones de tipo triangular en las cuales un tercero se interponía entre ambos sujetos. La actualidad del tema obedece al hecho de que estas últimas relaciones triangulares, antes un tanto excepcionales, se han multiplicado de tal manera que no sólo se han hecho comunes sino tan complejas que dificultan enormemente la identificación de los responsables frente a los trabajadores y pareciera que la normativa legal se queda sin respuestas. En este sentido, Ojeda Avilés (citado por Sánchez & Reynoso, 2011) advierte que en la externalización no es tanto su descubrimiento lo que la caracteriza sino su “intensificación, su normalización y su internacionalización”. (p. 1)

El vocablo *tercecerización* es un término polisémico que entraña los más diversos significados y, por lo general, alude a una relación triangular en la cual, un tercero, interviene o intermedia entre los dos sujetos naturales de la relación de trabajo: el que presta el servicio y el que se beneficia con dicha prestación.

La tercerización, externalización, subcontratación o *outsourcing*, como también se la conoce, es una figura que se ha puesto de manifiesto en el Derecho del Trabajo casi desde el mismo momento en que se comenzó a regular la prestación de servicios en los procesos industriales, con el objeto de limitar el poder de organización del empleador y brindar elementales protecciones a los trabajadores subordinados. En el siglo XIX, aparece en Francia la figura del *marchandage*, que no era otra cosa que la intermediación en el sentido de que personas que vendían el trabajo de los obreros, es decir, que se lucraba con el trabajo que otros hacían. Un Decreto del 2 de marzo de 1848 prohibió la explotación de los obreros por subcontratistas (*marchandeurs*) y se lo consideró como un delito, no obstante la jurisprudencia francesa, a partir de 1901, limitó el alcance de dicha figura delictiva a aquellas situaciones en las cuales además de obtener un lucro con la provisión de mano de obra, se causa un perjuicio al trabajador o se pretende eludir la aplicación de las disposiciones legales. La legislación actual francesa contempla varias excepciones, entre ellas, el trabajo temporal. En general puede decirse que es una práctica comercial e industrial muy frecuente y arraigada que representa para los empleadores un instrumento de gestión de gran importancia, en tanto que para los trabajadores representa un grave riesgo de precarización del empleo (Bronstein, 2007).

Pese a ser un tema de vieja data, en los últimos tiempos la tercerización ha experimentado un especial crecimiento debido a una serie de factores de la más diversa índole, al mismo tiempo se ha transformado la forma como se ha ido utilizando lo que le ha provocado un cambio terminológico pues se la denomina igualmente descentralización, y más concretamente, descentralización productiva.

Más que una época de cambios, al derecho del trabajo le corresponde vivir un cambio de época, en la que se llega a cuestionar, incluso, su existencia como rama autónoma del derecho, o su reducción a una mera reglamentación de las condiciones en las cuales se desarrolla la actividad productiva. (Jaime, 2010, p. 73). Se trata, pues, de fragmentar el proceso productivo en fases que antes eran ejecutadas por una única empresa que antes producía, comercializaba y ejecutaba todas las acciones relacionadas con el objeto de

obtener las ganancias de las mismas, y que parte de ellas son confiadas a terceros llegándose al caso extremo de que algunas de ellas sólo conservan el control de la producción sin tener a su cargo el proceso productivo en sí. Es lo que Gorelli (2009) denomina “la desintegración vertical del proceso de producción” (p. 145).

El fenómeno de la descentralización productiva obedece a las más diversas causas, algunas de ellas responden a motivos técnicos aunque en otras ocasiones lo único que se busca es la simple obtención de un mayor lucro sin importar el perjuicio que se pueda causar, particularmente, a los trabajadores. Entre las causas se puede señalar las siguientes: la reducción de los costos laborales; la transformación de la empresa; la globalización; la necesidad de incrementar la eficiencia y la productividad; y, la influencia de las nuevas tecnologías.

## **La reducción de costos laborales**

Por lo general, se relaciona la descentralización o tercerización con la posibilidad de ahorrar en costos laborales. En un mundo globalizado y con un mercado altamente competitivo las empresas se centran no sólo en incrementar la productividad sino en la reducción de sus costos. Al reducir el tamaño de la empresa (*downsizing*) mediante la descentralización, ello permite reducir los costos estructurales al tiempo que los costos laborales.

Normalmente el tercero otorgaría a los trabajadores por él empleados, beneficios inferiores a los que disfrutaban los trabajadores directamente empleados por la empresa contratante. En aquellos casos en los cuales la descentralización acude a la contratación de microempresarios o trabajadores unipersonales no dependientes, es evidente el ahorro pues mediante el recurso de contratos civiles o mercantiles se obvia cualquier costo laboral.

Además de la reducción de costos de manera directa, la descentralización trae consigo otra forma indirecta de ahorro al transferir los riesgos de trabajo a un tercero. En el terreno de los hechos se observa una disminución en la calidad de las condiciones de trabajo, lo cual incide especialmente en las condiciones de higiene y seguridad por parte de los trabajadores de las

empresas tercerizadas las cuales muchas veces no están en condiciones de asumir la obligación de garantizar a sus trabajadores condiciones que aseguren su integridad física y moral, en tanto que la empresa usuaria se desentiende de cualquier responsabilidad ante la ocurrencia de un infortunio laboral. En fin, como señala Raso (2000) “con la disgregación de la empresa, con la externalización del trabajo, se pierden una serie de garantías y estabildades que transforman la calidad del trabajo volviéndolo precario e inseguro” (p. 38).

## **La transformación de la empresa**

Alentada por el desarrollo de las nuevas tecnologías, la empresa ha experimentado un cambio en su estructura organizativa. El modelo clásico de empresa constituía una unidad productiva, casi autárquica, geográficamente concentrada y que igualmente concentraba todas las fases del proceso fabril, todo se hace en casa, dotada de una estructura vertical que exigía una gestión centralizada, para así poder controlar directamente no sólo la producción, sino igualmente la colocación de sus productos y la ejecución de todos los servicios de apoyo requeridos. Este modelo de empresa, medía su importancia y fortaleza en función de su tamaño, de allí que poseyera una plantilla numerosa de personal y cuya eficiencia se medía por la cantidad de su producción que se alcanzaba a través de tareas repetitivas y rutinarias y en la que el tiempo de ejecución de la labor tenía gran importancia, todo de acuerdo con los principios científicos de organización del trabajo pregonado por Charles Taylor y llevado a su máxima expresión por Henry Ford en la industria de automotores.

El derecho en general y en particular, el derecho del trabajo, edificaron la noción de empresa sobre la base de una entidad tangible que reunía en un mismo lugar físico tanto un número considerable de elementos materiales así como un factor humano colocados todos bajo una dirección única que organizaba, dirigía y programa la actividad de la empresa en aras de obtener un beneficio para sus propietarios.

La nueva economía ha sustituido ese modelo, dando paso a nuevas formas de estructuración de la empresa (no obstante hay que tener en cuenta



que en América Latina, aún hoy, coexisten los dos modelos de organización empresarial). En la década de los sesenta se observó un fuerte desarrollo de las empresas multinacionales, que imponen un nuevo modelo organizativo: empresas que han reducido su tamaño (*downsizing*), pero que se han fortalecido desde el punto de vista financiero al incrementar su capital y distribuirlo, las más de las veces, en un número indeterminado de socios, que entregan la dirección de la empresa a directivos con los cuales no han tendido contacto y que son designados por la decisión de grupos financieros poseedores de un número importante de acciones que se concertan para decidir el rumbo a tomar. Esta empresa ha descentralizado su producción pero mantiene el control del núcleo central del proceso productivo diseminando sus plantas en diferentes puntos geográficos, sin importar las fronteras políticas, y dejando que terceros se encarguen de llevar a cabo no sólo las actividades secundarias o los servicios de apoyo, sino incluso fases del proceso productivo. Se está en presencia de una nueva faceta de un fenómeno antiguo como es la división del trabajo.

Con el fin de adaptarse a esas nuevas exigencias y en un mundo dominado por la competitividad, la empresa se ha visto obligada a abandonar la estructura de unidad operativa y jerarquizada y adoptar la forma de organización en red. No se trata ya de la figura, aún no del todo definida de *grupo de empresas*, sino de una red de empresas que se caracteriza tanto por su dimensión y dispersión geográfica como por su movilidad. En este tipo de empresa se multiplican las relaciones triangulares y, en algunos casos, como lo señala Ugarte (2007) “el trabajo humano puede ser muy bien objeto de intercambio sin necesidad de un espacio físico común, lo que nos lleva a un trabajo virtual realizado para una empresa también virtual”, como es el caso del teletrabajo.

Se verifica pues, un proceso de externalización de la producción, de modo que formas de división del trabajo que en el modo centralizado de producción se llevan a cabo en el interior de la empresa, en el caso de la descentralización da lugar a una división del trabajo interempresarial en lugar de intraempresarial. (Plá, 2000, p. 15)

La transformación de la empresa representa un gran reto para el derecho del trabajo.

La transformación de la empresa como se ha visto, ha traído consigo grandes y graves consecuencias para el modelo clásico del Derecho del Trabajo edificado sobre la centralidad del trabajo subordinado o asalariado, de manera tal que la siguiente realidad que debe analizarse son las nuevas formas de organización de la producción que cuestionan la función principal de esta disciplina: la protección del trabajador. (Jaime, 2010, p. 85)

### **Necesidad de asegurar una flexibilidad operacional y el acceso a las nuevas tecnologías**

En un mundo cada vez más competitivo la empresa se ha visto obligada a cambiar su estructura para enfrentar los nuevos desafíos que surgen a cada rato y con una velocidad asombrosa. Ello la lleva a ajustar la producción a las exigencias de mercado, abandonando la política de acumulación de stocks, se produce en función de la demanda (*just in time*), lo que exige una capacidad de respuesta por parte de la empresa, la cual, para satisfacer la exigencia de un incremento coyuntural recurre a contrataciones temporales o a encomendar a terceros la realización de parte de lo requerido.

Existe, además otro tipo de causas que explican, si no justifican, el recurso a la descentralización. Entre ellas se encuentra la necesidad de acceso a la tecnología y obtener por ese medio la prestación de servicios técnicos especializados y que requieren de un personal altamente con el que la empresa principal no cuenta. En este mismo orden se encuentra cierto tipo de empresas que no venden sus máquinas sino las proveen mediante arrendamiento lo que les permite o bien conservar el control de la operación de las mismas o proveer su mantenimiento y la garantía del suministro de repuestos.

El adelanto experimentado en el transporte de mercancías en cuanto a la rapidez y la reducción de costos, favorece la descentralización y sobre todo, la deslocalización de las empresas, pues permite acortar los lapsos de espera de suministros para la producción. De igual manera el impactante desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, han contribuido de manera importante la descentralización, sobre todo, creciente de en lo que

respecta a la relevancia que ha adquirido el teletrabajo que permite distribuir trabajadores en cualquier parte del globo terráqueo.

## **La globalización**

La globalización es en esencia un proceso fundamentalmente económico, no obstante, sus efectos en las economías locales o nacionales que no han no del todo definidos o identificados y, especialmente en el mundo del trabajo son muy importantes, pues ha provocado transformaciones en los procesos productivos y distorsiones en el mercado de trabajo y en las economías nacionales, ante las cuales los poderes regulatorios de los Estados nacionales lucen inermes a lo cual se agrega la escasa reacción de los organismos internacionales encargados tanto del comercio internacional como del mundo del trabajo.

La globalización o internacionalización de la economía ha incentivado la tercerización a punto tal que hay transnacionales que no tienen fábricas propias sino que contratan en distintos países, sobre todo aquellos que ofrecen mano de obra barata, la fabricación de sus productos, reservándose la actividad de diseño y comercialización de los mismos y por ende, las mayores ganancias. Esto es muy común en el sector textil y en la industria del calzado. Todo ello permite recomponer la tasa de ganancia en un contexto de creciente competencia, por lo que el capital emprende su transnacionalización fraccionando el proceso productivo para poder aprovecharse de las ventajas de localización provistas por los distintos espacios nacionales y así disminuir los costos de producción. Fragmentos del proceso productivo antes integrados en establecimientos fabriles en los países de origen emigraron a otros y se relocalizaron hacia la periferia aprovechando las diferencias sustanciales de costo laboral y otras ventajas de locación, como los niveles de organización sindical y las regulaciones estatales. Asimismo, se tercerizó una gran porción de las actividades que anteriormente se encontraban integradas verticalmente en la misma corporación, flexibilizando así las modalidades de contratación.

El auge de las empresas multinacionales y la adopción del modelo reticular por parte de las empresas modernas, necesariamente afecta las relaciones de trabajo y su regulación, pues ésta fue creada sobre la base de un

modelo clásico de economías cerradas, de empresas concentradas y de estructuras jerárquicas, modelo clásico de regulación que ya no aplica en una economía abierta, flexible lo que trae como consecuencia que sea necesario *flexibilizar* tales instituciones para adaptarlas a una nueva realidad para la cual no fueron diseñadas.

En esa tarea flexibilizadora, que más que un fin es un medio, se producen resultados no del todo deseados como cuando se pretende trasladar la responsabilidad del empleador a terceros bien sea al recurrir a la contratación o subcontratación (tercerización, *outsourcing* o externalización) o bien cuando se la traspasa al propio trabajador a quien se pretende convertir en empresario (microempresas). Al analizar la flexibilización se considera que en América Latina ha predominado más bien una desregulación impuesta por el propio Estado, violando las formas jurídicas (recurso al Decreto Ejecutivo) y sin que el Estado desarrolle una política de compensaciones a favor del trabajador (Ermida, 2007).

La Globalización ha traído consigo una interrelación de las economías nacionales como lo han demostrado las crisis financieras recientes que si bien tienen su origen en uno o varios países, afectan las otras economías. Pero igualmente tienen un gran efecto en el mundo del trabajo que se describe de la siguiente manera:

La mano de obra es un recurso global por lo menos, de tres maneras: las empresas pueden elegir situarse en diferentes lugares del mundo para encontrar la mano de obra que necesitan sea en términos de especialización, costos o control social, las empresas en todas partes pueden también solicitar mano de obra altamente especializada de cualquier lugar y la tendrán contando que ofrecerán remuneración y condiciones de trabajo adecuadas; y la mano de obra entrará en cualquier mercado por iniciativa propia, oriunda de todas partes, cuando seres humanos son expulsados de sus casas por la pobreza y la guerra o impulsados rumbo a una nueva vida llena de esperanza para sus hijos. (Castells citado por Plá, 2000, pp. 81-82)

## **Otras causas**

Además de las anteriores que podrían llamarse como las causas principales de la descentralización empresarial o productiva, concurren otros factores tales como: el incremento del desempleo, la decreciente afiliación

sindical con la consecuente debilidad de las organizaciones gremiales, que la vez constituyen una consecuencia de la descentralización. A ello se debe agregar la adopción de políticas de ajustes que impulsan tendencias flexibilizadoras son otros factores que influyen en el incremento de la tercerización. (Bronstein, 2007, p. 18)

## **METODOLOGÍA**

Para desarrollar este artículo se empleó un diseño no experimental en criterio de Hernández y otros (2010), puesto que se llevó a cabo sin manipular deliberadamente la variable, limitándose a observar el fenómeno tal como se presenta en su contexto laboral. El paradigma es holístico según Hurtado (2000), en vista que tiene como propósito la búsqueda, invención y generación de conocimiento para acercar al investigador a la comprensión de la realidad. Es de tipo analítico, pues en palabras de Hurtado (2000) tiene como objetivo analizar un evento y comprenderlo en término de sus aspectos menos evidentes, es decir, se pretende comprender un fenómeno que se está dando en la sociedad desde el punto de vista teórico y práctico. El método empleado fue el hermenéutico con la técnica de la encuesta estructurada y el análisis de datos.

Se utilizaron dos técnicas, una de ellas fue la matriz de análisis documental, legal y jurisprudencial en las que se consignaron las normas que regulan la tercerización laboral en Colombia, y la técnica de la encuesta estructurada de preguntas dicotómicas excluyentes, compuesta por 16 enunciados de preguntas específicas con opción de única respuesta, salvo aquellas que presentaban alternativas de seleccionar más de una opción o en la que se pidió escribir algún dato en particular. Estas preguntas devienen de las recomendaciones previamente establecidas por la OIT, luego de ser estudiadas, analizadas y tomadas como documento de obligatorio cumplimiento por los Estados partes.

El propósito de la aplicación de ese instrumento fue conocer si los trabajadores de CICSA, la empresa contratista de Claro Colombia, cumplen con los criterios que establece la OIT para que se configure la existencia de

una relación de trabajo y posteriormente analizar la realidad de los hechos para establecer si estas fueron contratadas de forma correcta.

La población de estudio estuvo conformada por 56 trabajadores de la empresa CICSA (contratista de Claro Colombia) ubicada en la Avenida 12 entre carreras 13 y 14, número 1386 en el centro de la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander.

En cuanto a la muestra seleccionada, en vista de que la investigación abarca una población menor, se tomó en su totalidad para el estudio (muestreo censal) lo que permitió trabajar con la totalidad de la población para obtener mayor profundidad en el análisis buscado. Esto hace referencia a que los 56 trabajadores de la empresa arriba mencionada, fueron encuestados.

## **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

Una vez obtenidos los datos de la totalidad de los trabajadores encuestados, se procedió a la clasificación de las respuestas. Posteriormente se elaboró una tabla en donde se cuantificó la información arrojada por cada una de las preguntas, logrando así comprimir datos concretos, que permitieron finalmente la elaboración de una tabla que muestra los resultados de las encuestas a nivel general, y gráficas específicas que muestran los porcentajes de cumplimiento con los tres elementos para que se configure la una relación laboral, establecidos por el Código Sustantivo de Trabajo.

Se logró, pues, evaluar el enfoque multidimensional propuesto por la Organización Internacional del Trabajo en la recomendación 198, sobre el cumplimiento de los estándares que permiten inferir la existencia de relación laboral entre los trabajadores de la empresa contratista de Claro Colombia en Cúcuta.

En lo referente a la vinculación laboral empleada, se tiene que en Colombia, el tema inicialmente se regula en los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), fue precisado con la expedición de la Ley 50 de 1990, que distingue las relaciones jurídicas que surgen entre un trabajador

dependiente y su empleador, el contratista independiente persona natural prestador de servicios y su contratante, y el trabajador en misión frente al empleador y al usuario de sus servicios, que trajeron, junto con otro conjunto de reformas, vientos de flexibilización del derecho del trabajo en el país.

Así, pese a ese avance normativo, se observa que el marco jurídico diseñado para facilitar el esfuerzo empresarial y su aplicación al caso concreto por el operador judicial y la autoridad administrativa del trabajo para evitar sus excesos, ha quedado superado, pues la aparición de las denominadas nuevas formas de trabajo (muchas de ellas bastante viejas), pero actualmente recicladas, rebasaron los esfuerzos del Legislador colombiano para poner a tono con las exigencias del mercado de trabajo la inicialmente denominada apertura de la economía (Blanco, 2005).

El auge de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas llevaron al legislador colombiano a establecer una limitación y es así como la Ley 1249 del 29 de diciembre de 2010 en su artículo 63 dispone:

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.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233/2008, las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirá a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

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. 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.

Para Blanco (2005) hay tres factores que en Colombia contribuyen a hacer más crítico el problema:

- a) La firma de un Tratado de Libre Comercio de los Países Andinos con los Estados Unidos, por cuanto de una parte, exigirá a los empresarios locales modernizar su aparato de producción o de servicios; pero, de otra parte, serán vigilados estrictamente por sus competidores en el cumplimiento de los mínimos derechos laborales. Pero advierte Blanco que este planteamiento tiene dos lecturas: para los sindicatos, es una manera de proteger a los empresarios del país del norte frente al bajo costo de la mano de obra interna en nuestro país; y para algún sector de empresarios locales, esa propuesta imposibilita competir con menores costos de mano de obra frente a la alta tecnología del socio mayor;
- b) El deterioro del mercado laboral interno; y
- c) El incremento de la informalidad. Esta última no es exclusiva de Colombia.

La Sentencia C-171 de 2012 declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 del 2011, señalando que la facultad que otorga esa norma a las empresas sociales del Estado para operar mediante terceros solo es posible siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados.

La propia sentencia señala que existen figuras constitucionalmente válidas que permiten a los empleadores del sector privado operar o contratar con terceros. El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 3°, permite de forma expresa la



utilización de contratistas independientes sin limitación alguna.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia justifica la figura del contratista independiente, aun para actividades propias del giro ordinario de la empresa contratante, solo que por disposición legal (sin que ello tenga carácter de sanción), consagra la responsabilidad solidaria del contratista y del contratante con relación a las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista.

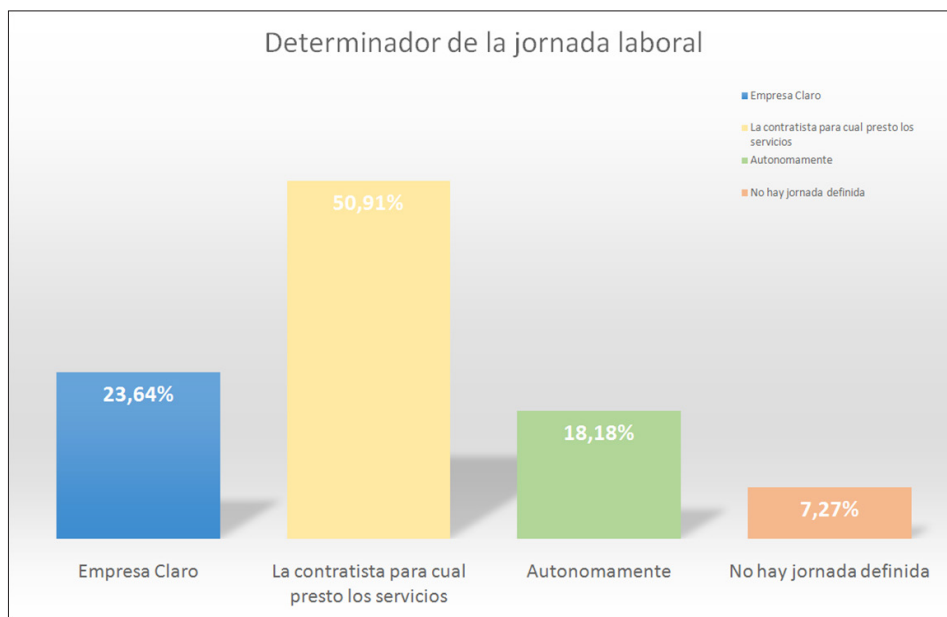
La propia recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo no parte del supuesto de la existencia de un fraude sino exige la inspección de las mismas para evitar la desprotección de los trabajadores, así como que tanto que existan los supuestos para determinar quién es el verdadero empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos. En materia de trabajo temporal no exige la Recomendación que se las elimine sino que tanto la ley como la jurisprudencia establezcan claramente cuáles son los requisitos esta clase de empresas o agencias deben cumplir para no ser consideradas como simples intermediarias.

Es así como la Ley 50 de 1990 de Colombia establece en los artículos 71 al 94 los requisitos que deben llenar las empresas de trabajo temporal y que deben ser verificados por la empresa usuaria so pena de ver comprometida su propia responsabilidad.

El fraude o simulación consistiría en pretender ocultar el verdadero empleador en la relación interponiendo una tercera persona entre el trabajador y el beneficiario del servicio para esa manera evadir responsabilidades y dificultar la acción del trabajador, de allí que excluido el fraude, cabría la posibilidad de que algunas formas, prohibidas en principio, pudieran utilizarse. Para aplicar los criterios que establece la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo para configurar la existencia de la relación de trabajo.

**Tabla 1.**  
**Denominador de la jornada de trabajo**

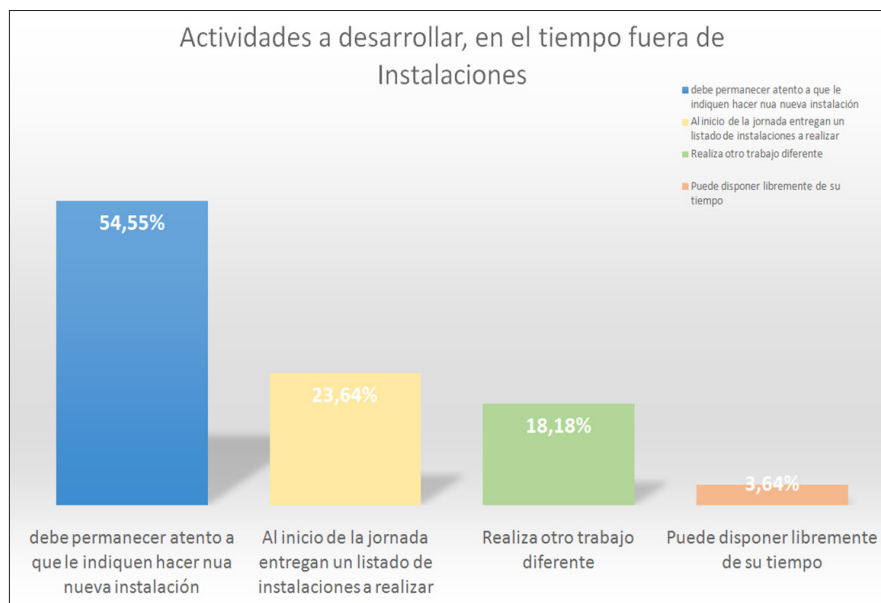
		Frecuency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	La empresa Claro	13	22,81	23,64	23,64
	La contratista para la cual prestó servicios	28	49,12	50,91	74,55
	Usted mismo	10	17,54	18,18	92,73
	No hay jornada de trabajo definida	4	7,02	7,27	100%
	<b>Total</b>	55	96,49%	100%	
Missing	System	2	3,51		
	<b>Total</b>	57	100%		



**Grafico 1.**  
**Denominador de la jornada de trabajo**

**Tabla 2.**  
**Actividades mientras no se realizan instalaciones**

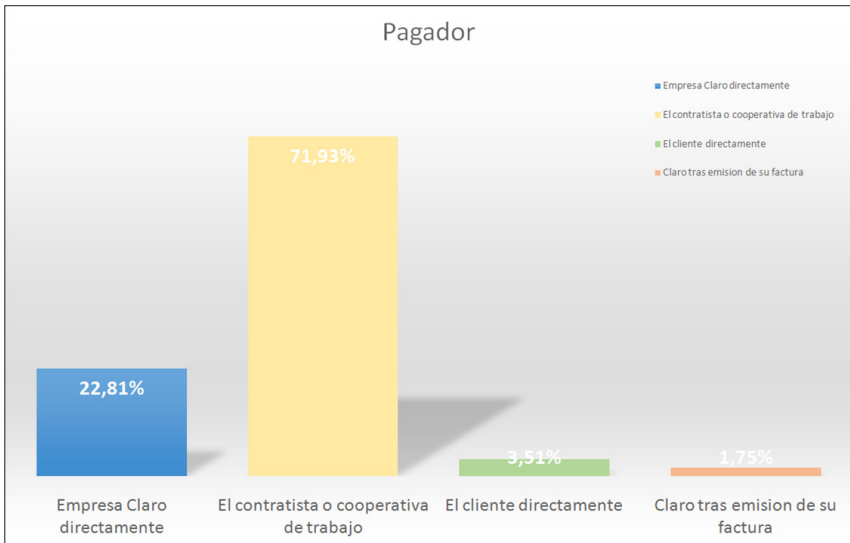
		Frecuency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	Debe permanecer atento a que le indiquen hacer una nueva instalación	30	52,63	54,55	54,55
	Puede disponer libremente de su tiempo	2	3,51	3,64	58,18
	Al inicio de la jornada entregan un listado de clientes a quienes debe realizar las instalaciones	13	22,81	23,64	81,82
	Realiza otro trabajo de manera diferente	10	17,54	18,18	100
	<b>Total</b>	55	96,49%	100%	
Missing	System	2	3,51		
	<b>Total</b>	57	100%		



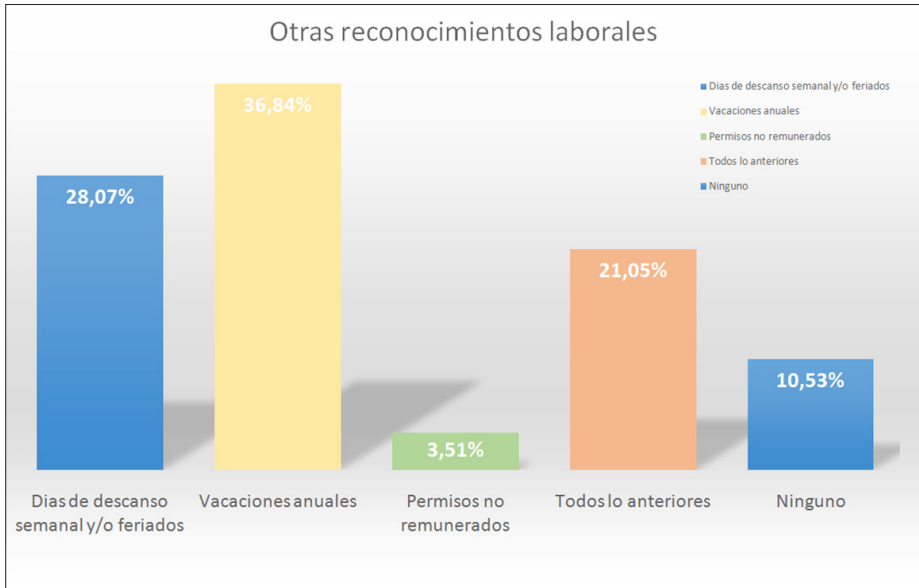
**Gráfico 2.**  
**Actividades mientras no se realizan instalaciones**

**Tabla 3.**  
**Pago por las instalaciones de cable o internet efectuadas**

		Frecuency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	La empresa Claro por nómina en entidad bancaria, cheque o en efectivo	13	22,81	22,81	22,81
	La contratista o cooperativa de trabajo de servicio temporal contratada por la empresa Claro	41	71,93	71,93	94,74
	El cliente paga directamente	2	3,51	3,51	98,25
	Usted emite factura a la empresa por cada instalación	1	1,75	1,75	100
	<b>Total</b>	<b>57</b>	<b>96,49%</b>	<b>100%</b>	



**Gráfico 3.**  
**Pago por las instalaciones de cable o internet efectuadas**



**Gráfico 4.**  
**Otros reconocimientos adicionales**

## CONCLUSIONES

Desde 1980 se debate sobre el beneficio de las políticas flexibilizadoras en el mercado laboral. Hoy día el tema de discusión se centra en la competitividad de los empleadores, sin embargo, tendencias de tipo protectorio laboral señalan que no tiene nada de innovador pretender ser competitivo empresarialmente a partir de los costos y de los beneficios de los trabajadores.

Existen otros elementos de costo diferentes a los beneficios laborales que deben ser estudiados por las empresas para ser competitivos. Entre ellos, la estratégica colocación y distribución de los servicios o productos comercializados, mejor utilización de los costos energéticos, adquisición de materia a menor costo, disminución de costo de transporte, entre otros.

De existir amplitud en las políticas de tercerización o de flexibilización

laboral que generen modalidades de contratación tercerizadas, seguirá existiendo desigualdad en la distribución de la riqueza generada, considerando que tanto empleador, como trabajadores son sujetos generadores de riqueza.

La tercerización laboral en Colombia se da a través de diferentes modalidades tales como las cooperativas de trabajo asociado, las ofertas de prestación de servicio, las empresas de servicio temporal y el contrato sindical. Esta figura ha causado impactos positivos y desfavorables en la sociedad, derivados de la aplicabilidad que le otorga cada entidad al momento de contratar a sus trabajadores. A pesar de que el Estado colombiano ha intentado restringir el uso de esta modalidad en algunos sectores especiales.

Igualmente se concluye que estas personas realizan las labores encomendadas con elementos y herramientas de trabajo propias del beneficiario del servicio, situación está que genera un vínculo de solidaridad con el beneficiario del servicio y el contratista independiente. Tal irregularidad denota la falta de intervención por parte del estado en la fiscalización y supervisión de los centros de trabajo, más aun tratándose de centros de trabajo de carácter público, en los cuales debe existir la garantía de un empleador que cumpla con las obligaciones contraídas en los convenios internacionales suscritos por el Estado.

Analizando las respuestas de los 16 enunciados que brinda la recomendación 198 de la OIT se evidencia que los trabajadores de la empresa CICSA, quien funge como contratista de Claro Colombia en Cúcuta, no manifiestan elementos suficientes que permitan inferir la existencia de una relación de trabajo con la empresa Claro Colombia, ni que éste evada o empleen fórmulas prohibidas por el ordenamiento jurídico Colombiano.

#### Como citar este capítulo

##### APA

Pérez-Herrera, P.J., Pernía-Reyes, M.R., Cerda-Carrasco, M.R., Gómez-Rodríguez, D.L.(2018). Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, Caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. (Eds.), *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho* (pp.80-103).Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

#### VANCOUVER

Pérez-Herrera PJ, Pernía-Reyes MR, Cerda-Carrasco MR, Gómez-Rodríguez DL. Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, Caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS. En: Aguilar-Barreto AJ, Hernández-Peña YK, Contreras-Santander YL, Flórez-Romero M, Editores. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar; 2018. Pp.80-103.

#### HARVARD

Pérez-Herrera, P.J., Pernía-Reyes, M.R., Cerda-Carrasco, M.R., Gómez-Rodríguez, D.L.(2018). “Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, Caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS”. En: Aguilar-Barreto, A.J., Hernández-Peña, Y.K., Contreras-Santander, Y.L., Flórez-Romero, M. Eds. *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

#### CHICAGO

Pérez-Herrera,Pablo José,Mauricio Rafael Pernía-Reyes, Marcos RodrigoCerda-Carrasco yDora LisbethGómez-Rodríguez, “Tercerización laboral en los contratistas instaladores de redes, a la luz de la recomendación 198 de la OIT, Caso de estudio: Claro Colombia en Cúcuta, NS”, en *La Investigación Sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, editado porAndrea Johana Aguilar-Barreto, Yurley KarimeHernández-Peña, Yudith Liliana Contreras-Santander, Marcela Leonor Flórez-Romero (Cúcuta: Ediciones Universidad Simón Bolívar,2018), 80-103.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blanco, O. (2005). Criterios para evitar el abuso de la tercerización. *Gaceta Laboral*, 11(2), 253-274. Recuperado en 22 de febrero de 2017, de [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-85972005000200005&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972005000200005&lng=es&tlng=es)
- Bossio, G. (2012). ¿La intermediación laboral y la tercerización, desvirtúan el empleo en el Perú? Recuperado de: <http://es.slideshare.net/GinoBossio/a-laintermediacionlaboralytercerizaciondesvirtuanempleoperu>
- Bronstein, A. (2007). La Subcontratación Laboral. *Cuadernos de Integración Andina*, 20, 10.
- Colombia. Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. Recuperado de <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1501/CODIGO%20SUSTANTIVO%20DEL%20TRABAJO%20concordado.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-171. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-171-12.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-645/11. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-645-11.htm>
- Ermida, Ó. (2007). La flexibilidad Laboral en algunas experiencias comparadas.

*Revista Ius et Veritas*, 4, 13.

- Gorelli, J. (2009). Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. En Busca de Respuestas Jurídicas a la Desprotección del Trabajador. *Temas Centrales del Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Ara Editores.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. 5ta ed., México, Interamericana Editores S.A.
- Hurtado, J. (2000). *Metodología de Investigación Holística*. 3° ed. Caracas, Editorial Sypal.
- Jaime, H. (2010). El Derecho del Trabajo y su Circunstancia. *Realidades y Tendencias del Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.
- Ley 1249 del 29 de diciembre de 2010. Recuperado de <http://www.supersociedades.gov.co/Web/Leyes/LEY%201429%20DE%202010.html>
- Moncada, M., & Monsalvo, Y. (2000). Implicaciones laborales del Outsourcing. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis15.pdf>
- Nascimento, A. (1992). *Curso del Derecho de Trabajo*. Saraiva, San Pablo.
- Orjuela, L., Segura, D., & Tovar, S. (2012). *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil y comercial*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Raso, J. (2000). Outsourcing. *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Plá Rodríguez, A. (2000). La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. *Cuarenta y Dos Estudios Sobre la descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*. Montevideo, Fondo de Cultura Económica.
- Sánchez, A., & Reynoso C. (2011). *La Subcontratación: un Fenómeno Global*. México, UNAM.
- Ugarte, J. (2007). *El Nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile. Lexis