

Hasta hace relativamente poco tiempo el ideal de la empresa capitalista –por lo menos en los países desarrollados– se expresaba en la existencia de una planta física siempre en expansión y atiborrada de cientos o miles de trabajadores que fabricaban todos los componentes necesarios para terminar un producto o que ejecutaban todas las acciones inherentes a la prestación de determinado servicio. Se esperaba que el empresario fuera autosuficiente y “omniproductivo”, si se admite el término. Pero esa pretensión, por no llamarla utopía, desapareció con el avance de la ciencia y la tecnología y con la especialización del conocimiento, realidades que unidas a la creciente competitividad en todos los órdenes obligaron a los empresarios a concentrarse en la realización de tareas específicas y a seleccionar un nicho en el mercado de bienes y servicios para no desaparecer.

Discurso Laboral

número

2

dos

agosto de 2005

Universidad Externado de Colombia
Departamento de Derecho Laboral

De esta manera, las grandes factorías del siglo xx comenzaron a reducir su tamaño hasta el punto de transformarse en simples plantas de ensamble, proceso –llamado por algunos “reconversión industrial”– que aparejó cambios sustanciales en las relaciones de trabajo y que dio origen a modalidades de contratación atípicas y a distintas expresiones de tercerización productiva.

El trabajo que se presenta en esta ocasión se ocupa de examinar una de esas expresiones, la conocida con el anglicismo *outsourcing*, práctica que a pesar de las explicables objeciones de los trabajadores subordinados constituye una especie de panacea para afrontar distintos problemas del mundo del trabajo.

No se pone en duda que este método de acopio de bienes y servicios se acomoda a las exigencias de nuestro tiempo. Desde luego, en cuanto respete los principios mínimos fundamentales consagrados por el artículo 53 de la Constitución Nacional. Porque cuando, por ejemplo, sirve de parapeto a una simulación contractual, aparte de carecer de legitimidad jurídica es fuente de muchos pleitos y conflictos, medida en la que entonces contrariará su razón de ser.

OUTSOURCING Y DERECHO LABORAL

Por: Katerine Bermúdez A.

El *outsourcing* es un recurso que ha venido utilizándose en las empresas como una solución a las tendencias mundiales de competitividad, ahorro de costos, eficiencia y rentabilidad, que consiste en la transferencia de actividades internas de una empresa a otra externa especialista en el asunto que se delega. Es sinónimo de externalización de funciones o tercerización de procesos¹.

Esa tercerización puede obedecer a múltiples factores, pero esencialmente a la posibilidad de especializar algunas tareas que, aunque son necesarias en la organización, no corresponden al objetivo principal de la misma.

Su auge se remonta a los años setenta cuando las empresas entendieron que con el desarrollo de la tecnología debían dejar de concentrarse en sí mismas, pues carecían de la agilidad para mantenerse actualizadas y competitivas en determinados procesos de su actividad, como sí lo hacían las agencias independientes especializadas en un área.

Funcionalmente las empresas de *outsourcing* realizan el servicio contratado con herramientas, tecnología, procesos y personal propio, siendo frecuente encontrarlas a nivel de operación de telecomunicaciones (*call centers*, *telemarketing*), servicios informáticos, diseño, consultoría en recursos humanos (selección de personal, nómina y salud ocupacional), auditoría y servicios administrativos (mensajería, aseo y mantenimiento).

Dependiendo del sitio desde donde se realiza el *outsourcing*, éste se denomina *out house* o *in house* para hacer referencia a que el servicio se ejecuta en la sede del contratante o fuera de ella (otro establecimiento, otra ciudad u otro país).

Ventajas y desventajas

Son varias las razones por las cuales se considera conveniente contratar a través de esta modalidad, considerándose como las más relevantes las conocidas como "4S"²:

- *Scale* (escala). La empresa a la cual se delega la actividad maneja volúmenes de operaciones de muchas empresas a la vez, y esto genera costos inferiores de los que tendría que asumir la contratante en caso de gestionar la operación por sí sola.
- *Speciality* (especialidad). Este es el punto fundamental del *outsourcing*. La persona contratada es especialista en la materia y, en consecuencia, ofrece niveles diferenciales en calidad, precios y servicio.
- *Sale* (venta). La decisión de tercerizar se puede generar por la necesidad de una empresa de adquirir, en el corto plazo, recursos del sector financiero, razón por la que decide vender infraestructura de su organización.
- *Surrender* (ceder). Ante la incapacidad de dominar todas las áreas de su negocio las empresas deciden entregar una área o varias a otros especialistas para que las manejen.

Sin embargo, no todas las condiciones que se generan al contratar con esta modalidad son positivas. Al interior de las organizaciones la tercerización implica la pérdida de confidencialidad en la información y del control de todas las operaciones, el riesgo de elegir mal a un contratista, y el más relevante en cuanto a productividad: el deterioro del clima laboral originado en la transferencia de tareas a un tercero, hecho que traduce pérdida o supresión de puestos de trabajo y que no siempre repercute en la mejora o calidad de la gestión.

Por este último aspecto la decisión de tercerizar se considera inconveniente y desafortunada, al punto que las organizaciones sindicales proponen en las negociaciones colectivas que se prohíba cualquier forma de tercerización, en algunas o todas las actividades de la empresa a la cual pertenecen, como una forma de proteger el trabajo de sus asociados y evitar pérdida del poder de negociación.

1. FERNÁNDEZ FLOREZ, EDUARDO. Revista Chilena de Derecho, vol. 21, n.o 1, pp. 75 a 81.

2. ZUCHCHINI, MICHAEL, citado por PÉREZ CÁZARES, JOSÉ RAÚL. "Outsourcing: una alternativa en expansión", en Revista Marketing, Lima, Perú.



Medidas protectoras al respecto surgen en otros niveles, pues ante procesos de globalización el problema deja de centrarse en el clima laboral de la organización para desplazarse a la necesidad de resguardar el empleo nacional y controlar las tasas de desempleo. Un ejemplo de esto es la iniciativa que cursa en el Congreso de Estados Unidos, dirigida a restringir las concesiones federales, contratos federales, financiamiento federal y otros beneficios a las empresas que hayan contratado firmas de *outsourcing* en los cinco años anteriores a la fecha de vigencia de la ley³, proyecto que responde a la idea de controlar el incremento de contratación de servicios y mano de obra a través de esta modalidad en países tales como India, China, Israel, Irlanda y Rusia, y respecto de empresas transnacionales dedicadas a la llamada "tecnología de punta".

La tendencia a contratar a través de *outsourcing* es cada vez más frecuente, porque, aparte de los beneficios antes señalados, termina convirtiéndose en una forma de flexibilización laboral representada en la reducción de gastos administrativos⁴ y en la libertad de contratación. Se observa que estas prácticas debieran tener un desarrollo gradual a través de programas de adaptación al cambio y de reinserción laboral para los trabajadores que se vean desplazados de su empleo, política que respondería a la responsabilidad social que se predica de todo empleador comprometido con la democracia.

Legislación colombiana

Contratar una firma de *outsourcing* no es nada distinto a conseguir un contratista independiente, el cual, según el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 3.º del Decreto 2351 de 1965, agrupa personas naturales o jurídicas que se obligan, mediante un contrato civil o mercantil, a ejecutar una obra o a prestar un servicio a favor de un contratante o beneficiario, quien también podrá ser una persona natural o jurídica, a cambio de un precio, y a asumir todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

El contratista independiente tiene la obligación de tener resultados respecto al contratante, y en virtud de la autonomía técnica y directiva que le corresponde para ejecutar la obra o servicio tendrá que utilizar sus propios insumos y recursos, entre ellos el factor humano.

Lo anterior significa que las personas que el contratista independiente vincule para cumplir el objeto contratado serán sus trabajadores, pues frente a ellos ejerce el poder de subordinación y de allí se predica que es un verdadero patrono y debe asumir todas las cargas que ello implica.

Debe diferenciarse el contratista de un simple intermediario, en cuanto este último es una persona que se encarga de contratar los servicios de otras para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta de un patrono, es decir que no tiene la posibilidad de ejercer subordinación respecto a los trabajadores.

El artículo 34 del CST indica que el beneficiario de la obra o contratante será solidariamente responsable por las obligaciones laborales del contratista en el caso que las labores encomendadas a este último no sean extrañas a las actividades normales en su empresa o negocio. El contratante podrá controlar este riesgo exigiendo pólizas de cumplimiento de obligaciones laborales a la firma contratista.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha identificado tres situaciones procesales diferentes:

- a) "El trabajador puede demandar sólo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis;
- b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de un litisconsorcio prohijado por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente, y
- c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente "existe en forma clara, expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan solo contra el mismo".

Aclarando para la 3.ª posibilidad que el trabajador debe demostrar que la prestación reclamada correspondía reconocerla al contratista independiente, para que pueda válidamente reclamar al beneficiario⁵.

3. Proyecto de Ley H. R. 829 del 15 de febrero de 2005.

4. Una evidencia de reducción de gastos administrativos está en los costos de personal, pues si una empresa decide contratar a un tercero, el menor precio del servicio o de la obra será un factor decisivo para elegirlo, lo que necesariamente se convertirá en un menor valor de salario para quienes sean contratados para realizar la actividad.

5. CSJ, Sala Laboral, Sentencia 10 de agosto de 1994, Rad. 6494, M. P.: ERNESTO JIMÉNEZ DÍAZ.



Frente al pago de la indemnización moratoria que se genera cuando al trabajador no le han cancelado los salarios y prestaciones sociales una vez finaliza el contrato de trabajo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral⁶, indicó que el beneficiario del trabajo puede ser liberado de ésta cuando el contratista incumpla, siempre que demuestre que su conducta omisiva estuvo revestida de buena fe, pues así como le es dable exonerarse de esta sanción al empleador debe serlo para el beneficiario, fundamentado en que el artículo 65 del CST cuando se refiere al patrono no sólo alude al empleador, sino en general al obligado al pago de salario y prestaciones.

Se apartó de este pronunciamiento el magistrado Gustavo Gnecco Mendoza, quien salvó su voto por considerar que la buena fe sólo puede alegarse como excepción personal del empleador y no del codeudor solidario, quien es extraño a la relación laboral, y con ello se estarían desconociendo las consecuencias jurídicas de la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST.

El *outsourcing* en la práctica

Nuestro país no es ajeno a la contratación por *outsourcing*, y como ya se indicó, el contratista independiente es una institución propia del derecho del trabajo colombiano, por lo cual pretender manejarlo como una figura atípica y novedosa resulta un esfuerzo inútil y equivocado.

Hoy día este tipo de contratación se evidencia en los servicios de aseo institucional, comercial, hospitalario, vigilancia y seguridad, soporte técnico, auditoría y *call centers*, que se realizan tanto en empresas nacionales como multinacionales radicadas en Colombia.

Al momento de decidirse por este tipo de contratación deben quedar claramente definidas las obligaciones y responsabilidades de las partes, y, sobre todo, se debe enfatizar en la autonomía que tiene el contratista en la ejecución de la obra o servicio, para lo cual es fundamental que obre con recursos propios o en su defecto, si lo hace con los de terceros o incluso del contratante, que le hayan sido transferidos bajo el amparo de una verdadera figura legal, no simulada, que terminen convirtiéndolo en un simple intermediario con las consecuencias laborales que ello implica tanto para él como para el contratante.

El contratante, a su vez, debe tener claridad en que no puede intervenir en decisiones funcionales o estructurales del contratista, pues ante la obligación de resultado existente entre ellos, este último tendrá que realizar todos los procedimientos que su experiencia le indique y abocar las determinaciones que sean necesarias para cumplir autónomamente con su responsabilidad contractual.

Además, el contratante no puede interferir en el manejo del recurso humano del contratista, no podrá decidir a quien se contrata, qué salario se le cancela, cuánto durará el contrato de trabajo, ni mucho menos cuándo terminarlo, pues de proceder de esta forma nuevamente se estaría arriesgando a una declaración de simulación del contrato de trabajo y no responder solidariamente como en comienzo lo indica el artículo 34 del CST, sino terminar siendo declarado como un verdadero empleador, en la forma indicada por el artículo 35 del mismo código.

Como ya se mencionó, un sector de los sindicatos se opone a esta forma de contratación, pues la consideran una burla a los derechos laborales, porque con ella se logra vincular a personas para trabajar en una empresa con salarios inferiores a los fijados para sus empleados directos, con la exigencia de estándares de cumplimiento similares, sin derecho a beneficiarse de la negociación colectiva y con un precario derecho de asociación en cuanto no gozan de estabilidad laboral, pues su relación laboral depende del contrato civil o comercial existente entre el contratante y contratista, que en forma ilegal termina imponiéndosele como condición de existencia de su contrato de trabajo. Al respecto, la ley no tiene reglamentación que permita salirle al paso a estas irregularidades, como al menos sucede con las empresas de servicios temporales en cuanto al salario, el cual se exige que sea igual para los empleados en misión y los empleados de planta.

Por último, aunque el *outsourcing* suene lejano del ámbito laboral, no hay lugar a llamarse a engaños creyendo que bajo esta modalidad se pueden hacer estipulaciones ajenas a esta rama del derecho, por el contrario, debe existir claridad que si una empresa contrata una empresa de *outsourcing* no está realizando nada distinto a contratar con un contratista independiente, cuyas características y alcances están definidos en la ley, quien debe ser realmente autónomo administrativa y operativamente, y no puede admitir que otros, particularmente sus contratantes, incidan en la toma de decisiones de su negocio.

6. CSJ, Sala Laboral, Sentencia 22 de abril de 2004, Rad. 21074 M. P.: CARLOS ISAAC NADER.