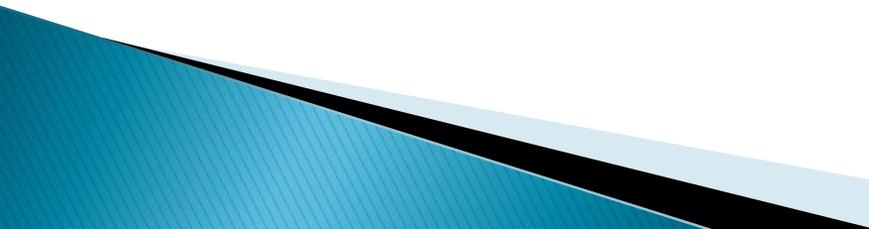


Estrategia jurídica para la formalización

- ▶ Como estrategia para la formalización de las relaciones laborales se ha incluido dentro de todos los estudios sectoriales instrumentos de recolección y análisis que respondan a la identificación de prácticas de tercerización laboral e intermediación laboral ilegal, con la finalidad de identificar la situación actual de estos trabajadores y empezar a ejecutar las distintas estrategias para la formalización, las cuales se concretan en:

Estrategia jurídica para la formalización

- ▶ 2. Rastreo legislativo y jurisprudencial sobre la normatividad que existe en la actualidad para identificar y prohibir prácticas ilegales de tercerización y normas para la materialización de acuerdos de formalización.
 - ▶ 3. Rastreo a las decisiones administrativas de los inspectores laborales del Ministerio de Trabajo dirigidas a la identificación y prohibición de prácticas ilegales de tercerización, si han habido y de que forma se han llevado a cabo acuerdos de formalización.
- 

Estrategia jurídica para la formalización

- ▶ 4. Como estrategia jurídico política se construirán unos criterios desde la jurisprudencia de las altas cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional) y OIT, para la identificación de actividades misionales y permanentes que no se pueden tercerizar y que por el contrario deben ser desarrolladas directamente por las empresas mediante trabajadores directos contratados laboralmente, estos criterios servirían como base para llevar a cabo acciones jurídicas y para participar en espacios de deliberación de políticas de formalización laboral.

Estrategia jurídica para la formalización

- ▶ 5. Asesoría a los sindicatos nuevos y a los que están en proceso de renovación y crecimiento para que estatutariamente permitan la afiliación de trabajadores tercerizados a la organización sindical, con la finalidad de que mediante estrategias de dialogo social en los proceso de negociación colectiva se puedan llevar a cabo acuerdos de formalización con el empleador.

Estrategia jurídica para la formalización

- ▶ 6. Asesoría y acompañamiento para que las organizaciones sindicales de industria, presenten pliegos de peticiones en las empresas tercerizadoras, llevando a cabo acciones administrativas ante el Ministerio de Trabajo en los casos en los que las tercerizadoras se niegan a iniciar procesos de negociación colectiva.
- 

Estrategia jurídica para la formalización

7. Se preparan acciones jurídicas y administrativas para la formalización de las relaciones laborales con distintas acciones como querrelas administrativas ante el Ministerio de Trabajo por tercerización laboral, demandas laborales por contrato realidad donde se solicita la formalización laboral en casos individuales, demanda de inconstitucionalidad a normas del código de comercio, por el uso ilegal de la figura de corretaje, que en la actualidad es usada para la intermediación laboral ilegal.

***UNA CONCEPTUALIZACIÓN
DE LO MISIONAL
PERMANENTE DESDE LAS
ALTAS CORTES, LA OIT Y LA
SOCIOLOGÍA DEL TRABAJO***

EL CONTRATO LABORAL ES LA REGLA, NO LA EXCEPCIÓN

- ▶ Ley 1429 Artículo 63. Parágrafo 1.

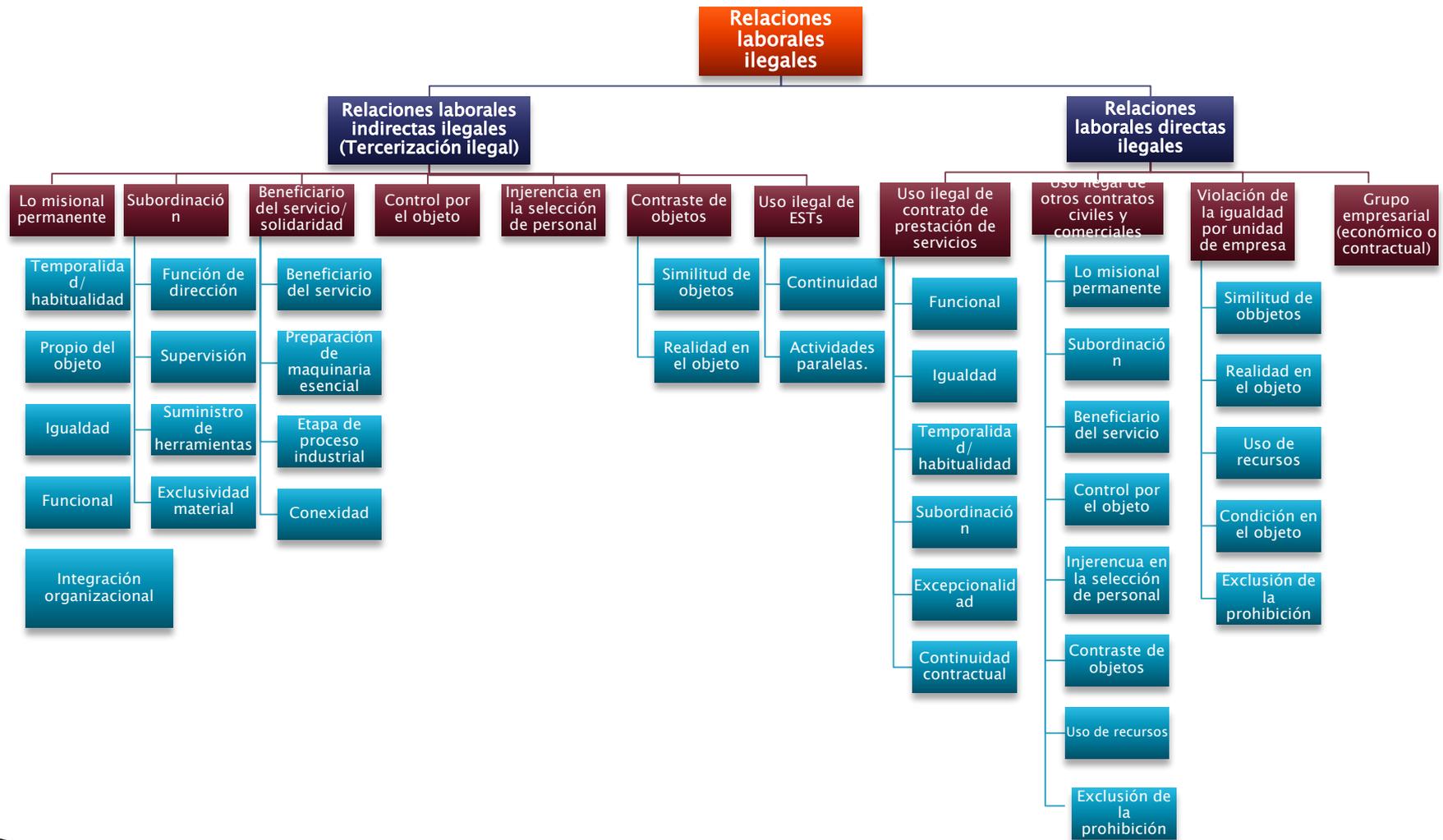
«el personal requerido en t “El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.”

¿Se requeriría demostrar que se vulneran derechos laborales para determinar la ilegalidad de la triangulación?

Riesgos de la intermediación:

- ▶ Encubrimiento de relaciones laborales directas
- ▶ Beneficiario del servicio
- ▶ Solidaridad

CONCEPTUALIZACIÓN DE LO MISIONAL PERMANENTE DESDE LAS ALTAS CORTES, LA OIT Y LA SOCIOLOGÍA DEL TRABAJO





CRITERIO:
MISIONAL
PERMANENTE

▶ INDICADOR

TEMPORALIDAD/ HABITUALIDAD

Si la actividad es requerida de manera continua o habitual por el ente público o privado, es de carácter misional permanente.

Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009.

Consejo de Estado. Sentencia del 21 de febrero de 2002, radicado 3530-2001. Sentencia del 25 de enero de 2001, radicado 1654-2000.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicado No. 22426.

**CRITERIO:
MISIONAL
PERMANENTE**

▶ **INDICADOR**

PROPIO DEL OBJETO O ESENCIAL PARA SU DESARROLLO

Engloba los indicadores de construcción, preparación o mantenimiento de maquinaria esencial, etapa de proceso industrial y conexidad.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 22 de septiembre de 2004, radicado 23063. Sentencia del 10 de marzo de 2009, radicado 27623.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López. Sentencia del 25 de mayo de 1968.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de marzo 1 de 2011. Radicado No. 40932.

**CRITERIO:
MISIONAL
PERMANENTE**

▶ **INDICADOR
IGUALDAD**

Si una actividad externalizada es desarrollada en sus mismas características por empleados directamente vinculados con el ente público o privado, es una función misional permanente.

Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009.

Consejo de Estado. Sentencia del 6 de septiembre de 2008, radicado 2152-062. Sentencia del 18 de mayo de 2006, radicado 1553. Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 0735-05. Sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicado 2990-05. Sentencia del 13 de marzo de 2008, radicado 0087-07



CRITERIO:
MISIONAL
PERMANENTE

▶ INDICADOR
FUNCIONAL

Si la función o actividad consta como propia de la entidad pública en el reglamento, la ley o la constitución, o en la plataforma corporativa o los estatutos de una entidad privada, esta es misional permanente. Asimismo, si ha sido establecida como tal en la convención colectiva o se haya calificado así por sentencia jurídica o resolución de autoridad competente.

Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009.

Consejo de Estado. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 0370-2003. Sentencia del 10 de agosto de 2006, radicado 4096-03.

**CRITERIO:
MISIONAL
PERMANENTE**

▶ **INDICADOR**

INTEGRACION ORGANIZACIONAL

Si se desarrolla una actividad que es parte integrante de la estructura organizacional y administrativa de la entidad beneficiaria del servicio, la misma es misional permanente.

Doctrina de la OIT.

Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 24 de abril de 2012, radicado 39600. Sentencia del 22 de abril de 2005, radicado 23669



CRITERIO:
SUBORDINACION

▶ INDICADOR
FUNCION DE DIRECCION

Si la labor realizada consiste en dar órdenes o emitir directrices sobre el desarrollo de actividades misionales y permanentes es, será esta en sí misma misional permanente.

Las funciones administrativas propias de la entidad deberían estar previstas en la planta de personal. No es posible ejercer una actividad de dirección sin que exista subordinación.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de junio de 2005, radicado 245-03. Sentencia del 18 de mayo de 2006, radicado 1553.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 10 de octubre de 2005, radicado 24057.



CRITERIO:
SUBORDINACION

▶ **INDICADOR
SUPERVISION**

Si la organización tiene la posibilidad o realiza supervisión efectiva sobre la ejecución de la actividad, es indicio de que la misma es relevante para el desarrollo de su objeto y en esta medida, puede ser misional permanente. De esta manera, respecto de quien supervisa las condiciones de trabajo sería posible determinar la existencia de una relación laboral directa.

Doctrina de la OIT

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado No. 35790

**CRITERIO:
SUBORDINACION**

▶ **INDICADOR**

SUMINISTRO DE HERRAMIENTAS

Si el beneficiario del servicio proporciona herramientas, materiales o maquinaria para la realización de la actividad, podría ésta ser misional permanente.

Doctrina de la OIT.

Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 24 de abril de 2012, radicado 39600. Sentencia del 22 de abril de 2005, radicado 23669



CRITERIO:
SUBORDINACION

▶ INDICADOR

EXCLUSIVIDAD MATERIAL

Si la actividad desarrollada representa una proporción importante o la totalidad de tiempo e ingresos del trabajador, podría esta ser misional permanente en tanto requiere de manera continuada la disponibilidad exclusiva de la fuerza de trabajo.

Doctrina de la OIT.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado No. 35790. Sentencia del 8 de febrero de 2006, radicado 25729.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 18 de mayo de 2006, radicado 1553. Sentencia del 22 de junio de 2006, radicado 5846.

CRITERIO:
BENEFICIARIO
DEL SERVICIO
—
SOLIDARIDAD

▶ INDICADOR

BENEFICIARIO DEL SERVICIO

Si el ente económico ha podido desarrollar la actividad por sí mismo y haciendo uso de sus recursos pero la externaliza, que sea el beneficiario del servicio implica el desarrollo de actividades misionales y permanentes.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 1993. Radicado 5.898. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver, asimismo, la sentencia del 2 de febrero de 1996, radicado 7942 del mismo magistrado.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 1 de marzo del 2010. Radicado 35864. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

CRITERIO:
BENEFICIARIO
DEL SERVICIO
—
SOLIDARIDAD

▶ INDICADOR

**PREPARACION DE MAQUINARIA
ESENCIAL**

Si la actividad realizada consiste en la preparación o construcción de maquinaria y equipos necesarios para realizar una función misional permanente, aunque sean excepcionales, o en realizar mantenimiento de los mismos, son estas labores misionales o permanentes y se entienden como parte del objeto de la entidad beneficiaria.

Este indicador representa un giro jurisprudencial positivo que dio la jurisprudencia de la **Corte Suprema de Justicia**. Sentencia del 22 de septiembre de **2004**, radicado 23063. Sentencia del 10 de marzo de **2009**, radicado 27623.

**CRITERIO:
BENEFICIARIO
DEL SERVICIO
—
SOLIDARIDAD**

▶ **INDICADOR**

ETAPA DE PROCESO INDUSTRIAL

Si la actividad desarrollada se comprende dentro del proceso industrial, es misional permanente, entre ellas, las funciones de distribución y mercadeo.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de agosto 30 de 2005. Radicado No. 25505. M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López. Sentencia del 25 de mayo de 1968.

CRITERIO:
BENEFICIARIO
DEL SERVICIO
–
SOLIDARIDAD

▶ INDICADOR
CONEXIDAD

Si las actividades realizadas son conexas a las claramente misionales permanentes, son parte integrante de las mismas en tanto adquieren vocación de permanencia.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de marzo 1 de 2011. Radicado No. 40932.

CRITERIO:
CONTROL
POR EL
OBJETO

Si el empleador tiene una mayor posibilidad de ejercer control sobre las actividades, puede que estas sean el de misionales permanentes.

El empleador tiene una mayor posibilidad de ejercer control sobre actividades misionales y permanentes, en virtud de sus capacidades técnicas, los protocolos fijados y su experticia, por lo que es más amplio el espectro de posibilidades de control sobre la actividad externalizada que en la realidad es misional permanente del beneficiario.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de marzo 1 de 2011, radicado No. 40932. Sentencia de marzo 14 de 2003, radicado N° 19047. Sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado No. 35790. Sentencia del 24 de abril de 2012, radicado 39600. Sentencia de marzo 1 de 2011, radicado No. 40932.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 15 de junio de 2006, radicado 2603. Sentencias del 7 de abril de 2005, radicado 2152; del 6 de marzo de 2008, radicado 4312; del 30 de marzo de 2006, radicado 4669; del 14 de agosto de 2008, radicado 157-08.

CRITERIO:
INJERENCIA EN
LA SELECCIÓN
DE PERSONAL

- ▶ Si el beneficiario del servicio tiene la posibilidad de intervenir en la selección del personal requerido en razón al campo o especialidad de su objeto, las actividades que serán desarrolladas son misionales y permanentes.
- ▶ Analizar la modalidad de pruebas y exámenes y el conocimiento especializado que busque medir. Las posibilidades del ente productivo para testear conocimientos técnicos y especializados por sí misma solamente puede derivarse de que se trate de una función misional y permanente.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 25 de mayo de 2010, radicado No. 35790.

**CRITERIO:
CONTRASTE
DE OBJETOS**

▶ INDICADOR

SIMILITUD DE OBJETOS

Si los objetos sociales del ente beneficiario del servicio y de aquel a través del cual se externalizó la función presentan una igualdad total o parcial formal, las realizadas por el segundo se corresponden con actividades misionales o permanentes.

Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 10 de octubre de
1997, radicado 9881. M.P.
Francisco Escobar Henríquez.

**CRITERIO:
CONTRASTE
DE OBJETOS**

▶ **INDICADOR**

REALIDAD EN EL OBJETO

Las actividades pueden ser misionales permanentes por identidad de objetos sociales vistos estos en la realidad; por ello deben examinarse las actividades realmente desarrolladas más allá de las estrictamente establecidas en los objetos sociales.

Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 22 de septiembre de 2004, radicado 23063 y del 2 de junio de 2009, radicado 33082. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sentencia del 10 de marzo de 2009. Radicado 27623. M.P. Eduardo López Villegas



CRITERIO:
USO ILEGAL
DE EST'S

► INDICADOR
CONTINUIDAD

Si una función se desarrolló por una EST superando el límite del tiempo por el cual el usuario puede hacer uso de esta figura legal en los casos expresamente señalados por la ley, se tratará de actividades misionales y permanentes en tanto el ente económico tiene una necesidad constante de tales servicios.

Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 24 de abril de 1997, radicado 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez; del 21 de febrero de 2006, radicado 25717, M.P. Carlos Isaac Nader; del 15 de agosto de 2006, radicado 26605, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; del 15 de agosto de 2006, radicado 26605. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; del 26 de octubre de 1998. Radicado 6038; del 24 de abril de 1997, radicado 9435, M.P. Francisco Escobar Henríquez.

**CRITERIO:
USO ILEGAL
DE EST´S**

▶ INDICADOR

ACTIVIDADES PARALELAS

Que el empleado en misión desarrolle por orden del ente beneficiario del servicio labores no incluidas en el contrato, es un indicio de que puede estar haciendo uso de esta figura para realizar intermediación ilegal y externalizar funciones misionales y permanentes.

Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 12 de marzo de 1997. Radicado 8978. M.P. José Roberto Herrera Vergara. Sin salvamento de voto.

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

▶ INDICADOR

FUNCIONAL

IGUALDAD

TEMPORALIDAD / HABITUALIDAD

**AUSENCIA DE AUTONOMIA
(SUBORDINACION)**

EXCEPCIONALIDAD

Si la actividad externalizada no es nueva o de carácter excepcional para la entidad pública o privada, es misional o permanente.

**CRITERIO: USO
ILEGAL DEL
CONTRATO DE
PRESTACION
DE SERVICIOS**

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

CRITERIO: USO
ILEGAL DEL
CONTRATO DE
PRESTACION
DE SERVICIOS

▶ INDICADOR EXCEPCIONALIDAD

Si la actividad externalizada no es nueva o de carácter excepcional para la entidad pública o privada, es misional o permanente.

Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de febrero de 2002, radicado 3530-2001. Sentencia del 25 de enero de 2001, radicado 1654-2000.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicado No. 22426.

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

▶ INDICADOR

CONTINUIDAD CONTRACTUAL

Si la actividad se desarrolló haciendo uso de la contratación sucesiva, es misional permanente en tanto se demuestra su requerimiento continuo. La brevedad de los interregnos entre uno y otro contrato complementa esta noción.

En el caso del sector público, cuando se permite la externalización temporal por redistribución de funciones debido a la excesiva carga laboral del personal de planta, la entidad está obligada a crear el cargo.

Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 0370-2003.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia del 7 de febrero de 2012, radicado 38863. Sentencia del 1° de marzo de 2011, radicado 40932.



CRITERIO: USO
ILEGAL DEL
CONTRATO DE
PRESTACION
DE SERVICIOS

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

CRITERIO: USO
ILEGAL DE
OTROS
CONTRATOS
CIVILES Y
COMERCIALES

Ante la utilización ilegal de otras formas contractuales para eludir responsabilidades y cargas prestacionales con los trabajadores o afectar sus derechos laborales colectivos, es pertinente utilizar algunos de los criterios con sus indicadores y algunos indicadores adicionales analizados como aplicación del principio de primacía de la realidad. Son estos los siguientes: Criterio de lo misional permanente, subordinación, beneficiario del servicio, control por el objeto, injerencia en la selección de personal, contraste de objetos, uso de recursos, exclusión de la prohibición.

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

INDICADOR

CRITERIO:
VIOLACION DE
LA IGUALDAD
POR UNIDAD
DE EMPRESA

SIMILITUD DE OBJETOS

Si los objetos sociales del ente que ejerce control y de aquel subordinado presentan una igualdad total o parcial formal, las actividades desarrolladas son “similares”.

Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 16 de diciembre de 2009, radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

INDICADOR

➤ REALIDAD EN EL OBJETO

➤ USO DE RECURSOS

Si una de las entidades hace uso de recursos, redes y sistemas de información de la otra entidad o su talento humano, las actividades por estas desarrolladas son de carácter “conexo” y “complementario”.

Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 16 de diciembre de 2009, radicado 32212. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.



**CRITERIO:
VIOLACION DE
LA IGUALDAD
POR UNIDAD
DE EMPRESA**

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

INDICADOR

CONDICION EN EL OBJETO

Si el carácter de conexas o complementarias de las actividades desarrolladas por las entidades materialmente subordinadas es un requisito estipulado por la compañía matriz para constituir o participar económicamente en las primeras, entonces realizan en efecto, actividades conexas o complementarias.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 31 de agosto del 2010, radicado 32060. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.



CRITERIO:
VIOLACION DE
LA IGUALDAD
POR UNIDAD
DE EMPRESA

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

INDICADOR

EXCLUSION DE LA PROHIBICION

Así la ley prohíba la realización de ciertas funciones y se cree o contrate con otra empresa para desarrollarlas, no se excluye por esta prohibición el carácter de similares, complementarias o conexas que puedan tener sus actividades.



**CRITERIO:
VIOLACION DE
LA IGUALDAD
POR UNIDAD
DE EMPRESA**

Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 16 de diciembre de
2009. Radicado 32212. M.P.
Gustavo José Gnecco Mendoza.

RELACIONES LABORALES DIRECTAS ILEGALES

INDICADOR

CRITERIO:
GRUPO
EMPRESARIAL
(ECONOMICO O
CONTRACTUAL)

SIMILITUD DE OBJETOS

REALIDAD EN EL OBJETO

USO DE RECURSOS

CONDICIÓN EN EL OBJETO

EXCLUSIÓN DE LA PROHIBICIÓN