



**CONTRATO REALIDAD A LA LUZ DEL CONTRATO DE *OUTSOURCING* AL  
INTERIOR DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS COLOMBIANAS.**

**MODALIDAD DE MONOGRAFÍA COMO OPCIÓN DE GRADO  
PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO.**

**YENY PAOLA SORIANO PARRA**

**C.C: 1018477095**

**Celular: 3123120814**

**Correo Electrónico: [yenypao10@hotmail.com](mailto:yenypao10@hotmail.com)**

**JORGE LUIS DUCUARA SILVA**

**C.C: 1022380262**

**Celular: 3219832854**

**Correo Electrónico: [ducuarasilva@gmail.com](mailto:ducuarasilva@gmail.com)**

**TUTOR: DOCTOR GUILLERMO PANQUEVA MORALES**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
OFICINA DE INVESTIGACIONES**

**BOGOTA D.C.**

**2017**

**Contenido**

RESÚMEN.....	9
PALABRAS CLAVE.....	9
ABSTRACT.....	10
KEYS WORDS.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11
JUSTIFICACIÓN.....	14
HIPÓTESIS.....	15
MÉTODO.....	17
CAPÍTULO 1 OUTSOURCING.....	18
1.1 Origen etimológico.....	18
1.2 Historia del outsourcing.....	19
1.3 Derecho Comparado.....	21
1.3.1 Chile.....	21
1.3.1.1 La subcontratación:.....	21
1.3.2 México.....	24
1.3.3 España.....	27
1.4 Concepto de outsourcing.....	30

1.5 ¿Qué es el outsourcing o tercerización?.....	31
1.6 Características .....	32
1.7 Ventajas del outsourcing .....	33
1.8 Desventajas del outsourcing.....	34
<b>CAPÍTULO 2 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....</b>	<b>35</b>
2.1 Definición Administración pública .....	35
2.2 Principios constitucionales de la función administrativa .....	35
2.3 Principios mínimos fundamentales del Derecho Laboral .....	36
2.4 ¿Quién es empleado público?.....	37
2.5 Noción de empleo público según la doctrina: .....	38
2.6 Régimen estatutario o legal y reglamentario.....	38
2.7 ¿Cuáles son las principales formas de contratar servicios personales en el sector público? .....	40
2.8 ¿Quién es contratista para el sector público? .....	41
2.9 ¿Qué se entiende por subordinación?.....	42
2.10 Ejemplos prácticos que pueden identificar el ejercicio del elemento subordinación:..	42
2.11 Las causas de la externalización .....	43
2.12 Contrato realidad .....	44
<b>CAPÍTULO 3 CASO CONCRETO.....</b>	<b>46</b>
3.1 Entidad pública colombiana a estudiar Contraloría General de la República.....	46

3.2 ¿Cómo se ubica en la estructura del Estado? .....	47
3.3 ¿Qué hace la CGR? .....	47
3.4 Objeto misional .....	47
3.5 Objeto visional .....	48
3.6 Carrera especial de la Contraloría General de la República.....	48
3.7 Antecedentes .....	49
3.7.1 Alemania .....	49
3.7.2 España .....	50
3.3.3 Colombia.....	51
3.4 Antecedentes Constitucionales.....	53
3.5 Antecedentes legales .....	54
3.5.1 Código Sustantivo del Trabajo (Decreto 2362 De 1950).....	54
3.5.2 Presunción de Contrato de Trabajo: .....	55
3.5.3 Decreto 2351 de 1965 .....	56
3.5.4 Elementos del Contrato de Trabajo.....	57
7.5.5 Decreto 1042 De 1978- Artículo 2 Inciso 1 .....	57
7.5.6 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador. del 17 de noviembre de 1988.....	57
3.5.7 Decreto 3115 de 1997 .....	58

3.5.8 Decreto 2145 de 1999 Costumbre mercantil y Contrato atípico outsourcing .....	58
3.5.9 Ley 909 de 2004.....	59
3.5.10 Decreto 770 de 2005 Artículo 2 .....	61
3.5.11 Decreto 2539 de 2005 Artículo 3 .....	62
3.6 Desarrollo jurisprudencial .....	64
Consejo de Estado .....	64
3.6.1 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C 17 de Mayo De 2007, Sentencia, Radicación Numero: 2004000369-01ap .....	64
3.6.2 Consejo de Estado Sala Especial Transitoria de Decisión 2 C, de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, Bogotá, D. C., Tres (3) de Octubre Dos Mil Seis (2006), Sentencia Radicación Número: 01667-00(S) .....	65
3.6.3 Consejo de Estado. Sección II. 23 de junio de 2005. Subsección. B. Sentencia Exp. 245-03 Consejero Ponente. Jesús María Lemos Bustamante.....	66
3.6.4 Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 08001233100020030224901 Expediente 131715, junio 16 de 2016, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara. ....	67
3.6.5 Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233300020130081301 (36872014), Mayo 31 de 2016.....	68
3.7 Corte Constitucional.....	69
3.7.1 Sentencia C-614 de 2009 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá D. C., dos (2) de Septiembre de dos mil nueve (2009).....	69

3.7.2 Sentencia T- 026 de 2001 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo Bogotá, D.C., Dieciocho (18) de enero de dos mil uno (2001). .....	71
3.8. Corte Suprema de Justicia.....	75
3.8.1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader. Radicación N <sup>a</sup> 25717, Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero del dos mil seis (2006) .....	75
3.9 Caso concreto (Outsourcing misional al interior de la Contraloría General de la Republica).....	78
3.10 Los riesgos del outsourcing.....	80
3.11 Aspectos legales del outsourcing .....	81
3.12 ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS (ESTADÍSTICAS) .....	83
3.12.1 ¿Qué modalidades de Outsourcing son utilizados en el Sector Público Colombiano? .....	83
3.12.2¿En qué campos se implimenta el outsourcing en Colombia?.....	84
Se analizaron entidades de los sectores :.....	84
3.12.3 ¿Cómo se distribuye la contratación por parte de entidades estatales en Colombia? (Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015).....	85
3.12.4 ¿Cuál es el outsourcing más implementado en el Sector Público? .....	86
3.12.5 Ficha técnica de discusión de resultados (estadísticas).....	87
Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015 .....	87
3.13 ENTREVISTA A FUNCIONARIO PUBLICO.....	88

FICHA TÉCNICA ENTREVISTA .....	89
CONCLUSIÓN .....	90
ANEXOS.....	93
FORMATO ENTREVISTA FUNCIONARIO PÚBLICO .....	93
REFERENCIAS .....	94

### ÍNDICE DE GRÁFICAS

Gráfica 1 Modelos de <i>Outsourcing</i> utilizados en el Sector Público .....	83
Gráfica 2 ¿En que campos se implementa el <i>Outsourcing</i> en Colombia? .....	84
Gráfica 3 ¿Cómo se distribuye la contratación por parte de entidades estatales en Colombia?.....	85
Gráfica 4 ¿Cuál es el <i>outsourcing</i> más implementado en el Sector Público? .....	86

## **Agradecimientos**

A Dios quien es el guía de todas nuestras actividades académicas.

A la Universidad la Gran Colombia y a todos los docentes de la facultad de Derecho que realizaron grandes contribuciones a lo largo de nuestra formación académica.

A nuestros padres y compañeros de estudio por su incondicional apoyo.

Al Doctor Guillermo Panqueva Morales tutor de este escrito por su enseñanza su ejemplo y su conocimiento.



## RESÚMEN

Entre las prerrogativas que conlleva el *outsourcing* dentro de la propia Administración, se encuentran esas facultades económicas como consecuencia de la economía de escala; externalización del centro de la propia organización y nueva imagen de modernización de la propia Administración lo que presume un elemento de transformación esta , pasando de una concepción en la que el funcionario controlaba el gasto público, a una nueva concepción en la cual la administración pasa a ser la institución reguladora de las propias acciones de *outsourcing*.

Entendiendo el *outsourcing* como una alianza estratégica entre dos empresas en la cual una subcontrata a otra para que le preste servicios en una actividad que, aunque necesaria, no es crítica para la empresa contratante, creando una relación basada en la confianza, con la cual se busca el bien para ambas partes.

En el contrato de *outsourcing* son partícipes, la Empresa o el Empresario que es la encargada de la gestión referida. (García Pérez, 1999, pág. 91). El *outsourcing*, que la desarrolla como quedó indicado en la definición anterior, es la operación jurídica objeto del contrato de *outsourcing* la cual está enfocada a externalizar procedimientos operacionales y/o actividades de índole administrativa propias de una empresa, radicados en otra, que se encarga de su gestión. La relación contractual de *outsourcing* puede clasificarse dentro de las siguientes categorías: Bilateral, Oneroso, Conmutativo, De forma libre (consensual), De ejecución sucesiva, De intereses encontrados, Principal, Intuitu Personae, Atípico.

## PALABRAS CLAVE

*Outsourcing*, *Outsource*, Administración Pública, Empleo Público, Función Pública, Contrato Realidad, subordinación, Modalidades De Contratación, Funcionario Público, Empleo, Relación Laboral.

## ABSTRACT

Among the advantages of *outsourcing* within the Administration itself is the economic advantages as a consequence of economies of scale; Externalization of the center of the organization itself, a new image of the modernization of the Administration itself, which is an element of the transformation of the Administration from a conception in which the official controlled public expenditure, a new conception in which Administration It passes to the regulatory institution of the own *outsourcing* actions.

Understanding *outsourcing* as a strategic company between companies in which one subcontracts another to provide services in an activity -which although needed, is not critical to the contracting company - creating a relationship based on trust, which Seek the benefit for both parties. "In the *Outsourcing* contract, the Company or the Entrepreneur who manages the management and the Outsource, who develops it, are members. (García Pérez, 1999)

As indicated in the above definition, the legal object of the *Outsourcing* contract is aimed at *outsourcing* the operational procedures and / or activities of an administrative nature of one company, located in another, which is responsible for its management. The contractual relationship of subcontracting can be classified in the following categories: Bilateral, Onerous, Commutative, Free form (consensual), Successive execution, Interests found, Principal, Intuitu Personae, Atypical. (Pérez Vásquez, 1996).

## KEYS WORDS

*Outsourcing*, Outsource, Public Administration, Public Employment, Public Function, Reality Contract, subordination, Contracting Modality, Public Officer, Employment, Labor Relations.

## INTRODUCCIÓN

Al hablar de función pública nuestra constitución sostiene en su artículo 189 que corresponde al presidente de la república siendo la suprema autoridad administrativa el determinar la planta de personal, el artículo 122 de la Constitución Política Colombiana reza que en sus funciones se encuentra crear, fusionar o suprimir conforme a la ley , los empleos que requiera la administración central, siendo este entonces el principio de determinación y certeza, los empleos para la estructura de personal en el cumplimiento de la función pública o administrativa. (Constituyente, 1991).

Para Jairo Villegas Arbeláez en su libro Principios, estructuras y relaciones individuales de 1998, los servidores públicos dentro de su marco legal y reglamentario se integran también por el régimen de carrera que comprende de un sistema de concurso para el ingreso a la función pública y el ascenso dentro del mismo un sistema de calificación en el desempeño del empleado en concordancia con los principios del artículo 209 de la Constitución Política Colombiana. Siendo así el carácter regulatorio constitucional de la función pública administrativa deberá estar previsto en la planta de personal por medio de una vinculación de una relación legal y reglamentaria. (Villegas Arbelaez, Principios, estructuras y relaciones individuales, 1998). El tema central del presente trabajo de investigación gira en torno

Así las cosas, resulta necesario indagar e ir más allá frente al estilo o modalidad de contratación administrativa, el tema central del presente trabajo de investigación gira en torno al contrato realidad frente al *outsourcing* en el cumplimiento misional al interior de las instituciones públicas colombianas, dándole respuesta a nuestro planteamiento del problema “¿*Qué consecuencias trae el contrato de outsourcing en el objeto misional de las interior de las instituciones públicas colombianas?*”, siendo viable la realización de un estudio de campo

respaldado por la metodología epicentro de esta investigación, indagando las ventajas y desventajas del *outsourcing*, igualmente analizando los estudios que se han realizado frente a esta problemática, anteponiéndolo con el objetivo general de esta investigación el cual es “*Demostrar las implicaciones que conlleva la contratación por outsourcing, para el cumplimiento del objeto misional de las instituciones públicas colombianas*”.

Teniendo en cuenta entonces que entre las ventajas que conlleva el *outsourcing* dentro de la propia Administración, se encuentran las ventajas económicas como consecuencia de la economía de escala; externalización del centro de la propia organización, nueva imagen de modernización de la propia Administración pública, lo que supone un elemento de transformación de la Administración pública pasando de una concepción en la que el funcionario controlaba el gasto público, a una nueva concepción en la cual la administración pasa a ser la institución reguladora de las propias acciones de *outsourcing*.

En el entendido que el *outsourcing* es una alianza estratégica entre dos empresas en la cual una subcontrata a otra para que le preste servicios en una actividad que, aunque necesaria no es crítica para la empresa contratante, creando una relación basada en la confianza, con la cual se busca el beneficio para ambas partes.

Para concluir es importante considerar que esta investigación, tiene como objetivos y funciones específicas, en primer lugar *Exponer los aspectos normativos de la contratación de empleados de las Instituciones públicas*, confrontando si esta situación jurídica se ciñe a los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, en segundo *Identificar las falencias que conlleva la contratación de empleados bajo la figura de outsourcing*, de esta manera constatando si existe un impacto positivo y negativo en la administración pública colombiana y por último *Indagar sobre las modalidades de contratación ejercidas por las Instituciones públicas*

*colombianas en los últimos 3 años* con el fin de garantizar un respaldo con el método investigativo determinando las modalidades de contratación ejercidas por la Instituciones públicas colombianas.

En efecto la presente investigación busca descubrir las consecuencias e implicaciones que trae el contrato de *outsourcing* en el objeto misional al interior de las Instituciones públicas colombianas.

## JUSTIFICACIÓN

Por medio de un estudio en profundidad sobre el contrato realidad a la luz del contrato de *outsourcing* se pretende aclarar los procesos socioeconómicos, políticos y legales que permitieron la consolidación de los servidores públicos y así una comprensión profunda de estos fenómenos nos permitirá aclarar cómo se lleva a cabo el cumplimiento del objeto misional al interior de las instituciones públicas colombianas ya que no solo como ciudadanos sino como futuros juristas es de gran importancia conocer de qué manera se está contratando dentro de la administración pública.

Es así como no resulta muy corriente la aplicación del *outsourcing* en la administración pública y ello es debido a las especiales características propias de esta, así como a la especificidad del contrato, la complejidad de la administración, la competencia y responsabilidad jurídica, repercusión pública de los fallos, la sensibilidad de la administración, pérdida del conocimiento son algunas de las características que suelen tener reflejos en los pliegos.

## HIPÓTESIS

La contratación de personal por *outsourcing* que se está manejando al interior de las entidades públicas puede tener serias implicaciones tanto legales como constitucionales en el entendido de que aquellos funcionarios que emplean esta clase de contratos están dejando de lado las disposiciones legales y reglamentarias, así como la misma figura del contrato de trabajo. Si bien es cierto, y siendo un argumento válido se podrá entender que el objeto de este tipo de contratos es el cumplimiento misional de la entidad acto por supuesto debatible, pero lo que no se toma en cuenta son las implicaciones que a juicio de los investigadores son graves no solo por la seguridad jurídica sino por la amenaza latente de la configuración de múltiples contratos realidad que traería no solo un desgaste judicial para su comprobación, sino un perjuicio económico para la misma entidad, que como todos saben maneja dineros eminentemente públicos, contando también con la vulneración de los derechos laborales- constitucionales como los de asociación, afiliación al sistema integral de seguridad social entre otros derechos adquiridos con la relación contractual del *outsourcing*.

Esta investigación se encuentra centrada en el contrato realidad frente al *outsourcing* en el cumplimiento misional al interior de las instituciones públicas colombianas, con el cual buscamos dar una respuesta a nuestro planteamiento del problema “¿*Qué consecuencias trae el Contrato de Outsourcing en el objeto misional al interior de las Instituciones Públicas colombianas?*”

Teniendo en cuenta la conformación y calidad de servidor público, así como los criterios de selección, si las instituciones públicas tienen el deber de cumplir con el objeto misional para el cual fueron creadas, pero sin menoscabo de las posibles vulneraciones constitucionales y

legales que se generan cuando haciendo uso de diferentes contratos atípicos como el *outsourcing* para emplear personal que en ocasiones cumple funciones ya sea de trabajador oficial o de empleado público. En consecuencia, se debe preponderar la normatividad constitucional y legal, así como promover la estabilidad laboral de aquellos que por sus condiciones de idoneidad eficiencia y resultados, así como los criterios de selección ya sean formales, legales y funcionales, para entrar a la administración son bien llamados servidores públicos. (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, Régimen del Servidor Público, 2008)

De seguir con estas modalidades de contratación para entrar a la administración como el denominado *outsourcing* se estaría formando un retroceso de normatividad constitucional jurídica e histórica de la cual se formaron los criterios de selección anteriormente nombrados.



## MÉTODO

Este escrito pretende mostrar los principales hallazgos acerca del concepto de contrato realidad a la luz del contrato de *outsourcing* y, luego de la revisión y análisis de textos, normatividad, doctrina y jurisprudencia a la luz de un diseño cualitativo e interpretativo, de tipo documental.

El proceso de investigación tuvo como objetivo principal establecer el las implicaciones socioeconómicas y legales dentro de esta problemática.

Siendo una metodología de investigación cualitativo-documental de carácter crítico interpretativa que revisa los estados producidos por las personas en su representación bibliográfica, conformada por tres fases, la planeación, el diseño y gestión y el análisis, formalización y elaboración; en la cual se usan los instrumentos de matriz bibliográfica y matriz analítica de contenido.

También respaldada de un enfoque estadístico una entrevista realizada a un funcionario público conocedor de la temática *outsourcing*.

## CAPÍTULO 1 *OUTSOURCING*

### 1.1 Origen etimológico

La palabra *outsourcing* tiene su origen en el inglés (Estados Unidos). Es un vocablo conformado por *out* que indica fuera o externo, *source* cuyo significado es fuente u origen, más el uso del sufijo *ing* que sugiere una acción continuada. Su concepto sugiere la acción continuada de la búsqueda de una fuente externa. (Diccionario Actual, 2012)

Clase: término inglés aplicado a la gestión empresarial.

Su definición es “proceso por el cual una determinada empresa contrata los servicios de otra para realizar tareas en que está especializada. Para ello, puede contratar sólo al personal, en cuyo caso los recursos los aportará el cliente (instalaciones, hardware y software), o contratar tanto el personal como los recursos. Un subconjunto del término (deslocalización) también implica la transferencia de empleos a otro país, bien contratando empresas locales o bien estableciendo una base en sitios donde la mano de obra es barata. El término se hizo popular en el mundo de los negocios y la administración de empresas en los años 90”.

En la actualidad es más común en recursos humanos, atención al cliente, manufactura e ingeniería, contabilidad, telemarketing, diseño gráfico y generación de contenido. Generalmente, comprende especialidades que no son propias de las funciones fundamentales de la organización contratante.

Existen varios tipos, que son:

***In-house:*** es el que se realiza dentro de las instalaciones de la organización contratante del servicio.

***Off-site:*** es el que se realiza en las instalaciones de la empresa contratada.

**Co-sourcing:** es cuando el prestador del servicio ofrece algún tipo de valor añadido a su cliente, por ejemplo, puede ser compartir los riesgos.

**Colaborativo:** cuando se utiliza la capacidad ociosa en las operaciones para producir artículos o prestar servicios a un tercero. (Diccionario Actual, 2012)

El *outsource* podría definirse como un servicio exterior a una compañía o entidad y que actúa como extensión de los negocios de la misma, pero que es responsable de su propia administración, en tanto que *outsourcing* podría definirse como la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de una entidad.

Paule Neale director de negocios de la compañía ISL de IBM, describe el *outsourcing* como la práctica de transferir la planeación, administración y operación de ciertas funciones a una tercera parte independiente. (Perez Garcia, 1999)

## **1.2 Historia del *outsourcing*.**

El *outsourcing* se comenzó a practicar desde el inicio de la era moderna. Este concepto no es nuevo, ya que muchas compañías competitivas lo realizaban como una estrategia de negocios. Después de la segunda guerra mundial, las empresas trataron de concentrar en sí mismas la mayor cantidad posible de actividades, para no tener que depender de los proveedores. Sin embargo, esta estrategia que en principio resultara efectiva, fue haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, ya que nunca los departamentos de una empresa podían mantenerse tan actualizados y competitivos como lo hacían las agencias independientes especializadas en un área, además, su capacidad de servicio para acompañar la estrategia de crecimiento era insuficiente.

El concepto de *outsourcing* comienza a ganar credibilidad al inicio de la década de los 70's enfocado, sobre todo, a las áreas de información tecnológica en las empresas. Las primeras

empresas en implementar modelos de *outsourcing* fueron gigantes como EDS, Arthur Andersen, Price Waterhouse y otros. El *outsourcing* es un término creado en 1980 para describir la creciente tendencia de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores. (Pérez Vásquez, 1996)

En 1998, el *outsourcing* alcanzó una cifra de negocio a nivel mundial de cien mil millones de dólares. De acuerdo con estudios recientes, esta cantidad se disparará hasta 282 mil millones de dólares. Para entender plenamente el *outsourcing*, este también debe considerarse a la luz de otras decisiones gerenciales: la cuestión sobre fabricar o comprar y la fijación correcta de la cantidad, es decir encontrar la cantidad correcta de personal para una organización. Ambas decisiones son centrales para la estrategia del *outsourcing*. (Bermudez, 2005)

El fenómeno de las grandes corporaciones que están ha concluido con las sospechas de los grandes consorcios pues pudieran acabar con toda la industria y sacar del negocio a las empresas pequeñas y medianas. Estas últimas cuentan con el ingenio que requieren las compañías más grandes.

El Autor Fernando Roberto Pérez Vásquez, en su obra *Outsourcing* de 1996 aseguro que el *outsourcing*, combinado con otras técnicas, está creando un ambiente sofisticado, totalmente nuevo, en la relación cliente- proveedor, existiendo una cooperación intensa, en la que los proveedores adoptan los mismos sistemas que los clientes y así mismo comparten dichos sistemas, se convierten en una extensión de ellos, o se apoderan de sistemas complejos de fabricación. Por lo que se refiere a la administración general, se están transfiriendo procesos de negocios. Esto hace que se generen cuestiones sobre acuerdos, relaciones, evaluación de proveedores, prácticas comunes, capacitación, etcétera, pero, sobre todo, demanda o exige formación de sociedades. (Pérez Vásquez, 1996).

## **1.3 Derecho Comparado**

### **1.3.1 Chile**

Como lo manifiesta el autor **Emilio Morgado Valenzuela** en su obra *Derecho Laboral Chileno*, el término *outsourcing* puede ser entendido como la deliberada elección de una fuente ajena a lo propio. La fuente proveedora pasa a ser externa. De este modo, no se acude a recursos propios y originarios, sino que a recursos ajenos y derivados de otras fuentes. Se externaliza, se torna ajena, se “ajeniza”.

En Chile se maneja esa forma de trabajo descentralizadora esto para manejar mejor los niveles de competitividad de las empresas y entidades por el impulso de los actuales procesos de internacionalización tanto de la economía como de la tecnología, esta última que es una herramienta útil para utilizar la figura del *outsourcing*. (Morgado Valenzuela, 2012)

Esto en primera medida sería una opción positiva para impulsar como se dijo anteriormente la economía y la competitividad, pero lo que se refleja en la realidad son estrategias que atentan contra la actividad eminentemente laboral dejando deslaborizada la relación que de empleador y empleado en verbigracia lesionando derechos individuales, colectivos y de protección social todos estos inherentes a la relación laboral. La regulación del contrato de *outsourcing* en Chile se maneja por medio de la Ley 20.123, de octubre de 2006 regula dos formas de externalización de la prestación de trabajo:

#### **1.3.1.1 La subcontratación:**

Es esa labor realizada por el trabajador para un empleador que para efectos de esta relación se denomina contratista y seguidamente este contratista tiene una relación no laboral con una tercera persona pudiendo ser natural o jurídica dueña y finalizadora de la obra. La empresa

principal es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores. De igual manera, el contratista es solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a los subcontratistas respecto de sus trabajadores.

Todo esto se da aplicando el respectivo derecho de información y de no ser así se aplicará la debida retención de quien incumpla. En lo concerniente a las obligaciones referidas a la seguridad y salud en el trabajo, la legislación dispone que la empresa principal también debe adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud “de todos los trabajadores” que laboran en su obra, empresa o faena, “cualquiera sea su dependencia. (Regulación del Trabajo en Régimen de Subcontratación, 2006)

Es una modalidad de *outsourcing* que regula las siguientes partes de este trabajo, **1. Las empresas de servicios transitorios:** Que es esa persona jurídica inscrita y que tiene como único objeto social poner a disposición de empresas usuarias a trabajadores. **2. Las empresas usuarias:** Por medio de sus trabajadores cumplen labores transitorias y ocasionales, esta empresa contrata con la empresa de servicios transitorios a esos trabajadores para cubrir las vacantes temporales de ya sea una suspensión del contrato laboral, así como licencias especiales y el cubrimiento de congresos o proyectos que involucren construcción o instalaciones de ampliación etc., así como trabajos urgentes que requieran ejecución inmediata como reparaciones.

(Regulación del Trabajo en Régimen de Subcontratación, 2006)

Contrario sensu no se puede contratar en empresas usuarias trabajadores transitorios con las siguientes funciones: representación de empresa usuaria, así como remplazar trabajadores que se hayan declarado en huelga o para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.

Se debe por parte de la empresa usuaria que pretenda contratar trabajadores transitorios hacerlo mediante esas empresas que tengan registro en la dirección del trabajo chileno, de no ser

así ese trabajador quedara bajo la responsabilidad de la empresa usuaria. Además de las sanciones administrativas en las que pueda incurrir por dicha conducta. (Regulación del Trabajo en Régimen de Subcontratación, 2006)

Seguidamente para la vinculación de los trabajadores transitorios se maneja el contrato de puesta a disposición, que debe ser formalmente escrito con la duración del mismo el objeto y precio convenido además de la individualización de las partes y el derecho o no de usar instalaciones de la empresa usuaria.

Por último, el contrato de trabajo de servicios transitorios es aquel que firma el trabajador transitorio con la empresa de servicios transitorios en donde hay obligaciones recíprocas la primera de ejecutar la labor y la segunda de pagar por dicha labor contrato este que debe seguir los lineamientos del código del trabajo.

Así se puede ver a groso modo cómo se maneja la tercerización o el *outsourcing* en Chile se denota una regulación más detallada que la colombiana en el análisis jurídico se deja en evidencia que en este caso se externaliza la relación laboral es decir deja de ser directa entre trabajador y empleador como se ha manejado tradicionalmente, seguido a esto existen dos relaciones simultáneas, una la laboral entre el empleado y la empresa de servicios transitorios quien es la que paga su labor y la otra relación es eminentemente contractual entre el trabajador de esa empresa transitoria que surte a la empresa usuaria quien requiere el servicio sería entonces una relación triangulada entre las partes.

Se refleja que las relaciones laborales dejan de mirar el lado humano integral y competente para ajustarse más a una carrera de precios es decir el trabajo utilizado como mercancía en palabras coloquiales la empresa que suministre trabajadores a menor costo es la que la empresa usuaria final contrata. (Codigo Chileno del Trabajo, 2002)

Se maneja también la teoría de la dualidad en las remuneraciones, así como de las prestaciones sociales teniendo en cuenta que se diferencian las de los trabajadores propios de la empresa usuaria y la de los trabajadores dependientes de la empresa de servicios temporales prestándose esto último para eventuales discriminaciones.

Siguiendo esta tesis en Chile se maneja el tema de prestaciones sociales y de seguridad social de manera similar a Colombia es decir dependiendo de las contribuciones que hacen los trabajadores a los diferentes sistemas, así las cosas ese carácter transitorio de estos trabajadores causa una incertidumbre ya que ese carácter transitorio no les garantiza la continuidad en dicho trabajo y así poder seguir aportando al sistema de seguridad social además de tener una grave afectación a sus prestaciones sociales. Además de que la capacitación y la formación en diferentes áreas que se ve más relacionada en empresas usuarias es decir que brinden empleos de carácter fijo se tomarían como una forma más de discriminación con aquellos trabajadores de carácter transitorio al no ser esta una obligación.

En consecuencia y como también se denota en el ordenamiento colombiano estos trabajadores transitorios verían seriamente afectados sus derechos de sindicalización y negociación colectiva.

### **1.3.2 México**

El *outsourcing* o subcontratación en México se engloba en la ley federal del trabajo como una forma de subcontratación que a contrario de lo que se utiliza en otros países, marca una pauta de protección de los trabajadores a través de implementar una responsabilidad solidaria entre, por un lado, quien contrata y la empresa que recibe los beneficios del trabajador.

Así mismo la suprema corte de justicia manifiesta en reiterada jurisprudencia que existe una responsabilidad solidaria cuando ha existido ese beneficio de la empresa contratista, dejando



la carga de la prueba en manos exclusivas del patrón, desde este punto de vista no habría mayores implicaciones ya que tanto administrativamente como jurídicamente estaría respaldada.

Los problemas empiezan cuando se quieren impulsar nuevas reformas a la ley federal del trabajo que lo regula en donde se quiere eximir de la responsabilidad solidaria a los contratantes y a las empresas usuarias la reglamentación del *outsourcing*, dicha reglamentación se encuentra regulada tanto en la antes mencionada ley federal del trabajo como en la constitución de México que como garante de los derechos laborales en su artículo 123 regula los principios y reglas mínimas del trabajo de las cuales se manifiesta conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patronos, el trabajo es un derecho y un deber social.

Es de interés social promover y vigilar la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores, posteriormente el artículo 5 reza que el estado debe garantizar el trabajo a todos sus asociados (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

En consecuencia y a través de una serie de transformaciones tanto económicas como de desarrollo laboral formas atípicas de contratación y de la misma globalización la subcontratación en la ley federal del trabajo de México se maneja puntalmente en sus artículos 12 y 15 que pregonan las reglas a las que deben estar sujetos los intermediarios nombre este que describe precisamente el *outsourcing* o tercerización que define la intervención de alguna persona en la contratación de otra para que esta última eventualmente preste un servicio a una empresa denominada patrón empleador o usuaria. (Ley Federal del Trabajo, 1970)

El artículo 13 hace una definición diferenciadora del *outsourcing* en la cual reza No serán considerados intermediarios, sino patronos, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Lo que podemos evidenciar en dicho artículo es que si las empresas contratan trabajadores por medio de *outsourcing* para hacer funciones propias de la empresa que puede desarrollar cualquier trabajador directamente, esta empresa será solidariamente responsable junto con los intermediarios por todas las obligaciones laborales a las que el empleado tiene derecho manifestadas estas en el artículo 15 de la ley federal del trabajo de México. (Ley Federal del Trabajo, 1970)

Anterior a esto nos dice el artículo 14 de la ley en mención, que para cuando se utilice la forma de intermediación para la contratación de fuerza laboral en la empresa usuaria los trabajadores tendrán los derechos de prestar sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento así como los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución con cargo a los salarios de los trabajadores. (Ley Federal del Trabajo, 1970)

Lo que se puede evidenciar en la investigación es que la regulación en México está mejor situada, aunque a los empresarios les cause cierto malestar la ley es clara en la medida de la protección de los derechos de esos trabajadores tercerizados pero que también son subordinados de la empresa beneficiaria dicho esto queda claro por qué se adquieren los mismos derechos tanto de trabajadores directos como de los que se vinculan con la intermediación del *outsourcing*.

Vemos aquí de una manera sumaria pero analítica como se regula esta figura de *outsourcing* en México tomando en cuenta que hay una serie de reformas que se quieren tramitar para hacer el cambio de por ejemplo la responsabilidad solidaria, ahora centrándonos en la ley hoy vigente se ve la regulación que tiene la figura de intermediación tercerización *outsourcing* en donde se dejan varias reflexiones primero que como estrategia empresarial el *outsourcing* es una buena manera de incrementar ganancias y competitividad.

Lo que algunos autores llaman fase administrativa, pero también de un modo más reflexivo inclinado al trabajador que es donde se debe centrar la administración, no se puede comparar la renta del trabajo como mercancía, con el trabajo directo para la realización de la persona, es decir no está bien ejecutado y visto que antepongan un beneficio económico los trabajadores deben tener condiciones de trabajo y seguridad que coadyuven a garantizar su calidad de vida y la de sus familias sin desconocer que el derecho por naturaleza es dinámico cambiante pero justo.

### **1.3.3 España**

El *outsourcing* en este país europeo tiene postulados y principios similares a los de los países antes en mención el objetivo es la dinámica empresarial y económica, esto da cabida a las modificaciones y transformaciones que la legislación española ha sufrido en los últimos tiempos, el autor Francisco Alemán Páez en su obra *La Flexibilización del Derecho Español*, define esta relativamente nueva forma de subcontratación de la siguiente manera. (Alemán Pérez, 1995)

Se encuentra la sociedad en una evolución industrial capitalista en donde la intromisión de las nuevas tecnologías y las transformaciones de las empresas y organizaciones hacen que el *outsourcing* tome cada vez más fuerza e donde la economía cada vez se hace más flexible.

Según la definición del autor lo que se deja entredicho, es que la subcontratación es una estrategia de las empresas y sectores que la utilizan para aumentar su rentabilidad es decir que se puede tener la misma calidad de trabajo y por un costo menor entendido costo tanto económico, como funcional en el que este último hace que las empresas se centren en lo que realmente es su objeto social es decir su fuerte y que las demás tareas sean subcontratadas esto hace referencia a los partidarios de esta nueva economía y forma de contratación.

Tomando en cuenta esta definición el derecho por excelencia debe ser dinámico, es decir las relaciones laborales cambian o dicho de otra manera se actualiza y fue lo que sucedió con

España desde la década de los 80 con la reforma de 1894, en la que surgió la modalidad llamada enganche de trabajadores atípicos en donde se reflejó los primeros pasos de la contratación temporal de esos trabajadores para hacer un plan de choque contra el desempleo que en esas décadas se vivía. (Alemán Pérez, 1995)

Seguidamente se implementa la ley 42 de 1994 medidas fiscales administrativas y de orden social en donde se reflejó la flexibilización del empleo que antes solo era potestad del estado, ahora con esta dinámica laboral las agencias privadas darían acceso al trabajo y se empezarían a formar agencias de empleo temporal, además de que se inició la autonomía comercial de los contratos temporales es decir que lo temporal no se manejaría solo por la legislación ordinaria tradicional, sin que esta también sería manejada por las empresas “Wilfredo Sanguinetti catedrático y doctor en derecho de la Universidad Salamanca de España”. (Ley 42 Medidas fiscales, administrativas y de orden social., 1994)

Esta ley también trae unos beneficios los cuales son reducción de pagos parafiscales para empresas que contraten personas mayores de 45 años, así como de personas minusválidas. Estos lineamientos se siguieron dando hasta la ley 50 de 1998. Basándonos en la normatividad dejada entredicho que la figura de la subcontratación es necesaria para el desarrollo de las relaciones laborales según esto el trabajo es más abundante y los beneficios económicos son mayores. (Ley de Medidas Fiscales y Administrativas, 1998)

En torno a la responsabilidad en los casos de subcontratación, para el caso de España, se trata de una responsabilidad solidaria y subsidiaria, donde para poder hacer valer la responsabilidad subsidiaria, se requiere para poder exigir la deuda al Empresario Principal que la Administración Pública haya agotado el procedimiento de recaudación frente al deudor principal y a los responsables solidarios y declare fallidos al deudor principal y a los responsables

solidarios seguidamente, la Administración podrá iniciar los trámites para la derivación de la acción administrativa y exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables subsidiarios. Para ello, se requiere un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión.

En el actual Estatuto de los Trabajadores de España en su artículo 42 reza la responsabilidad que tienen los empresarios que pretendan subcontratar servicios y obras con otros, correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de 30 días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. (Estatuto de los Trabajadores de España, 1980)

El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la seguridad social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la seguridad social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. (Estatuto de los Trabajadores de España, 1980)

Aquí podemos analizar que la empresa principal tiene la carga de la investigación y certificación de ese trabajador subcontratado a empresas prestadoras de servicios de prestaciones sociales, seguido de que la empresa usuaria es solidariamente responsable junto con el subcontratista de las acreencias laborales de los trabajadores, además la responsabilidad en la subcontratación es relativa, dependiendo de la función que cumpla el contratista en la empresa usuaria, así de que también habrá exoneración cuando la labor realizada por el contratista no sea de la actividad propia de la empresa usuaria.

#### **1.4 Concepto de *outsourcing*.**

En este contexto, un primer acercamiento al concepto general de *outsourcing* podría darse a partir de la siguiente noción:

"Esto es *outsourcing*; una alianza estratégica entre dos empresas en la cual una subcontrata a otra para que le preste servicios en una actividad que, aunque necesaria, no es crítica para la empresa contratante. Creando una relación basada en la confianza, con la cual se busca el beneficio para ambas partes. (Pérez Vásquez, 1996)

Es así como el *outsourcing* aparece como una herramienta de gestión a partir de la cual una empresa, que pretende responder a las necesidades de sus clientes y usuarios, decide externalizar en cabeza de otra organización una serie de servicios u operaciones, que, si bien son importantes para el logro del objeto principal de la organización empresarial, no constituyen su objetivo fundamental.

Según el autor Francisco Alemán Páez en su obra *La Flexibilización del Derecho Español* de 1996 definió lo siguiente "El *outsourcing* podría definirse como un servicio exterior a la compañía y que actúa como una extensión de los negocios de la misma, pero que es responsable

de su propia administración, en tanto que *outsourcing* como la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de una compañía.

(Alemán Pérez, 1995)

El concepto de *outsourcing* o tercerización empezó a incursionar en el ámbito empresarial colombiano y en principio se ofreció como una interesante y atractiva forma de vincular personal para prestación de servicios temporales a particulares u otras empresas. Pronto empezaron los inconvenientes de índole legal, por cuanto al personal así contratado no se le reconocían las acreencias laborales del caso, entre otras cosas porque se le contrataba bajo la modalidad de prestación de servicios. (Diccionario Actual, 2012)

### **1.5 ¿Qué es el *outsourcing* o tercerización?**

Para la autora Katherine Bermúdez el *Outsourcing* se lo podría denominar principalmente como un cierto tipo de contratación indirecta, para el objeto de la prestación de bienes y/o servicios, por parte de una empresa contratante, respecto de una empresa ofertadora de los mismos o empresa contratada (*outsourcer*). (Bermudez, 2005)

Como resultado de la necesidad de cubrir por parte del contratante, se abre un abanico de posibilidades de parte de las empresas ofertadoras, que van desde el servicio de fotocopias, aseo y limpieza de oficinas, hasta el servicio de correo, entrega puerta a puerta de sobres y/o documentos, servicio de transporte vehicular, servicio de vigilancia de empresas, laboratorios, colegios, escuelas, etc. *¿En qué casos podemos hablar concretamente de tercerización?*

Existen en Colombia al menos cuatro casos tipificados en los que se hablaría de Subcontratación y tercerización laboral,

1. Subcontratación en un sentido estricto y amplio.

2. Intermediación laboral
3. Suministro de mano de obra temporal
4. Utilización de trabajadores autónomos e independientes. (Pérez Vásquez, 1996)

## **1.6 Características**

El autor Cesar Gómez Estrada en su obra De los Principales Contratos Civiles de 1996 estableció las siguientes características de *outsourcing*:

La prestación del servicio la realiza el contratista por su cuenta y riesgo. Es decir, puede desarrollarla directamente o por medio de otras personas, conservando siempre sobre sí la responsabilidad de su ejecución.

El elemento dependencia o subordinación, esencial en la relación laboral, no se debe ver involucrado en ningún sentido en la relación entre contratante y contratista. Precisamente, este elemento es el que diferencia las dos figuras jurídicas.

La autonomía técnica y directiva con que cuenta el contratista independiente implica actuar conforme sus propios lineamientos, sus propios elementos y procedimientos; la única injerencia del contratante se da respecto del resultado final que es en últimas la razón por la cual contrató. (Gomez Estrada, 1996)

La relación entre el contratante y el contratista se desarrolla generalmente bajo un contrato de prestación de servicios, lo que implica que, para su celebración, solo requiere del acuerdo de las partes; se adquieren obligaciones para cada una de ellas, entre las que está ejecutar la tarea u obra encomendada y el pago de un precio o remuneración.

El contratista independiente puede prestar el servicio de manera personal o directa, o también a través de otras personas. En este último evento, el beneficiario de la obra responderá



en forma solidaria con el contratista por las obligaciones laborales dejadas de cancelar a los trabajadores del mismo; siempre y cuando las labores contratadas correspondan al giro ordinario de las actividades del contratante de la obra. (Gomez Estrada, 1996)

Así mismo el autor José Juan Mora Pérez señaló en el 2012 las ventajas y desventajas del *outsourcing*.

### **1.7 Ventajas del *outsourcing***

- Los costos de manufactura declinan y la inversión en planta y equipo se reduce.
- Permite a la empresa responder con rapidez a los cambios del entorno.
- Incremento en los puntos fuertes de la empresa.
- Ayuda a construir un valor compartido.
- Ayuda a redefinir la empresa.
- Construye una larga ventaja competitiva sostenida mediante un cambio de reglas y un mayor alcance de la organización. (Mora Pérez, 2012)
- Incrementa el compromiso hacia un tipo específico de tecnología que permite mejorar el tiempo de entrega y la calidad de la información para las decisiones críticas.
- Permite a la empresa poseer lo mejor de la tecnología sin la necesidad de entrenar personal de la organización para manejarla. (Mora Pérez, 2012)
- Permite disponer de servicios de información en forma rápida considerando las presiones competitivas.
- Aplicación de talento y los recursos de la organización a las áreas claves.
- Ayuda a enfrentar cambios en las condiciones de los negocios.
- Aumento de la flexibilidad de la organización y disminución de sus costos fijos. (Mora Pérez, 2012)

### **1.8 Desventajas del *outsourcing***

- Estancamiento en lo referente a la innovación por parte del proveedor externo.
- La empresa pierde contacto con las nuevas tecnologías que ofrecen oportunidades para innovar los productos y procesos. (Mora Pérez, 2012)
- Al proveedor externo aprender y tener conocimiento del producto en cuestión existe la posibilidad de que los use para empezar una industria propia y se convierta de proveedor en competidor. (Mora Pérez, 2012)
- El costo ahorrado con el uso de *Outsourcing* puede que no sea el esperado.
- Las tarifas incrementan la dificultad de volver a implementar las actividades que vuelvan a representar una ventaja competitiva para la empresa.
- Alto costo en el cambio de proveedor en caso de que el seleccionado no resulte satisfactorio. (Mora Pérez, 2012)
- Reducción de beneficios
- Pérdida de control sobre la producción.

## **CAPÍTULO 2 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **2.1 Definición Administración pública**

El autor Aldo Guarín Durán en su obra Manual de derecho Administrativo Laboral de 2011 establece que la administración pública se encuentra ubicada en la Rama Ejecutiva del Poder Público, en virtud de la organización del Estado Colombiano regido por la Constitución Política Colombiana, existiendo entonces un conjunto de órganos al servicio de la Rama Ejecutiva, donde se cimienta el poder político con una capacidad de ejecución, pero teniendo siempre en cuenta la libertad ciudadana y un conjunto de normas y principios denominadas comúnmente de derecho administrativo, o derecho público.

La administración pública se podría precisar como una organización formal con una actividad jurídica ya establecida, como lo es la ejecución de la Ley y la prestación de servicios a los ciudadanos por medio de una normatividad propia y un campo de acción estructural y exclusivo, los cuales son los órganos del Estado Central y Descentralizado, de la mano del principio de colaboración, en materia de descentralización. (Guarin Durán, 2011, págs. 15 - 17 )

### **2.2 Principios constitucionales de la función administrativa**

Toda Constitución Política contiene las normas de dirección y organización del Estado, de su gobierno y, dentro de este, de su administración. Es así como el artículo 209 de la Constitución Política señala: Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (Machado Arias, 2012, págs. 13-15)

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un

control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. Se puede afirmar, pues, que la administración pública está determinada, tanto en su estructura como en su funcionamiento general, por las disposiciones constitucionales que fijan sus principios, sus objetivos, sus organismos, su jerarquía y competencias y los controles y las reglas a que deben ceñirse sus funcionarios para garantía de los administrados. Vienen a ser tales disposiciones el marco dentro del cual las leyes, en concreto, llevan a la práctica aquellas orientaciones, directrices y prescripciones

- |   |                            |   |                         |
|---|----------------------------|---|-------------------------|
| ✓ | Principio de Igualdad      | ✓ | Principio de Publicidad |
| ✓ | Principio de Moralidad     | ✓ | Descentralización       |
| ✓ | Principio de Economía      | ✓ | Desconcentración        |
| ✓ | Principio de Celeridad     | ✓ | Delegación              |
| ✓ | Principio de Imparcialidad |   |                         |

### **2.3 Principios mínimos fundamentales del Derecho Laboral**

La Constitución Política, en su artículo 53, establece los principios que rigen la relación laboral, lo anterior, de la siguiente manera: Artículo 53. 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 de trabajo;
- ✓ Estabilidad en el empleo
- ✓ Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales;

También habla de unas 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. 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. (Machado Arias, 2012, págs. 24-25)

#### **2.4 ¿Quién es empleado público?**

Es aquel servidor del Estado nombrado mediante acto administrativo y quien toma posesión del cargo, las condiciones laborales aplicables no se encuentran preestablecidas en la Ley, lo cual permite que las partes acuerden las mismas, e incluso se puedan mejorar a través de convenciones colectivas de trabajo negociadas entre el empleador público y el sindicato representativo de los trabajadores.

Según la ley son trabajadores oficiales quienes prestan servicios en Empresas Industriales y Comerciales del Estado salvo los cargos que se determine en los estatutos, que deben ser cargos ejercidos por empleados públicos; en Sociedades de Economía Mixta cuyo capital oficial sea superior al 90%, y en actividades de construcción y sostenimiento de las obras públicas en cualquiera de los organismos oficiales. (Cartilla Sector Público - MinTrabajo, 2013, pág. 6)

## **2.5 Noción de empleo público según la doctrina:**

Para los autores William Rene Parra Gutiérrez, Natalia Parra Mejía y Ernesto Parra Mejía, en su obra Derecho Administrativo Laboral de 2015 la doctrina si bien no se aparta de la definición legal de la que anteriormente hemos hecho mención, sí hace una definición más precisa jurídicamente hablando, definiendo que es la persona humana titular de un cargo público, quien tiene deberes y responsabilidades y no el empleo público, pues este se caracteriza por tener funciones y atribuciones, es decir que quien puede cumplir o incumplir deberes, y ser declarado responsable, es el titular del cargo, y en ningún caso el empleo. ( Parra Gutierrez, Parra Mejia, & Parra Mejia, 2015)

## **2.6 Régimen estatutario o legal y reglamentario**

El régimen estatutario o legal y reglamentario cubre tanto a empleados públicos, como a servidores públicos que no sean trabajadores oficiales, y es aquel cuya regulación está en una buena medida fijada unilateralmente por el estado, subyace en este régimen el empleo de planta de personal con carácter indefinido.

Por oposición, el régimen contractual laboral es el convenido contractualmente por el empleador y por el empleado, si la ley expresamente lo autoriza, tienen entonces un régimen estatutario los empleados públicos, sean de carrera administrativa, de periodo fijo, de libre nombramiento y remoción o de elección popular, y otros servidores públicos como supernumerarios o los miembros de corporaciones públicas.

Para los autores ya mencionados los trabajadores del estado poseen un régimen contractual, el cual permite que éstos servidores no ejerzan un empleo público de una planta de personal, en conclusión, las funciones de los empleados de las administraciones públicas en el

ordenamiento jurídico colombiano son fijadas por la constitución política, la ley, el reglamento, o por la autoridad competente. ( Parra Gutierrez, Parra Mejia, & Parra Mejia, 2015)

El artículo 125 de la carta política se fundamenta en estas razones al mencionar que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, pues por regla general para la vinculación de personas naturales con el Estado, y como excepción a la regla para esa vinculación están los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

La Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la carrera administrativa es el mecanismo por excelencia para la permanencia promoción y retiro a los empleados del Estado lo que significa su aplicación en general, la interpretación de las excepciones del artículo constitucional antes mencionado y la adopción de nuevas excepciones que cuenten con un fundamento legal, es decir que no contradigan la esencia de la misma carrera administrativa y tengan un principio de razón suficiente que las justifique lo anterior, con el fin de evitar que en contra de la constitución la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos, la regla general.

Después de tener en cuenta gracias al panorama que nos ofrece el ordenamiento jurídico colombiano y la rama del derecho administrativo laboral la vinculación de una persona natural para con el estado debe hacerse según los preceptos constitucionales legales y reglamentarios teniendo en cuenta lo anterior el contrato de *outsourcing* en las Entidades Públicas Colombianas caso concreto Contraloría General de la Republica” se sale de los lineamientos tanto constitucionales legales y reglamentarios.

Toda vez que es un abuso de la figura de la tercerización para el desarrollo de actividades propias de empleados del Estado o trabajadores oficiales, seguido a esto el perjuicio que causa no

solo en el quebramiento de la regla general de la vinculación con el Estado sino en los alcances económicos que la nación tendría que asumir si la hipótesis de esta investigación se llegare a manifestar en la masiva aprobación de la figura de contrato realidad para las diferentes personas que están bajo la figura del *outsourcing* desempeñando funciones en las entidades públicas propias de empleados públicos y trabajadores oficiales o cualquier otra vinculación legal y reglamentaria.

## **2.7 ¿Cuáles son las principales formas de contratar servicios personales en el sector público?**

Los trabajadores del sector público se llaman, de manera general, “servidores públicos” o “funcionarios”. Esta generalidad tiene dos variantes en su vinculación laboral, la establecida por la ley para los denominados “empleados públicos” y la que determina para los “trabajadores oficiales”. (Cartilla Sector Público - MinTrabajo, 2013, pág. 8)

Los empleados públicos son “de carrera administrativa”, vinculados por concurso de méritos, para actividades altamente técnicas y cuya permanencia depende de la eficiencia demostrada en mediciones de desempeño, y “de libre nombramiento y remoción”, para actividades administrativas y de función pública. Estos últimos deben ser nombrados y deben posesionarse del cargo. Los trabajadores oficiales prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado y su vinculación se realiza a través de contrato de trabajo. (Cartilla Sector Público - MinTrabajo, 2013, pág. 8)

Las anteriores modalidades implican una relación laboral subordinada, por lo que la administración, puede contratar prestaciones de servicios autónomas a través de trabajadores y contratistas independientes.



Las modalidades laborales indicadas (empleado público y trabajador oficial) cumplen con tres elementos:

- **Actividad personal:** Contratación una persona específica que no puede ser cambiada durante el contrato. Es “esa persona y sólo ella.”

- **Subordinación de tipo laboral:** Incorporada en las facultades del empleador de dar órdenes de modo, tiempo y lugar de la actividad laboral y el consecuente poder sancionatorio en caso de incumplimiento de tales órdenes.

- **Remuneración de tipo salarial:** Debe ser permanente, habitual, que provenga del empleador, que remunera directamente la actividad contratada, entre otras condiciones. El segundo elemento, la subordinación vocabulario diario se utilicen de manera amplia. (Cartilla Sector Público - MinTrabajo, 2013, pág. 8)

## 2.8 ¿Quién es contratista para el sector público?

Existen dos tipos:

**Contratistas independientes:** Personas jurídica con empleados a su servicio

**Trabajadores independientes,** Persona Natural vinculada a la administración mediante contratos administrativos de “prestación de servicios”, con el fin de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Se asimila el contratista exclusivamente con el trabajador independiente, por ello, los contratos de prestación de servicios sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando se requiera la realización de algunas actividades que no puedan desarrollarse con quienes conforman el personal de planta o cuando se requiera de conocimientos especializados. (Cartilla Sector Público - MinTrabajo, 2013, pág. 12)

El contrato usual es el de prestación de servicios, aunque pueden celebrarse contratos de mandato, depósito, etc. Es importante aclarar que las “órdenes de servicio”, “órdenes de trabajo”, “OPS” y demás denominaciones, no existen en la ley, aunque en el laboral no está presente en la contratación de prestación de servicios (trabajadores y contratistas independientes), puesto que esta es de carácter independiente. De la misma manera, podemos encontrar que en este tipo de contratos la prestación personal puede ser eventual ya que lo que se contrata es la ejecución del servicio, mas no a quién lo deba realizar personalmente, y en cuanto al pago, en estos contratos los “honorarios” desconocen elementos de los pagos salariales.

### **2.9 ¿Qué se entiende por subordinación?**

Es la facultad continua que tiene la administración de impartir órdenes e instrucciones a quien realiza la actividad, refiriéndose a la forma en que se debe trabajar, el horario en que deben cumplirse las labores, la cantidad de trabajo exigida, el lugar o lugares en que deben efectuarse las tareas, los procedimientos que debe cumplir el funcionario, etc. Así mismo, el incumplimiento de esas órdenes permite al empleador imponer sanciones, facultades con las que no cuenta el contratante frente al trabajador o contratista independiente. (Cartilla Sector Público - MinTrabajo, 2013, pág. 6)

### **2.10 Ejemplos prácticos que pueden identificar el ejercicio del elemento subordinación:**

- Imposición de reglamentos.
- Obligación de utilizar uniformes.
- Imposición del lugar o sitio de trabajo.
- Exigencia de portar carnés que identifiquen a los trabajadores como tales.
- Envío de memorandos con exigencias relativas a modo, tiempo y lugar de trabajo o de contenido sancionatorio.
- Control en las horas de ingreso y salida.
- Llamados de atención.
- Control frente a períodos de descanso.
- Exigencia de reposición de tiempo de servicio.
- Suministro de todos los elementos.

La externalización es el proceso que le permite a una organización aumentar su

capacidad para desarrollar cierta actividad, delegando dicho desarrollo en una empresa que está especializada en el tipo de actividades que se externalizan. (Cartilla Sector Público - MinTrabajo, 2013, pág. 6)

### **2.11 Las causas de la externalización**

Para José Juan Mora Pérez las causas son soportadas en:

- Aumentar la capacidad de la compañía para desarrollar ciertas actividades en las cuales no está especializada, permitiendo delegar dicho desarrollo en organizaciones especializadas.
- Reducir la inversión para adquirir activos que pueden convertirse en un lastre para la organización (Mora Pérez, 2012).
- Reducir los tiempos y costes de implantación de nuevo desarrollo.
- En momentos de reajuste económico, la externalización es una opción atractiva para las compañías al permitir reducir los costes de una parte del desarrollo del negocio de forma rápida, deshaciéndose de activos que pueden ser innecesarios para cumplir con la estrategia del negocio.
- Pero la externalización no es una opción ideal donde todo son ventajas, una de las desventajas principales es que condiciona el desarrollo de una compañía a la estrategia de otra.
- Stolovich afirma en su obra *La tercerización: ¿con qué se come?* que: Se dice que existe un proceso de tercerización cuando una determinada actividad deja de ser desarrollada por los trabajadores de una empresa y es transferida para otra empresa. Esta otra empresa es una “tercera”, de ahí el nombre de “tercerización” al proceso mediante el cual se le transfieren actividades. Dada la naturaleza de lo que ocurre en tales casos podríamos

encontrar otro nombre para bautizar este proceso: externalización. La actividad que antes se desarrollaba internamente, dentro de la empresa (y que por tanto estaba “internalizada”), pasa a “externalizarse”, o sea a desenvolverse en el exterior de la empresa. (Stolovich)

- La tercerización, o externalización, es un proceso que puede tener dos aspectos independientes, aunque no excluyentes:

La desactivación, parcial o total, de sectores productivos (como el corte de tela en la fábrica de confecciones). La empresa que terceriza deja de “producir” y pasa a “comprar” productos de otras empresas; la contratación de una o más empresas “terceras” que ubican trabajadores para la ejecución de algún servicio en el interior de la empresa cliente. O desde otro ángulo, pasan a realizar servicios que antes eran realizados por trabajadores de la empresa que se terceriza. Los casos más comunes se dan con limpieza, vigilancia y portería, transporte, ciertas actividades de mantenimiento, comedor y otros servicios.

## **2.12 Contrato realidad**

Según los autores Carlos Bohórquez Yepes y Roque Conrado Imitola en su obra El contrato de prestación de servicios de la administración pública del año 2009 el contrato de trabajo realidad, es aquel contrato que, aunque no se definió, ni formalizó, la ley considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador. El cual puede ser verbal o escrito, y en cualquier caso tiene la misma validez ante la ley. En algunos casos, entre el trabajador y el empresario no se acuerda ningún **contrato de trabajo**, ni verbal ni escrito, sino que se recurre a otro tipo de figura como el **contrato de servicios**. (Bohórquez Yepes & Conrado Imitola, 2009)

Si se dan las condiciones propias de un contrato de trabajo, primará la realidad de la relación contractual frente a cualquier formalidad acordada entre las partes; de allí la denominación de contrato realidad. De tal manera no importa cómo se ha llamado el contrato, pero si la realidad indica que es un contrato de trabajo, así será considerado por la ley.

El contrato realidad se origina en la misma ley laboral, más exactamente en el artículo 24 del código sustantivo que reza lo siguiente:

Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Seguidamente el Artículo 23 del Código Sustantivo Del Trabajo, en su numeral 2 hace referencia al contrato realidad cuando expresa:

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Congreso de la Republica de Colombia, 1950)

La misma ley laboral ha considerado que no importan las formalidades, lo que importa es lo que realmente suceda en una relación contractual entre las partes, de modo que de poco sirve recurrir a maniobras, figuras y artificios para ocultar o disfrazar una relación laboral, pues la realidad será la que se impondrá, y en lo que tiene que ver con una relación de trabajo que por su misma naturaleza debe ser laboral, indiscutiblemente será laboral por expreso mandato legal.

## **CAPÍTULO 3 CASO CONCRETO**

### **3.1 Entidad pública colombiana a estudiar Contraloría General de la República**

La Contraloría General de la República (CGR) es el máximo órgano de control fiscal del Estado. Como tal, tiene la misión de procurar el buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del Estado, mediante acciones de mejoramiento continuo en las distintas entidades públicas.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 267, establece que: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación".

En la Carta Política, el control fiscal a la gestión pública pasó de ser previo y perceptivo, a posterior y selectivo. No obstante, el nuevo enfoque del control permite la aplicación de un control de advertencia o de prevención, para que el administrador público conozca en tiempo real las inconsistencias detectadas por la Contraloría y, mediante la aplicación de un control de corrección, proceda a subsanarlas, con lo cual lograremos entidades más eficientes y eficaces, cumpliendo con el fin último del control que es el mejoramiento continuo de las entidades públicas.

Actualmente, la entidad cuenta con una planta de personal de 4.057 cargos de los cuales 3.934 son cargos de carrera administrativa y 123 son de libre nombramiento y remoción.

Los cargos en todo el país tienen su sistema de carrera administrativa especial plenamente desarrollado y aplicado. (Contraloría General de la República, 2016)

### **3.2 ¿Cómo se ubica en la estructura del Estado?**

La Contraloría General de la República es uno de los órganos autónomos e independientes del Estado, al lado del Ministerio Público, el Consejo Nacional Electoral y la Comisión Nacional de Televisión.

### **3.3 ¿Qué hace la CGR?**

En cumplimiento del artículo 119 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República ejerce, en representación de la comunidad, la vigilancia de la gestión fiscal y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación. Evalúa los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado, al determinar si adquieren, manejan y/o usan los recursos públicos dentro del marco legal, sujetos a los principios de economía, eficiencia, eficacia, equidad y sostenibilidad ambiental.

Examina la razonabilidad de los estados financieros de los sujetos de control fiscal y determina en qué medida logran sus objetivos y cumplen sus planes, programas y proyectos. Tiene a su cargo establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares que causen, por acción o por omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Impone las sanciones pecuniarias que correspondan y las demás acciones derivadas del ejercicio de la vigilancia fiscal, procurando, igualmente, el resarcimiento del patrimonio público. (Contraloría General de la República, 2016)

### **3.4 Objeto misional**

Fortalecer el control y la vigilancia de la gestión fiscal con enfoque preventivo en el marco de la Constitución y la Ley, para garantizar el buen manejo de los recursos públicos, en la búsqueda de la eficiencia y la eficacia de la gestión pública, con participación de la ciudadanía, para el logro de los fines del Estado.

### **3.5 Objeto visional**

En el año 2018, la Contraloría General de la República será reconocida como una entidad autónoma e independiente que, con el fortalecimiento del control y la vigilancia de la gestión fiscal, contribuyó al buen manejo de los recursos públicos y a la eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado. (Contraloría General de la República, 2016)

### **3.6 Carrera especial de la Contraloría General de la República**

La carrera administrativa fiscal es denominada como un sistema de administración de personal que tiene como finalidad mejorar la eficiencia de los servicios a cargo de la CGR ofreciendo a todos los colombianos igualdad de oportunidades y estabilidad en los empleos y una posibilidad de ascenso conforme a los reglamentos establecidos por ley (Younes Moreno, 2013).



### **3.7 Antecedentes**

Desde la evolución funcional y orgánica del estado, contando desde la época esclavista, seguidamente por el sistema monárquico absolutista y hasta la institucionalidad actual “Estado social de derecho” nos conduce a replantearnos la idea de cómo ese estado monárquico alcanzó una estructura meramente burocrática dando pie a la relación jurídica de los trabajadores de quienes trabajaron para el estado antes mencionado, en Europa central y en la llamada América colonial.

En verbigracia se muestra cómo las personas se vincularon con el estado, en lo que se conceptualiza hoy como servidores públicos, en ese entonces y como era evidente se clasificaron en una minoría por la precaria presencia de instituciones frente a la densidad poblacional y a las relaciones laborales en consecuencia y contrario a lo que se maneja en la actualidad, esas relaciones laborales eran meramente agrícolas y artesanales y la calidad de lo llamado hoy servidor público se daba de manera excepcional en las clases sociales más altas, designación manifestada por el monarca.

#### **3.7.1 Alemania**

Bien llamada la cuna del funcionario moderno y de la carrera administrativa, Alemania es el país clásico de los funcionarios del mundo europeo, tomando en cuenta que desde el siglo XX el derecho alemán de los funcionarios era el más desarrollado del mundo, en donde se tuvo como fuerte postulado la inclusión de un funcionario “servidor público” por lo llamado estado social de derecho idea fuertemente inclinada a la lealtad y protección del servicio público. (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, Régimen del Servidor Público, 2008)

En la pasada Alemania federal la denominación de servidores públicos tenían una diferenciación por grupos, el primero regido por el la rama del derecho Público y por esto

llamados funcionarios con desenvolvimiento en tareas de mando y coerción así como de protección ciudadana y civil educativas y demás, el segundo grupo llamados agentes que son sometidos por la rama del derecho privado manifestado en derechos colectivos y en funciones económicas, aquí es donde se ve esa particularidad que se podría tomar como analogía entre empleado Público y trabajador oficial, ya que por motivos de seguridad estatal hay funciones que no se pueden someter a personas que tengan relación laboral “derecho privado”.

### **3.7.2 España**

A la llegada del siglo XIX se hace una transformación constitucional formando con esto cambios en la organización política y administrativa de España, tomando en cuenta esto en 1812 toman un nuevo papel los denominados secretarios del estado llevando funciones dictadas por el rey es decir toman esa responsabilidad jerarquizada en consecuencia son responsables directos de los movimientos gubernamentales, rectores de la administración pública central del estado.

En consecuencia, esos puestos de la Administración son un patrimonio político y económico Se generaliza la técnica del *spoil system*, importada del derecho americano, considerándose la Burocracia como un patrimonio político del Gobierno. ( Villegas Arbelaez, Derecho Administrativo Laboral, 2008).

Pasada la época absolutista, nace el modelo de función pública para una adecuada carrera de los funcionarios públicos como mecanismo indispensable para mejorar su rendimiento y productividad que va en pro de la dinámica administrativa positiva, así se empezaron a germinar principios de eficiencia y cualificación para el ingreso a la administración así lo explicó el Ministro de Hacienda de Fernando VII, Don Luis López Ballesteros y Varela que, al poco tiempo de tomar posesión de su cargo el 3 de diciembre de 1823, seguidamente para la aplicación de esta forma de administración por medio primeros Estatutos de funcionarios López

Ballesteros, Bravo Murillo y O'Donnell, el Estatuto de Maura (1918) se elabora una completa configuración de la carrera administrativa que reconoce la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera y la consagración del sistema de oposición como fórmula de ingreso en la Administración. Seguidamente hubo como en todo dinamismo legislativo nuevas leyes como la de Funcionarios Civiles del Estado en 1964.

Además de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984 esta norma es relevante ya que introduce el concepto de ascensos en los cargos administrativos de la misma índole y grupos de clasificación en atención al nivel de titulación exigido para su ingreso, y en el año 2007 se aprueba finalmente la Ley 7/2007 por la que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público.

### **3.3.3 Colombia**

Para Jairo Villegas Arbeláez en su obra Derecho Administrativo Laboral de 2008, uno de los antecedentes más próximos lo evidenciamos en la constitución de 1886 en su artículo 62 limitando la escogencia por parte del ejecutivo a cargos de libre nombramiento y remoción a normas expedidas por el congreso. Normas estas que regulan esas condiciones para acceder al servicio público ya sea por ascensos por antigüedad o por jubilación y despido. Seguidamente en 1904 bajo el gobierno de José Manuel Marroquín se presenta una propuesta a consideración del congreso en donde se manifestaba. ( Villegas Arbelaez, Derecho Administrativo Laboral, 2008)

La elección del empleado sea hecha por quien fuere y por el sistema que fuere, debe recaer en aquellos ciudadanos que tengan competencia para su puesto, es decir, carácter, habilidad técnica, experiencia, honradez, posición social, y buenos antecedentes, que los coloque en posibilidad de servir mejor que cualquier otro, el cargo que se trate.

Aquí lo que se tenía como eje principal era el mérito propuesta que no prosperó, según analistas de la época por diferentes dificultades políticas que pasaba el país, posteriormente en el gobierno de Eduardo Santos.

Se expidió la Ley 165 de 1938, la cual trató por primera vez el tema de la función pública en general. Permitió que los empleados tuvieran estabilidad en el empleo y ascender internamente siempre y cuando reúna los requisitos exigidos en el cargo vacante. En el año 1957 por primera la carrera administrativa vez se cataloga a rango constitucional y se dio por terminado al menos desde el punto de vista formal, el período en el cual el triunfador en las elecciones nombraba. seguidamente en el decreto 1732 de 1960 se catalogó el empleo público en dos grupos, el primero que eran los de nombramiento y libre remoción y aquellos de carrera administrativa, así mismo se creó la clasificación de empleados públicos de acuerdo con las funciones que desempeñarán y su salario, así como el objeto y criterios de la carrera administrativa.

En la ley 61 de 1987 se hizo nuevamente una clasificación de los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción; se reguló lo relativo a la pérdida de los derechos de carrera, la calificación de servicios y los nombramientos provisionales

Asamblea nacional constituyente de 1991 le da al servicio público un espacio suficiente en la constitución Son muchas las opiniones que sostienen la idea que hubo una nefasta influencia de los partidos políticos sobre la administración pública, en especial durante el haciéndose notoria la ausencia de vocación de servicio a la comunidad, de principios éticos y morales y la relajación de la responsabilidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en consecuencia esta constituyente consideró que para tener una administración al servicio del desarrollo social, que asegure la productividad de los recursos públicos y se sujete a los

diferentes segmentos de la sociedad, era necesario eliminar las presiones de los grupos y políticos sobre los nominadores. (Villegas Arbelaez, Principios, estructuras y relaciones individuales, 1998)

Además de reducir la carga decisional de altos funcionarios mediante la desconcentración y la descentralización, dar un Ministerio Público que investigue, enfrente la corrupción, la desviación de recursos públicos y fortalecer a los partidos y sindicatos para que su intervención en los asuntos de la administración pública sean transparentes, además el artículo 125 de la constitución política deja ver la constitucionalización de la carrera administrativa además del artículo 6, y 123 que desglosa la responsabilidad y clasificación de los servidores públicos en consecuencia partir de la carta magna de 1991 no puede haber empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos en sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (Villegas Arbelaez, Principios, estructuras y relaciones individuales, 1998).

### **3.4 Antecedentes Constitucionales**

#### **Artículo 6 Constitución Política Colombiana 1991**

En el entendido de que los servidores públicos son responsables por infringir la constitución y las leyes y por la omisión además de la extralimitación de sus funciones. Se delimita entonces el alcance que tienen los servidores públicos en las instituciones públicas la contratación es una más de sus funciones. (Constituyente, 1991)

#### **Artículo 122 Constitución Política Colombiana 1991**

No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos en sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

### **Artículo 123 Constitución Política Colombiana 1991**

Los servidores públicos están al servicio del estado y de la comunidad ejercerán sus funciones en la forma prevista en la constitución ley o reglamento. (Constituyente, 1991)

### **Artículo 125 Constitución Política Colombiana 1991**

Los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera exceptuando los de libre nombramiento y remoción, los de elección popular y los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (Constituyente, 1991)

## **3.5 Antecedentes legales**

### **3.5.1 Código Sustantivo del Trabajo (Decreto 2362 De 1950)**

**Artículo 22** Define el contrato laboral como aquel en que “una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. (Congreso de la Republica de Colombia, 1950)

La legislación laboral colombiana consagra en el artículo 23 los requisitos para que haya contrato de trabajo. Estos son:

- Actividad personal del trabajador.
- Subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.
- Un salario como retribución del servicio.

Salario: Lo constituye la remuneración que debe entregar el empleador al trabajador, como retribución del servicio prestado. El artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo afirma que: “Todo trabajo dependiente debe ser remunerado”

Aunque el pago por la prestación de un servicio se puede presentar en cualquier otro tipo de contrato bilateral, el término salario es utilizado exclusivamente en el contrato de trabajo.

### **3.5.2 Presunción de Contrato de Trabajo:**

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de existencia de contrato de trabajo en toda relación de trabajo. Cuando se desea probar la existencia de un contrato de trabajo, le corresponde al empleador la carga de la prueba para desvirtuar la existencia de éste. (Congreso de la Republica de Colombia, 1950)

El contrato de trabajo se configura cuando sus tres elementos se presentan. Si se discute la existencia de uno de sus elementos, por ejemplo, la subordinación, le corresponde al demandado desvirtuarla. Anteriormente, la carga de la prueba, en los casos en donde se discutía el carácter laboral de una relación que se pretendía como civil o comercial, le correspondía al que alegaba su calidad de trabajador subordinado. (Congreso de la Republica de Colombia, 1950)

Si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica el empleador para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por la normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente.

Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (artículo 53 CP),

quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios. (Constituyente, 1991)

### **3.5.3 Decreto 2351 de 1965**

Teniendo claras las anteriores reglamentaciones, se debe hacer énfasis en la normatividad que rige la relación con los contratistas independientes. Para tal efecto se empieza por decir que el Decreto 2351 de 1965 los define de la siguiente manera

**“Artículo 3o. Contratistas Independientes. 1o)** Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas. (Presidente de la República de Colombia, Decreto 2351 de 1965 Por el cual hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo., 1965)



### **3.5.4 Elementos del Contrato de Trabajo**

La legislación laboral colombiana consagra en el artículo 23 los requisitos para que haya contrato de trabajo. Estos son:

- Actividad personal del trabajador.
- Subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.
- Un salario como retribución del servicio.

**Salario:** Lo constituye la remuneración que debe entregar el empleador al trabajador, como retribución del servicio prestado.

### **7.5.5 Decreto 1042 De 1978- Artículo 2 Inciso 1**

Se entiende por empleo el conjunto de funciones deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural para satisfacer necesidades permanentes a la administración pública. (Presidente de la República de Colombia, Decreto 1042 de 1978. Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacion, 1978)

### **7.5.6 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador. del 17 de noviembre de 1988**

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional,

particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

### **3.5.7 Decreto 3115 de 1997**

La normatividad vigente se debía actualizar con el fin de regular, coordinar y vigilar la actividad de intermediación de empleo, y por tanto el gobierno mediante el Decreto 3115/97 definió lo siguiente: “Intermediación Laboral: Es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están en disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de mano de obra, el requerimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacantes sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas. (Presidente de la República de Colombia, Decreto 3115 de 1997. Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de intermediación laboral., 1997)

### **3.5.8 Decreto 2145 de 1999 Costumbre mercantil y Contrato atípico *outsourcing***

Analizar los diferentes pronunciamientos de la corte suprema de justicia sala de casación laboral y tribunales sobre la formación del contrato realidad, así como la costumbre mercantil y contractual que le da vida al contrato atípico *outsourcing*, y evidenciar su práctica y aplicación en las diferentes instituciones públicas. Conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Constitución Política de 1991, el trabajo es un derecho que requiere especial protección del Estado; de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público; según la Ley 50 de 1990, artículos 95 y siguientes,

corresponde al Gobierno Nacional expedir los reglamentos que rijan la actividad de intermediación laboral y en virtud del Decreto 2145 de 1992 corresponde a la Subdirección Técnica de Servicios y Gestión de Empleo, proponer y recomendar políticas y normas que rijan la intermediación de empleo. (Presidente de la República de Colombia, Decreto 2145 de 1999. por el cual se dictan normas sobre el Sistema Nacional de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Administración Pública del Orden Nacional y Territorial y se dictan otras disposiciones., 1999)

### **3.5.9 Ley 909 de 2004**

El empleo es un ente jurídico y por lo tanto para que exista debe estar consagrado en una norma jurídica nunca sea presume su existencia. Por empleo se entiende el conjunto de funciones tareas y responsabilidades que se asigna a una persona (natural), y las competencias laborales requeridas para llevarlas a cabo con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del estado.

Los elementos del Empleo Público:

- A.** Su creación debe constar en la norma jurídica so pena de inexistencia, conforme a la exigencia del artículo 122 de la carta política. El empleo es un ente jurídico, debe haber preexistencia de funciones o atribuciones en la ley o reglamento.
- B.** Exigencia de competencias laborales.
- C.** La existencia del empleo debe tener una orientación dirigida a que se puedan satisfacer los fines del estado.

Con los anteriores elementos, se construyen los presupuestos para la existencia de una relación de trabajo subordinada.

La explicación de estos preceptos se fundamenta en que no pueden ni presumirse ni suponerse la existencia de un empleo público, debe constar su creación en un precepto normativo que generalmente surge de un acto administrativo denominado “planta de personal”.

Las atribuciones, como funciones del empleo público deben contar con anterioridad a su creación, en un manual de funciones a nivel de empleo, si ha existido olvido de este requisito se suple con el manual general de funciones.

La definición legal de empleo involucra el concepto de competencia, término que en el derecho administrativo laboral y desde el punto de vista objetivo, tiene un gran significado cuando nos referimos a las funciones o tareas de un empleo público.

Cuando un empleo público, la ley o el reglamento, no se le asigna una función estatal, se dice que ese “despacho” no tiene competencia para resolver una función determinada, teniendo en cuenta que este también es un concepto procesal, la palabra competencia utilizada en administrativo laboral, al definir el empleo se da en el sentido de compromiso de la persona con la actividad del trabajo , frente a sus tareas manifestado en su actitud habilidad, aptitudes y destreza que debe tener el titular del empleo para que su función en el estado sea exitosa.

Para los autores William Rene Parra Gutiérrez, Natalia Parra Mejía. Y Ernesto Parra Mejía, en su obra Derecho Administrativo Laboral de 2015, desde el punto de vista del derecho administrativo laboral el termino de competencia laboral parte de la definición de empleo público, la definición legal de empleo público de la ley 909 de 2004 contiene estos ingredientes del termino de competencia ya que el articulo 19 expresa “por empleo se entiende el conjunto de funciones tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo. ( Parra Gutierrez, Parra Mejia, & Parra Mejia, 2015, pág. 422)

El reglamento de la ley 909 de 2004, el decreto 2539 de 2005, al tratar el concepto de competencia laboral lo enfoca como aquel en el cual se establecen esas competencias laborales para los empleos públicos, con lo cual se enfoca el tema desde el punto de vista objetivo o de la función o tarea, y su artículo 2 define la competencia por el criterio subjetivo, respecto a la idoneidad de la persona titular con base en los requerimientos de calidad y resultados esperados en el sector público la capacidad, el conocimiento, habilidades, actitudes y aptitudes que debe poseer y demostrar el empleado público. ( Parra Gutierrez, Parra Mejia, & Parra Mejia, 2015, pág. 425)

Tiene por objeto regular el sistema de empleo público y, además, establece los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública, de igual manera la función pública está conformada por el conjunto de individuos que prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria.

En los organismos y entidades de la administración pública Los empleos que hacen parte de la función pública son Empleos públicos de carrera Empleos públicos de libre nombramiento y remoción, empleos de período fijo y empleos temporales. (Congreso de la República de Colombia., 2004)

### **3.5.10 Decreto 770 de 2005 Artículo 2**

Se entiende por empleo el conjunto de funciones y responsabilidades que se asignan a una persona con el propósito de satisfacer los fines y el desarrollo del estado. Las competencias laborales funciones y requisitos específicos para su ejercicio se fijarán por los organismos o entidades con sujeción a lo que establezca el gobierno nacional salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén en la constitución y la ley. (Presidente de la República de Colombia, Decreto 770 de 2005. por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos

generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, 2005)

### **3.5.11 Decreto 2539 de 2005 Artículo 3**

La noción que trae el reglamento sobre competencia laboral desde el punto de vista objetivo enfoca esta condición como un componente de contenido funcional del cargo, esto es sobre las tareas asignadas en el manual de funciones y que incluye factores de:

1. Requisitos de estudio y experiencia que exige el empleo, según su nivel jerárquico.
2. Competencias funcionales del empleo a partir de las tareas asignadas a este como,
3. Criterios de desempeño.
4. Conocimientos básicos que correspondan a cada criterio de desempeño.
5. Contextos de demostración del funcionario para evidenciar su competencia.
6. Evidencias que demuestren la competencia laboral del empleado.

Entonces una vez precisadas las funciones o tareas en el manual surgen la exigibilidad al titular de desempeñarse en debida forma, así como lo manifiesta el artículo 5 del Decreto 2539 de 2005 que son esas competencias comportamentales de responsabilidad, habilidades y aptitudes laborales, responsabilidad en la toma de decisiones, iniciativa en la innovación de la gestión y valor estratégico e incidencia del funcionario. (Presidente de la República de Colombia, Decreto 2539 de 2005. por el cual se establecen las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de las entidades a las cuales se aplican los Decretos-ley 770 y 785 de 2005., 2005)

Los empleos públicos por regla general son de carácter permanente pero la ley por excepción y por necesidades del servicio puede posibilitar la creación de empleos de carácter temporal o transitorio.

El artículo 2 del decreto extraordinario 1042 de 1.948 define el empleo como “el conjunto de funciones deberes y responsabilidad que han de ser atendidos por una persona natural para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, los deberes funciones y responsabilidades de los diferentes empleos son establecidos por la constitución, la ley o el reglamento, o asignados por autoridad competente”. ( Parra Gutierrez, Parra Mejia, & Parra Mejia, 2015, pág. 432)

### **3.6 Desarrollo jurisprudencial**

La jurisprudencia colombiana apenas se ha pronunciado en ciertas oportunidades, mencionando la expresión *outsourcing*, concretamente en la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional. Por su parte, la expresión tercerización sí ha sido de amplio uso, en algunos encabezados de normativa de hace aproximadamente 5 años, en resoluciones de entidades públicas como la Procuraduría General de la Nación y en jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

#### **Consejo de Estado**

**3.6.1 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C 17 de Mayo De 2007, Sentencia, Radicación Numero: 2004000369-01ap**

Actualmente, el negocio jurídico de derecho civil conocido en Colombia como “contrato de prestación de servicios profesionales” es un negocio atípico e innominado, dado que no encuentra consagración normativa dentro de las disposiciones legales civiles. Sin embargo, existen dos nociones que logran adecuar tal contrato dentro de la normatividad correspondiente al capítulo “Del arrendamiento de servicios inmateriales”:

En primer lugar, el procedimiento de calificación jurídica, en virtud del cual el intérprete compara el contrato celebrado por las partes con la legislación vigente, y le asigna, en la medida de lo posible, la regulación íntegra del tipo contractual que coincida con lo acordado por ellas; en segundo lugar, la inclusión que usualmente hacen los contratantes de cláusulas que de manera expresa remiten a los artículos correspondientes al arrendamiento de servicios inmateriales. La Sala puede concluir de la exposición hecha hasta el momento que son parte de la naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales las siguientes características: bilateralidad,



onerosidad, temporalidad, destinación a un propósito específico y la condición de ser una obligación de medio. (Consejo de Estado, Colombia, Sentencia, Radicación Numero: 2004000369-01ap, C. P. Saavedra Becerra, R., Bogotá, 2007)

**3.6.2 Consejo de Estado Sala Especial Transitoria de Decisión 2 C, de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, Bogotá, D. C., Tres (3) de Octubre Dos Mil Seis (2006), Sentencia Radicación Número: 01667-00(S)**

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el contrato de prestación de servicios profesionales, ha estado referida, principalmente, a aquellos casos en los cuales el contratista es una persona natural, y, por ende, ha fijado su atención en zanjar las diferencias que presenta este contrato con el laboral más que en determinar la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios celebrado con personas jurídicas. A pesar de lo anterior, de lo dispuesto en las normas, se pueden señalar como rasgos característicos del contrato de prestación de servicios celebrado con personas jurídicas los siguientes: el objeto del contrato estará constituido por las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. (Consejo de Estado, Sentencia: 01667-00(S), C. P. López Díaz, L., Bogotá, 2006)

Las prestaciones del contrato podrán comprender: servicios profesionales, trabajos artísticos, desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, apoyo a la gestión de la entidad; sólo procederá el contrato de prestación de servicios cuando no haya personal de planta suficiente o se requieran conocimientos especializados; en caso de que el objeto sea el apoyo a la gestión de la entidad, procederá cuando se tengan fines específicos o el personal de planta sea insuficiente; el término de duración será el estrictamente necesario; habrá lugar a contratación directa y no será necesario recibir varias ofertas.

El contrato de prestación de servicios contraviene lo previsto en el artículo 53 de la Constitución que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues se despoja al trabajador de sus derechos laborales que son irrenunciables, con lo cual se contravienen los artículos 15 y 16 del Código Civil, que prohíben que por convenio los particulares deroguen las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres. (Consejo de Estado, Sentencia: 01667-00(S), C. P. López Díaz, L., Bogotá, 2006)

Es decir, este tipo de contratos era de aquellos prohibidos por la Ley y por tanto inexistente y por ello no requería pronunciamiento judicial, concluyendo que, en tales casos, no hay lugar a reconocimiento de prestaciones sociales propiamente dichas a favor del demandante, puesto que no se trata de una relación laboral formalmente establecida, sino a una indemnización de perjuicios para restablecer el derecho, mediante el pago del equivalente a las prestaciones sociales.

**3.6.3 Consejo de Estado. Sección II. 23 de junio de 2005. Subsección. B. Sentencia Exp. 245-03 Consejero Ponente. Jesús María Lemos Bustamante**

Sin conferirle la condición de empleado público al contratista y siempre que se comprueben los otros elementos de la relación de trabajo, la prestación personal del servicio y la remuneración, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P)., pues la causa jurídica de tal restablecimiento será la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de Irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados

en los artículos 13 y 53 de la Constitución. (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 245-03 C.P. Lemos Bustamante, J. M.,Bogotá., 2005)

En la misma sentencia se indicó que cuando se demuestran los tres elementos de la relación laboral, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo, que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

En estos casos es indiferente que el trabajador consciente y libremente haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron planteadas en el contrato de prestación de servicios, pues aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución.

Es importante aclarar que en las sentencias de la Sección II en las que se ha reiterado esta posición, el Consejo de Estado ha dicho que NO necesariamente implica SUBORDINACIÓN el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados. (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 245-03 C.P. Lemos Bustamante, J. M.,Bogotá., 2005)

#### **3.6.4 Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 08001233100020030224901 Expediente 131715, junio 16 de 2016, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara.**

La Sección Segunda del Consejo de Estado advirtió que, si bien el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, es deber del particular reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda

la prescripción de los derechos que reclama. Sobre el contrato realidad, el Consejo de Estado ha reiterado recientemente la necesidad de que se acrediten necesariamente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y, en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleado. (Consejo de Estado, Colombia, Sentencia Expediente 131715, C.P. Vergara, L.R., Bogotá, 2016)

Según la providencia, una vez finalizada la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

Vale la pena recordar que la prescripción es una institución jurídica en virtud de la cual se adquieren o se extinguen derechos, mientras que la caducidad se relaciona con la oportunidad de acudir a la jurisdicción competente para instaurar la correspondiente acción legal, según sea el caso.

### **3.6.5 Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233300020130081301 (36872014), Mayo 31 de 2016**

Respecto a la subordinación, se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, “todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado.

En cuanto a la dirección y coordinación de los contratos de prestación de servicios como modalidad contractual estatal, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales. (Consejo de Estado, Sentencia 36872014, Bogotá, 2016)

Al respecto, la Sección Segunda ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual puede incluir las siguientes situaciones: Un horario, El hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. De acuerdo con todo lo anterior, el tribunal administrativo enfatizó que la subordinación es determinante para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, “puesto que es la mencionada característica la que fija la independencia del contratista de la administración pública y que no genera el derecho a las prestaciones sociales. (Consejo de Estado, Sentencia 36872014, Bogotá, 2016)

### **3.7 Corte Constitucional**

#### **3.7.1 Sentencia C-614 de 2009 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá D. C., dos (2) de Septiembre de dos mil nueve (2009)**

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos

especializados. (Corte Constitucional, Sentencia C- 614 de 2009, M.P. Pretelt Chaljub, J. I., Bogotá, 2009)

De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos

Pero la misma Corte Constitucional ratifica lo que la norma dice, que el contrato de prestación de servicios sí puede ser usado de manera excepcional y no como se está dando en la actualidad, pues dejó de ser la OPS (Orden de Prestación de Servicios o contrato), la excepción, a ser la habitualidad, violando la premisa constitucional de quien cumpla funciones públicas, ingrese por concurso de méritos o por elección según los cargos descritos en la C.N.

Señala entonces la Corte Constitucional en la citada sentencia:

A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados *outsourcing*, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe.

Pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada.

En caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.

### **3.7.2 Sentencia T- 026 de 2001 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo Bogotá, D.C., Dieciocho (18) de enero de dos mil uno (2001).**

La Corte Constitucional en sentencia T- 026 de 2001, señaló: El artículo 53 de la Constitución señala como postulado insustituible en el Estatuto del Trabajo que debe expedir el legislador, el de la "primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales", cuyo alcance ha sido definido por la jurisprudencia: .La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP 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. (Corte Constitucional, "Sentencia T- 026 de 2001", M. P Hernandez Galindo, J. G., Bogotá, 2001)

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.

Los contratistas independientes, que contraten una obra o labor con una empresa, y a la vez contraten empleados para desarrollar el objeto contratado, son verdaderos empleadores y por tanto debe asumir todas las responsabilidades laborales propias de un empleador, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 34 del código sustantivo del trabajo.

En efecto, contempla el artículo 34 del código sustantivo del trabajo: Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, las personas que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores,



solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes sentencias, siendo reiterativo en la prohibición de la intermediación laboral como herramienta para disfrazar una verdadera relación laboral; constituye de esta forma la medida para la protección de esta, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación. (Corte Constitucional, "Sentencia T- 026 de 2001", M. P Hernandez Galindo, J. G., Bogotá, 2001)

La intermediación laboral es una modalidad de trabajo, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función en las relaciones contractuales, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes debe realizarse con el personal de planta.

Debido a las diferencias en las modalidades de los contratos laborales, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, debe aplicarse el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado. En este caso, es importante demostrar que existe una verdadera relación de trabajo, independientemente de la causa que la origine o el modo de contratación usado.

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que, sumado a la prestación de servicios

personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la Intermediación. Son estos: **i) Criterio funcional**, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. **ii) Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los trabajadores vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la intermediación.

**iii) Criterio temporal o de la habitualidad:** si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral. (Corte Constitucional, "Sentencia T- 026 de 2001", M. P Hernandez Galindo, J. G., Bogotá, 2001)

**iv) Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la intermediación; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.

v) **Criterio de la continuidad:** si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

### **3.8. Corte Suprema de Justicia**

**3.8.1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader. Radicación N<sup>a</sup> 25717, Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero del dos mil seis (2006)**

En síntesis, la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435. (Corte Suprema de Justicia Colombia, 2006)

Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales. (Corte Suprema de Justicia Colombia, 2006)

Es este entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio

acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones (Corte Suprema de Justicia Colombia, 2006).

### **3.9 Caso concreto (*Outsourcing* misional al interior de la Contraloría General de la Republica)**

El *outsourcing* se ha convertido en un catalizador estratégico, una forma de revitalizar funciones como la contabilidad, el servicio al cliente, la logística o las oficinas de atención telefónica.

Si bien es cierto la mayoría de instituciones públicas no son empresas productoras de bienes y/o servicios o con ánimo de lucro, como es bien sabido por toda la ciudadanía, y su misión es bien diferente al diseño y mantenimiento de bienes y servicios de Tecnologías de la Información, la automatización, celeridad y soporte de sus servicios se debe apoyar en sistemas robustos y confiables que garanticen el desarrollo de sus funciones.

La tendencia mundial de las grandes empresas es subcontratar esas labores transversales y de apoyo, y de esto no escapan las TI (o IT por su acrónimo inglés de Información Technology), más aun tratándose un área de gran complejidad y que requiere de conocimientos muy especializados. Pero ¿por qué las grandes empresas, y aquí también cabe el sector gobierno, subcontratan externamente una parte tan sensible de sus procesos?, ¿Cómo mitigan el riesgo de confiar información sensible a terceros?, ¿Cómo se garantiza la calidad y continuidad de los servicios de TI suministrados por terceros?

Cuando se acude a la subcontratación de servicios de TI, fundamentalmente se pretenden dos cosas:

- 1- Reducir los gastos asociados a los bienes o servicios contratados, y**
- 2- Y no menos importante, liberar a la empresa o entidad de tareas de apoyo con el fin de concentrarse más a sus labores misionales, de paso eliminando los problemas**

inherentes al desarrollo y mantenimiento de software a la medida de las necesidades del negocio, la obsolescencia de equipos, sistemas y seguridad integral en materia tecnológica.

**3-** Podemos desglosar el área de TI en componentes más específicos cuando se **terceriza con el fin de no quedar en manos de un solo proveedor, sino contratar en cada parte proveedores más especializados** (en hardware, almacenamiento y respaldo, seguridad, desarrollo, etc.).

Teóricamente todas las necesidades en materia de TI serán solucionadas por el contratista, dentro de los términos acordados (precio, tiempos, garantías y alcance de los proyectos), aquí existe el riesgo de llenar realmente las expectativas iniciales y nuestro negocio funcione mejor, o que por el contrario se convierta en un problema peor como consecuencia de un trabajo pobre en calidad.

La mitigación del riesgo es otro aspecto de gran importancia, pues si bien se puede compartir, asumir o trasladar totalmente al contratista, no hay que olvidar que se está colocando en manos ajenas el prestigio y en gran parte la vida de la entidad.

Paradójicamente la entidad pública en nuestro caso la **Contraloría General de la República** que lucha contra la corrupción no ha permanecido blindada, pues de su parte se hacen grandes esfuerzos y se actualizan constantemente para luchar contra este flagelo, pero, así como avanzamos también las engañifas lo hacen y cada día dedican más esfuerzos, y aparecen nuevas modalidades aprovechando las fisuras y vacíos jurídicos y utilizando otras artimañas, con el fin de robar al Estado.

Si miramos un poco atrás, cada uno de nosotros podemos citar sonados casos de contratación relacionados con TI que han tenido finales desastrosos, en donde las entidades han finalizado desmejorando sus procesos, es decir, en un retroceso inmenso, y aún más, perdiendo

caudales de dinero muchas veces de asignaciones directas del gobierno y otras tantas, provenientes de créditos nacionales e internacionales.

### **3.10 Los riesgos del *outsourcing***

- ✚ Los riesgos involucrados en el proceso de *outsourcing* pasan de ser riesgos operacionales a riesgos estratégicos.
- ✚ Los riesgos operacionales afectan más la eficacia de la empresa
- ✚ Los riesgos estratégicos afectan la dirección de la misma, su cultura, la información compartida, entre otras.

#### **Los principales riesgos de *outsourcing* son:**

- ✚ No negociar el contrato adecuado.
- ✚ No adecuada selección del contratista.
- ✚ Puede quedar la empresa a mitad de camino si falla el contratista.
- ✚ Incrementa el nivel de dependencia de entes externos.
- ✚ Inexistente control sobre el personal del contratista.
- ✚ Incremento en el costo de la negociación y monitoreo del contrato.
- ✚ Rechazo del concepto de *outsourcing*
- ✚ Al delegar un servicio a un proveedor externo las empresas están permitiendo que éste se dé cuenta de cómo sacarle partida al mismo y se quede con las ganancias.
- ✚ Uno de los riesgos más importantes del *outsourcing* es que el proveedor seleccionado no tenga las capacidades para cumplir con los objetivos y estándares que la empresa requiere.



### 3.11 Aspectos legales del *outsourcing*

Al considerar la negociación de un contrato de *outsourcing* se deben de tener en cuenta ciertos aspectos como son:

Decisiones Iniciales:

- ✚ Conviene, por razones de confidencialidad durante las negociaciones, redactar un acuerdo independiente de no revelación con cada uno de los proveedores potenciales.
- ✚ Definir que sistemas y/o servicios van a subcontratarse.
- ✚ Confirmar la viabilidad financiera del proveedor, ¿requerida el cliente una garantía de desempeño o acciones específicas sobre la cobertura del seguro del proveedor o una indemnización por parte de la matriz del proveedor
- ✚ Quién iniciará la elaboración del contrato, el proveedor o el cliente

Qué recursos deberán utilizarse en la elaboración y/o negociación?

Por ejemplo:

- ✚ Administración funcional
- ✚ Experiencia técnica
- ✚ Administración de contratos
- ✚ Asesoría legal interna
- ✚ Asesoría legal externa
- ✚ Decidir la fecha de inicio para el contrato.
- ✚ Decidir la fecha de transición para el inicio de los servicios de *outsourcing*.
- ✚ Duración del Contrato
- ✚ Definir la Terminología

- ✚ Definir los términos apropiados para este acuerdo particular de *outsourcing*, Por ejemplo, los servicios y el nivel de servicios.
- ✚ Se han identificado y cuantificado las actividades claves
- ✚ Identificar los establecimientos donde se realizarán los servicios.
- ✚ Identificar los equipos que se usarán para proveer los servicios.
- ✚ Identificar el software que se utilizará para los servicios si se va a subcontratar tecnología informática.

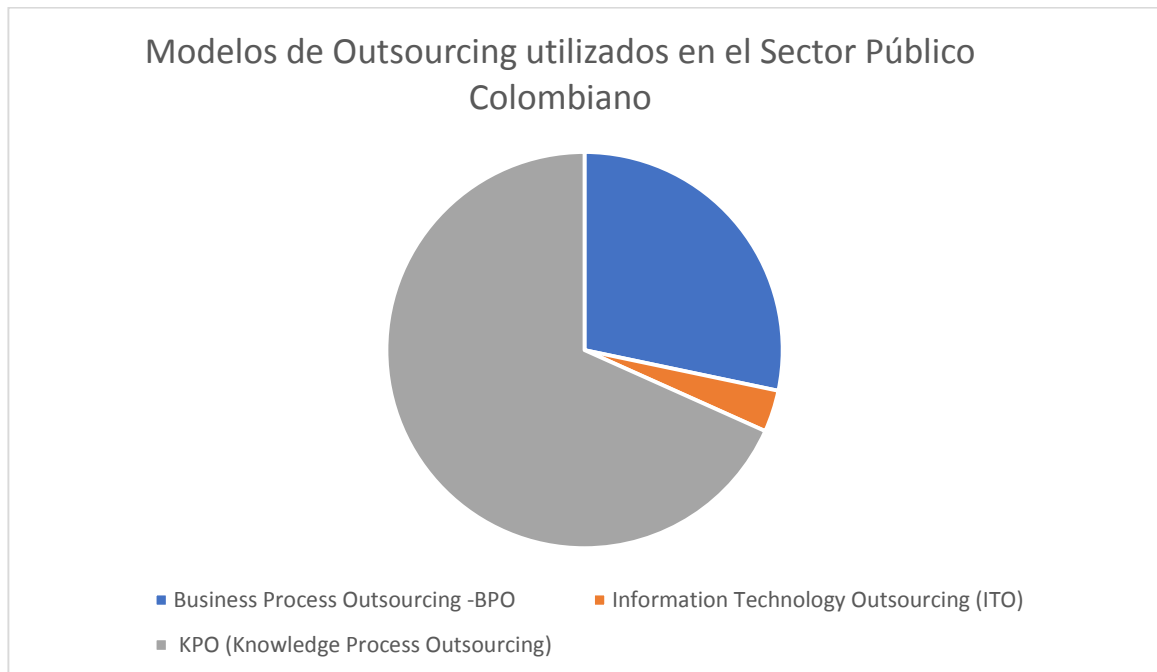
### 3.12 ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS (ESTADÍSTICAS)

#### 3.12.1 ¿Qué modalidades de *Outsourcing* son utilizados en el Sector Público

##### Colombiano?

***Business Process Outsourcing (BPO)***, que se refiere a la subcontratación de funciones del proceso de negocio en proveedores de servicios, usualmente menos costosos y más eficientes y eficaces.

***Information Technology Outsourcing (ITO)*** outsourcing de Tecnologías de Información, que representa la tercerización de la gestión de los sistemas de información de una compañía, y ***KPO (Knowledge Process Outsourcing)*** que es la gestión del conocimiento que habitualmente se hace al interior de las compañías, pero que en este caso se externaliza.



Gráfica 1 Modelos de Outsourcing utilizados en el Sector Público

### 3.12.2 ¿En qué campos se implementa el *outsourcing* en Colombia?

*Se analizaron entidades de los sectores :*

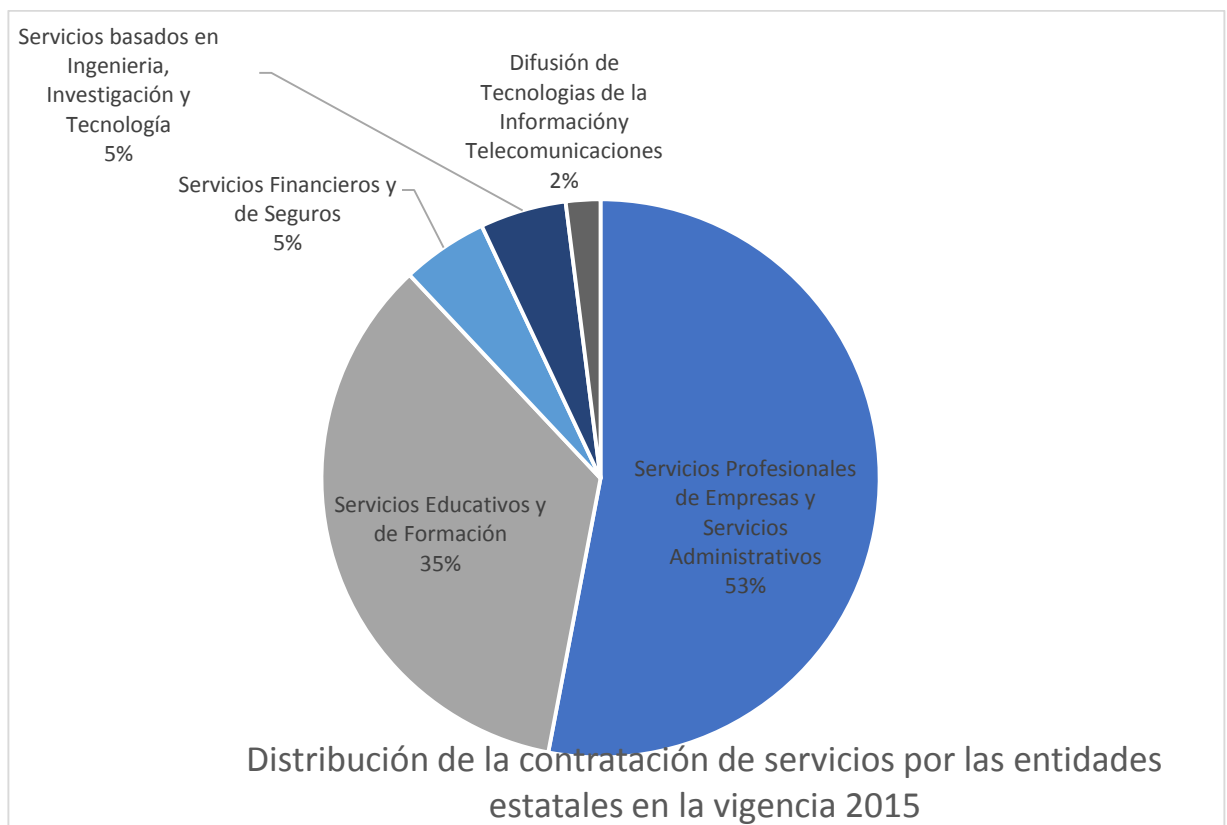
*Minería y geología – Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas –*

*Archivo General – Defensa – Fondos – Derechos de Autor – Gobernaciones –*

*Alcaldías – Agrícola – Salud – Vías e Infraestructura – Transporte –*

*Superintendencias – Unidades Administrativas – Educación – Ministerios –*

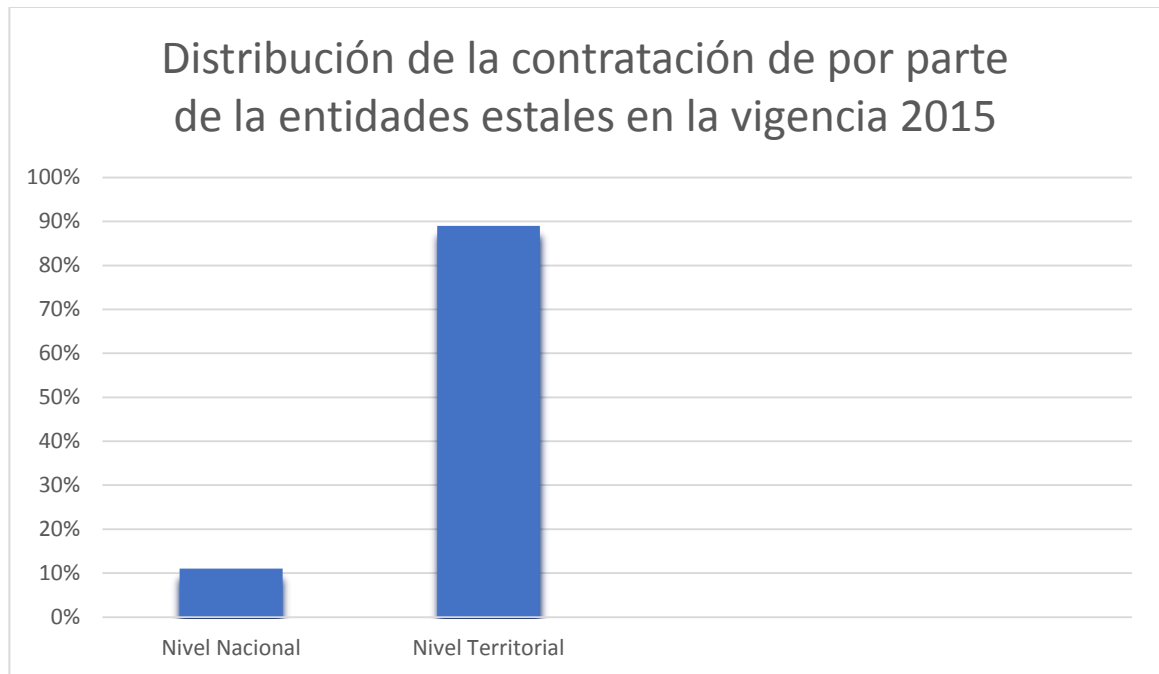
*Institutos* (Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015)<sup>1</sup>



Gráfica 2 ¿En que campos se implementa el Outsourcing en Colombia?

<sup>1</sup> (Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015)

**3.12.3 ¿Cómo se distribuye la contratación por parte de entidades estatales en Colombia? (Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015)<sup>2</sup>**

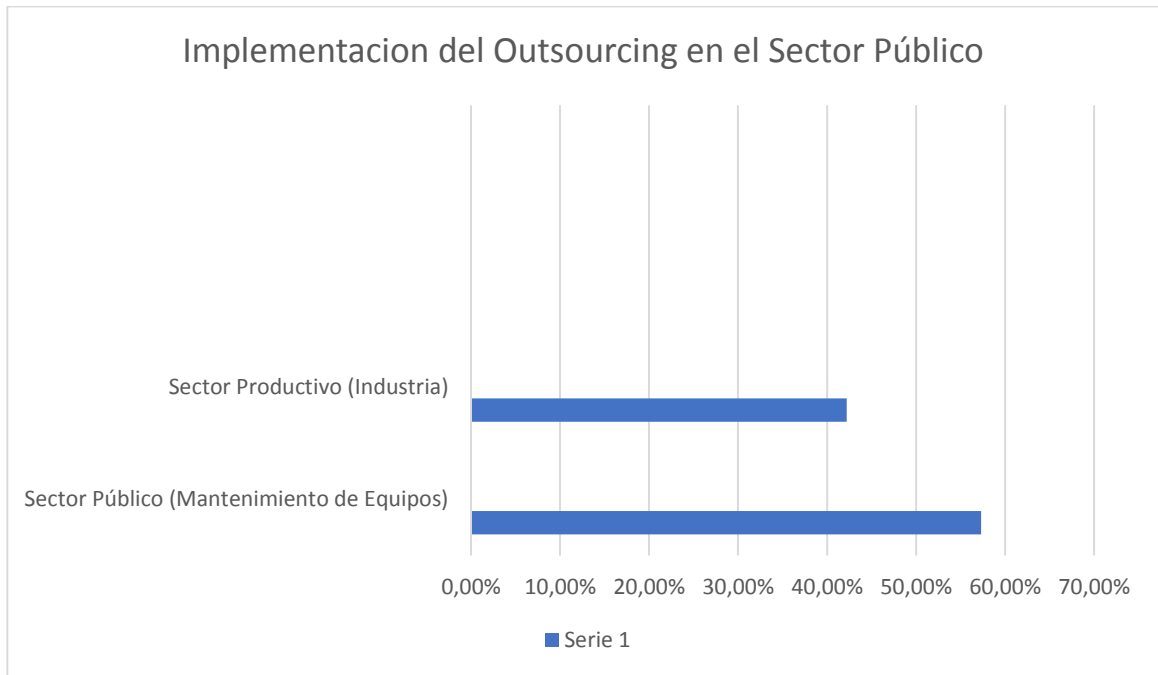


*Gráfica 3 ¿Cómo se distribuye la contratación por parte de entidades estatales en Colombia?*

---

<sup>2</sup> (Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015)

### 3.12.4 ¿Cuál es el *outsourcing* más implementado en el Sector Público? 3



Gráfica 4 ¿Cuál es el *outsourcing* más implementado en el Sector Público?

<sup>3</sup> (Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015)

### 3.12.5 Ficha técnica de discusión de resultados (estadísticas)

#### Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015

<b>Área Geográfica</b>	Colombia
<b>Contratante</b>	Bancóldex – Programa de Transformación Productiva
<b>Contratista</b>	Centro de Investigación y Desarrollo en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – CINTEL
<b>Período de realización</b>	Enero 26 a julio 26 de 2015
<b>Entidades participantes</b>	Colombia Compra Eficiente, Ministerio TIC, Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Gremios, 115 entidades públicas del orden nacional y territorial.
<b>Estudiantes que realizaron consulta en Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados, 2015</b>	Yeny Paola Soriano Parra Jorge Luis Ducuara Silva
<b>Fecha De Consulta</b>	15 de Julio de 2017
<b>Instrumentos de la investigación</b>	Bases de datos contratación pública (suministrada por Colombia Compra Eficiente), de empresas privadas del sector de servicios tercerizados (suministradas por MinTIC y Confecámaras), estudios e informes del Programa de Transformación Productiva y empresas consultoras nacionales e internacionales, encuestas y entrevistas realizadas a entidades públicas y privadas, así como gremios.

### 3.13 ENTREVISTA A FUNCIONARIO PUBLICO

**¿Podría mencionar sus estudios? Respuesta:** Soy profesional en Derecho e igualmente tengo especialización en Derecho Administrativo.

**¿En qué entidad pública se encuentra desempeñando labores? Respuesta:** En la Contraloría General de la República

**¿Hace cuánto tiempo desempeña labores al interior de la Contraloría?**

**Respuesta:** Hace 15 años aproximadamente

**¿De qué manera ingreso a esta entidad?**

**Respuesta:** Por medio de concurso de méritos

**¿Qué cargo ostenta actualmente?**

**Respuesta:** Profesional universitario Grado 01

**¿Siendo funcionario público tiene conocimiento de la modalidad de contratación llamada *outsourcing*?**

**Respuesta:** Sí, tengo conocimiento, tengo entendido que es una manera de tercerizar funciones de una empresa a otra

**¿Sabe si en la Contraloría General de la República acuden al *outsourcing*?**

**Respuesta:** Sí, pues acuden para diferentes funciones y labores al interior de la entidad.

**¿Qué tipo de funciones o labores se refiere?**

**Respuesta:** En algunos casos a lo concerniente al TI Tecnologías de la información, en tanto bienes y servicios de esta índole.



**¿Usted ha evidenciado si los trabajadores contratados por *outsourcing* en la Contraloría tienen las mismas garantías laborales que un funcionario público el cual está cumpliendo funciones similares?**

**Respuesta:** No, teniendo en cuenta que los trabajadores subcontratados no tienen la misma estabilidad laboral que los funcionarios públicos, e igualmente se están afectando sus derechos laborales los cuales son la seguridad social y las prestaciones sociales, por la posible interrupción o terminación de su contrato de trabajo.

#### **FICHA TÉCNICA ENTREVISTA**

<b>Descripción:</b>	Entrevista Realizada al funcionario Carlos Soriano Montenegro
<b>Estudiantes que realizaron la entrevista:</b>	Yeny Paola Soriano Parra Jorge Luis Ducuara Silva
<b>Instrumento:</b>	Entrevista
<b>Objetivo:</b>	Tener el concepto de un funcionario público, frente a la problemática epicentro de investigación.
<b>Fecha:</b>	20 de junio de 2017
<b>Lugar:</b>	Ibagué/Tolima

## CONCLUSIÓN

En la investigación realizada se deja de manifiesto que el *outsourcing* es una forma de contratación que se adecua a los cambios dinámicos de la economía mundial y el derecho que es el que finalmente regula las relaciones laborales no puede quedar ajeno a dichos cambios demostrando así sus implicaciones, en verbigracia se ha visto como los diferentes ordenamientos jurídicos han tratado de adecuar la subcontratación en sus respectivas legislaciones casos específicos Colombia, México, España y Chile países objeto de estudio de esta investigación, así mismo se demuestra cuáles son las ventajas de la contratación por medio de *outsourcing* y cuáles son los inconvenientes.

Problemas o derechos vulnerados que se presentan en las mismas siguiendo la línea de las legislaciones antes mencionadas, lo anterior en cumplimiento de lo que se pactó al señalar con que con esta investigación donde se pretendía exponer los aspectos normativos de la contratación de empleados de las Instituciones públicas.

El epicentro de la investigación es el impacto de esta contratación al interior de las entidades públicas, por eso se hizo necesario conocer la regulación que se maneja sobre este tema en Colombia llegando a la columna vertebral del problema jurídico “¿Qué consecuencias trae el Contrato de *outsourcing* en el objeto misional de las interior de las Instituciones públicas colombianas?”, en consecuencia se identificaron las falencias que conlleva la contratación de empleados bajo la figura de *outsourcing*.

Así mismo el análisis y discusión de resultados dejó al descubierto las diversas modalidades de *outsourcing* utilizadas en el Sector Público Colombiano dando respuesta a uno de los objetivos de esta investigación el cual era indagar sobre las modalidades de contratación

ejercidas por las Instituciones públicas colombianas en los últimos 3 años, estas són: Business Process outsourcing (BPO), Information Technology outsourcing (ITO) y KPO (Knowledge Process outsourcing), igualmente que su distribución y campos de implementación.

De acuerdo al análisis del caso práctico tanto normativa como jurisprudencialmente, se pudo evidenciar que efectivamente la entidad (Contraloría General De La República) utiliza la modalidad de *outsourcing* en funciones de bienes y servicios de las tecnologías de la información, demostrando como tal que la tercerización de dichas actividades no contrarían el objeto misional de la entidad, pues esta se encarga de regular el control fiscal del estado, lo que si se deja en evidencia es que la tercerización se puede utilizar por entidades públicas o privadas ya sea por las dinámicas económicas de producción o la misma globalización, y el derecho como regulador de las relaciones laborales debe adecuarse a las posibilidades de las nuevas formas de contratación sin menoscabar los derechos constitucionales y laborales a los que los trabajadores tienen derecho y los cuales fueron discriminados detalladamente a lo largo del trabajo de investigación.

Es decir que así la entidad en mención subcontrate para tareas de tecnología y manejo de información no se le da una verdadera estabilidad laboral a los trabajadores además de que el manejo de tecnologías e información si bien no hace parte del objeto misional si es una actividad que se realiza de manera frecuente dentro de esta, así que por disposición legal y reglamentaria o por medio de la figura de trabajador oficial se daría una mejor estabilidad laboral y protección de derechos a quienes desempeñan estas actividades como por ejemplo pertenecer al sindicato la negociación colectiva o el cumplimiento de semanas para pensión entre otros derechos de los cuales por la transitoriedad de trabajo sería una incertidumbre.

Se debe tener en cuenta que esta forma de subcontratación puede generar además un riesgo de detrimento de dineros públicos a raíz del abuso del *outsourcing* en las entidades públicas, teniendo en cuenta que los empleos que suministran las entidades son reglamentados en la ley y la figura de trabajador oficial se maneja por medio de un contrato laboral.

La subcontratación en las que se realicen funciones propias de la entidad y en la que se configuren los tres elementos que configuran el contrato de trabajo “**subordinación, remuneración y prestación personal del servicio**” da pie a una serie de demandas de contrato realidad que de prosperar el pago de las acreencias laborales sustentaría lo antes dicho, un detrimento de dineros públicos a raíz del abuso del *outsourcing* en las entidades públicas colombianas.

De acuerdo con lo ya señalado el equipo de investigación deja a criterio de quienes consulten una posible laguna jurídica o falta de reglamentación al interior de las entidades públicas colombianas. La investigación deja evidenciar el posible impacto que puede tener esta forma de contratación tanto en entidades públicas como privadas.

## ANEXOS

### FORMATO ENTREVISTA FUNCIONARIO PÚBLICO



MODALIDAD DE MONOGRAFÍA COMO  
OPCIÓN DE GRADO  
CONTRATO REALIDAD A LA LUZ DEL  
CONTRATO DE OUTSOURCING AL  
INTERIOR DE LAS INSTITUCIONES  
PÚBLICAS COLOMBIANAS

ENTREVISTA A FUNCIONARIO PÚBLICO

Datos del funcionario:

Nombre: CARLOS MAURICIO SORIANO MONTENEGRO

Cargo: PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO I

Dependencia: REGIONAL TOLIMA

<p>¿Podría mencionar sus estudios? Respuesta: Soy profesional en Derecho, e igualmente tengo especialización en Derecho Administrativo.</p>
<p>¿En qué entidad pública se encuentra desempeñando labores? Respuesta: Hace 15 años aproximadamente, en LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA</p>
<p>¿Hace cuánto tiempo desempeña labores al interior de la Contraloría? Respuesta: como ya lo mencioné 15 años</p>
<p>¿De qué manera ingreso a esta entidad? Respuesta: por medio de concurso de méritos.</p>
<p>¿Qué cargo ostenta actualmente? Respuesta: Profesional Universitario Grado 01</p>
<p>¿Siendo funcionario público tiene conocimiento de la modalidad de contratación llamada outsourcing? Respuesta: Sí, tengo conocimiento, tengo entendido que es una manera de tercerizar funciones de una empresa a otra.</p>
<p>¿Sabe si en la Contraloría General de la República acuden a el outsourcing? Respuesta: Sí, pues acuden para diferentes funciones y labores al interior de la entidad</p>
<p>¿Qué tipo de funciones o labores se refiere? Respuesta: En algunos casos a lo concerniente al TI Tecnologías de la información, en tanto bienes, y servicios de esta índole.</p>
<p>¿Usted ha evidenciado si los trabajadores contratados por outsourcing en la Contraloría tienen las mismas garantías laborales que un funcionario público el cual está cumpliendo funciones similares? Respuesta: No, teniendo en cuenta que los trabajadores subcontratados no tienen la misma estabilidad laboral que los funcionarios públicos, e igualmente se están afectando sus derechos laborales, los cuales son los derechos a la seguridad social y las prestaciones sociales, por lo posible interrupción o terminación de su contrato de trabajo.</p>
<p>Firma Funcionario </p>

## REFERENCIAS

### FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- Alemán Pérez, F. (1995). La Flexibilización del Derecho Español. *Revista Universitas*, 25-35.  
Recuperado el 15 de 7 de 2017
- Bermudez, K. (2 de 12 de 2005). *Portal Universidad Externado*. (U. E. Colombia, Ed.)  
Recuperado el 15 de 7 de 2017, de Portal Universidad Externado:  
[www.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/derechoLaboral/DiscursoLab2.pdf](http://www.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/derechoLaboral/DiscursoLab2.pdf)
- Bohórquez Yepes, C., & Conrado Imitola, R. (2009). *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- García Pérez, M. (1999). *Flexibilización laboral y outsourcing: servicio temporal, agencias de empleo, cooperativas de trabajo asociado, y empresas asociativas de trabajo*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Gomez Estrada, C. (1996). *De los principales Contratos Civiles*. Bogotá: Temis.
- Guarin Durán, A. (2011). *Manual de Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez.
- Machado Arias, D. (Septiembre de 2012). Guía de Derecho Administrativo Laboral. *Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*, 148. Recuperado el 15 de Julio de 2015, de <http://www.superservicios.gov.co/content/download/3492/36651>
- Martinez Cárdenas, E. E., & Ramírez Mora, J. M. (2008). *Régimen del Servidor Público*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.
- Mora Pérez, J. (2012). *Capacity Planning IT Una Aproximacion Practica*. Creative Commons.
- Morgado Valenzuela, E. (2012). *Derecho Laboral Chileno*. Santiago de Chile: Kluwer law international.
- Parra Gutierrez, W. R., Parra Mejia, N., & Parra Mejia, E. (2015). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C: Ediciones Nueva Juridica.
- Pérez Vásquez, F. R. (1996). *Outsourcing*. Ciudad de México: Limusa Noriega Editores.
- Schneider, B. (2004). *Outsourcing: La herramienta de gestión que revoluciona el*. Bogotá: Norma.
- Stolovich, L. (s.f.). *La tercerización: con qué se come?* Ciedur-Dates.

Valdés Sanchez , G. (2009). *Reflexiones sobre el Derecho Laboral en el Siglo XXI*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Villegas Arbelaez, J. (1998). *Principios, estructuras y relaciones individuales*. Bogotá: Legis.

Villegas Arbelaez, J. (2008). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Legis Editores.

Younes Moreno, D. (2013). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Temis.

## **FUENTES DE INTERNET**

*Cartilla Sector Público - MinTrabajo*. (12 de Noviembre de 2013). Recuperado el 15 de Julio de 2017, de Cartilla Sector Público - MinTrabajo:

[www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc.../1582-cartillasectorpublico.html](http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc.../1582-cartillasectorpublico.html)

*Contraloría General de la República*. (2016). Recuperado el 15 de Julio de 2015, de

<http://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad>

*Diccionario Actual*. (1 de Marzo de 2012). Recuperado el 15 de 7 de 2017, de

[diccionarioactual.com/outsourcing/](http://diccionarioactual.com/outsourcing/): [diccionarioactual.com/outsourcing/](http://diccionarioactual.com/outsourcing/)

*Estudio de Mercado de Oferta y Demanda de Servicios Tercerizados*. (15 de Octubre de 2015).

Recuperado el 15 de Julio de 2017, de Programa de transformacion productiva:

[https://www.ptp.com.co/documentos/Presentaci%C3%B3n%20Final%20PTP-CINTEL%20consultoria%20outsourcing\\_V2\\_0\\_6%20\(1\).pdf](https://www.ptp.com.co/documentos/Presentaci%C3%B3n%20Final%20PTP-CINTEL%20consultoria%20outsourcing_V2_0_6%20(1).pdf)

Perez Garcia, M. (23 de 5 de 1999). *El Tiempo*. Recuperado el 15 de 7 de 2017, de El Tiempo:

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-880164>

Wiliam, S. (13 de 10 de 2014). *Finanzas Personales*. Recuperado el 15 de 7 de 2017, de Las

ventajas de la Tercerización: [http://www.finanzaspersonales.com.co/trabajo-y-](http://www.finanzaspersonales.com.co/trabajo-y-educacion/articulo/las-ventajastercerizacion/52031)

[educacion/articulo/las-ventajastercerizacion/52031](http://www.finanzaspersonales.com.co/trabajo-y-educacion/articulo/las-ventajastercerizacion/52031)

## FUENTES JURIDICAS Y NORMATIVAS

Código Chileno del Trabajo, Decreto Federal de Ley Número 1 (Ministerio del Trabajo y Previsión Social 31 de 7 de 2002). Recuperado el 15 de 7 de 2017

Código del Trabajo Chileno , Decreto Federal de Ley Núm. 1. (Ministero DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL).

Congreso de la Republica de Colombia. (5 de Agosto de 1950). *Código Sustantivo del Trabajo*.  
Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>

Congreso de la República de Colombia. (23 de Septiembre de 2004). *Ley 909 de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14861>

Consejo de Estado, C. (23 de Junio de 2005). *Sentencia Exp. 245-03 C.P. Lemos Bustamante, J. M., Bogotá*. Obtenido de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, C. (3 de Octubre de 2006). *Sentencia: 01667-00(S), C. P. López Díaz, L., Bogotá*. Obtenido de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, C. (31 de Mayo de 2016). *Sentencia 36872014, Bogotá*. Obtenido de  
<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Colombia. (17 de Mayo de 2007). *Sentencia, Radicación Numero: 2004000369-01ap, C. P. Saavedra Becerra, R., Bogotá*. Obtenido de  
<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Colombia. (16 de Junio de 2016). *Sentencia Expediente 131715, C.P. Vergara, L.R., Bogotá*.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación (Congreso Constituyente de la República Mexicana 5 de 2 de 1917). Recuperado el 15 de 7 de 2017

Constituyente, A. N. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de  
<http://www.constitucioncolombia.com/indice.php>

Corte Constitucional, C. (18 de Enero de 2001). *"Sentencia T- 026 de 2001", M. P Hernandez Galindo, J. G., Bogotá*. Obtenido de  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-026-01.htm>



Corte Constitucional, C. (2 de Septiembre de 2009). *Sentencia C- 614 de 2009, M.P. Pretelt Chaljub, J. I., Bogotá*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-614-09.htm>

Corte Suprema de Justicia Colombia. (22 de Febrero de 2006). *Sentencia 25717, M. P. Naader, C. I., Bogotá*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Estatuto de los Trabajadores de España, Real Decreto Legislativo 2 (Corona Española- Rey Juan Carlos 10 de 3 de 1980). Recuperado el 15 de 7 de 2017

Ley 42 Medidas fiscales, administrativas y de orden social., Boletín Oficial de el Estado (Corona Española- Rey Juan Carlos I 31 de 12 de 1994). Recuperado el 15 de 7 de 2017

Ley de Medidas Fiscales y Administrativas, Ley 50 de 1998 (Jefatura del Estado 30 de 12 de 1998). Recuperado el 15 de 7 de 2017

Ley Federal del Trabajo, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970 (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos 12 de 6 de 1970). Recuperado el 15 de 7 de 2017

Presidente de la República de Colombia. (17 de Septiembre de 1965). *Decreto 2351 de 1965 Por el cual hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo*. Obtenido de [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_2351\\_1965.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2351_1965.htm)

Presidente de la República de Colombia. (7 de Junio de 1978). *Decreto 1042 de 1978. Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacion*. Recuperado el 9 de Agosto de 2017, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1467>

Presidente de la República de Colombia. (30 de Diciembre de 1997). *Decreto 3115 de 1997. Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de intermediación laboral*. Obtenido de [http://www.uniderecho.com/leer\\_ley\\_Decretos-en-Colombia\\_32\\_381.html](http://www.uniderecho.com/leer_ley_Decretos-en-Colombia_32_381.html)

Presidente de la República de Colombia. (4 de Noviembre de 1999). *Decreto 2145 de 1999. por el cual se dictan normas sobre el Sistema Nacional de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Administración Pública del Orden Nacional y Territorial y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1209>

Presidente de la República de Colombia. (22 de Julio de 2005). *Decreto 2539 de 2005. por el cual se establecen las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de las entidades a las cuales se aplican los Decretos-ley 770 y 785 de 2005.*

Presidente de la República de Colombia. (17 de Marzo de 2005). *Decreto 770 de 2005. por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional.* Obtenido de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16126>

Regulación del Trabajo en Régimen de Subcontratación, Ley Número 20.123 (06 de 10 de 2006). Recuperado el 15 de 7 de 2017