

**MONOGRAFÍA SOBRE LA
PRESTACIÓN DE SERVICIOS
PERSONALES A
TRAVÉS DE CONTRATOS
COMERCIALES Y CIVILES**

**POR PARTE DE TERCEROS - CONTRATISTAS
INDEPENDIENTES Y DE EMPRESAS DE SERVICIOS
TEMPORALES - COMO ALTERNATIVAS LEGALES
VÁLIDAS PARA PROMOVER EL EMPLEO EN COLOMBIA**

MAURICIO ARANGO DUQUE

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En tiempos de desempleo consideramos que todas las opiniones para acabarlo son bienvenidas y deben ser escuchadas sin importar el sector laboral de donde vengan, de ahí que esta disertación aunque puede ser considerada antilaboralista por los puristas del derecho social, lo único que pretende es crear la posibilidad de que la población económicamente activa de nuestro país tenga una alternativa de empleo en esta coyuntura tan difícil que le permita generar ingresos para ellos y sus familias dentro del marco institucional del Estado Colombiano Social de Derecho, pues debemos ser conscientes de que “los altos niveles de desempleo engendran muy diversos problemas: una desigualdad y exclusión social crecientes, una producción y unos recursos humanos desaprovechados y una mayor inseguridad económica, así como los padecimientos que han de soportar los desempleados. En cambio, el ritmo rápido y constante de creación de puestos de trabajo productivos es la fuente del desarrollo económico y social justo.”¹¹

Los graves hechos de anormalidad económica por los que atraviesa el país y las nuevas tendencias administrativas que deben implementar las empresas para poder subsistir en un mundo cada vez más competitivo, desbordan en la práctica las rigideces a la prestación de servicios personales que impone el Código Sustantivo del Trabajo Colombiano y algunas sentencias de los diferentes operadores jurídicos que interpretan las normas laborales constitucionales; razón por la cual y en la medida de las necesidades, consideramos que una alternativa legal válida para fomentar el empleo es la prestación de servicios con terceros -contratistas independientes y empresas de servicios temporales- a través de contratos comerciales y civiles, por fuera de nómina, bajo la modalidad de honorarios, es decir, no del orden laboral, conocidas administrativamente como el outsourcing, el trabajo por cuenta propia o autoempleo, el teletrabajo o trabajo a distancia, y otras meras relaciones de facto como las oficinas virtuales.

¹¹ “Promover El Empleo”. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo 82ª reunión 1995. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

La contratación con terceros se constituye así en un importante mecanismo legal para fomentar la creación de nuevas empresas, que tanto hacen falta en Colombia, y en una oportunidad de trabajo para todas las personas que hayan sido objeto de planes de retiro voluntario compensado y que están en disponibilidad de ofrecer servicios especializados o producción de bienes a sus empleadores o las demás los sectores productivos de bienes y servicios del país, a los cuales se pueden vincular mediante esta figura de contratación legal no sujeta a normas laborales, lo que eficazmente permitirá superar las limitaciones actuales que tienen los empleadores para dar empleo en este momento por medio de un contrato de trabajo, por los altos costos que dicha figura genera.

● En este sentido y con mucho tino la ponencia para primer debate del proyecto que se convirtió en el inciso 2º del artículo 2º de la ley 50 de 1990 abrió el camino para incentivar este tipo de contratación no laboral con terceros al pronunciarse así al respecto: ⁽²⁾

“La presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que busca proteger al trabajador subordinado, ha degenerado en que contratos civiles o comerciales o aquellos realizados en ejercicio de profesiones liberales, se conviertan, a raíz de la aplicación indiscriminada de la presunción, en contratos de trabajo, alejándose del principio general del derecho de todo contrato debe ejecutarse de buena fe.

Por tanto, cuando los profesionales independientes del derecho, la medicina, la ingeniería, en general de las profesiones llamadas liberales o quienes de otra forma presten servicios en desarrollo de contratos de naturaleza civil o comercial, resuelven reclamar el carácter laboral y no civil o comercial de estos contratos, deben asumir la carga de la prueba. Es lógico que dichos profesionales no se privilegien de las presunciones y ventajas tuitivas del derecho del trabajo, concebidas para el caso específico de la subordinación laboral.

De hecho la interpretación jurisprudencial ha permitido que contratos que no tienen el carácter de laborales, pero en los que se dan elementos de trabajo, personal y remuneración, complementados con una subordinación propia del contrato que se ejecuta, se vayan transformando en contratos de trabajo, creando así una incertidumbre que está en mora de corregirse.

Debe recalcar que los contratos civiles y comerciales tienen una regulación propia que conserva la autonomía profesional de sus ejecutores.

² Ponencia para primer debate del proyecto de ley No. 66/90.

Aplicando estos conceptos a quienes abruptamente cambian contra toda noción de justicia su inicial posición en un contrato de prestación de servicios, para provecho indebido con daño injusto al oponente contractual, corresponde a la sociedad a través de sus jueces impedirle el acto inmoral, en apariencia jurídico, no satisfaciendo su pretensión y recordándole o imponiéndole los valores éticos de los cuales ha renegado.”

● Pero lastimosamente la Sala Plena de la H. Corte Constitucional declaró inexecutable esta norma para garantizar en esta ocasión según sus integrantes “... los postulados constitucionales del Estado social de derecho, de la igualdad, del trabajo y de la dignidad humana, desconocidos por el precepto demandado.”... no sin antes advertir por lo menos en forma expresa que “...la declaratoria de inexecutable del inciso acusado no implica que se asimilen las relaciones civiles y comerciales con las laborales.”⁽³⁾

Es evidente que esta sentencia, seguramente bien intencionada, entorpece la generación de empleo no laboral y la mejor utilización de la capacidad instalada de nuestras empresas, y por lo tanto debe revisarse. No se puede olvidar que ninguna rama del conocimiento puede hoy prescindir de toda una serie de análisis conexos, a fin de buscar que la legislación y su interpretación responda eficazmente a las crecientes necesidades sociales del país. Especialmente la legislación laboral, que por su esencia y contenido, requiere coordinación con otras disciplinas tales como la economía, sociología, psicología, para indagar tanto factores de productividad como de actitud de los trabajadores; pues de otro modo puede resultar simplemente nugatoria o aun contra-productores para los altos fines que se propone realizar, no obstante las mejores intenciones que animan al legislador o a los operadores jurídicos que aplican la ley. Y es apenas natural que así sea, dada la complejidad de los problemas sociales del mundo actual y sus consiguientes tensiones.

No cabe duda que el país se ha conformado con las reivindicaciones legales, en materia laboral, olvidando así solucionar el problema de desempleo. El derecho del trabajo no es hoy un derecho de clase, ni las normas laborales ni las decisiones judiciales pueden limitarse a la protección de una minoría de trabajadores dependientes. El derecho laboral debe cumplir una función positiva como instrumento para promover el desarrollo, sin olvidar en ningún caso a los grupos marginados del empleo formal.

La Constitución Nacional y el Código Sustantivo del Trabajo o el estatuto laboral que se expida, sin perjuicio de dar al trabajador la justa protección a

● 3 Sentencia C-665 de noviembre 12 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

que tiene derecho, puede y debe tener en cuenta las necesidades administrativas de las empresas, la adaptación de la mano de obra al ritmo de las urgencias de la actividad económica, y la necesaria certidumbre en los costos, que es indispensable para racionalizar los precios. La ordenación eficiente del trabajo y el debido aprovechamiento del tiempo, de la oportunidad y de la capacidad productiva; todos ellos son aspectos básicos en el proceso económico que pueden verse gravemente entrabados por normas y sentencias rígidas de aparente justicia, pero cuyo verdadero efecto social resulta contraproducente.

II. ASPECTOS PRÁCTICOS EN LA CONTRATACIÓN CON TERCEROS

Pero mientras lo anterior sucede y para poder implementar la contratación de terceros, evitando sorpresas de costos laborales ocultos en un futuro, ante la probabilidad de éxito de una demanda laboral contra los beneficiarios de un servicio contratado comercial o civil con un tercero, esta disertación también contiene una serie de procedimientos prácticos que se deben tener presentes para prevenir que la prestación de servicios personales sin relación de trabajo ingrese al territorio de lo que se ha denominado LA FRONTERA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL, para lo cual, fuera de una cuidadosa redacción de texto del contrato, hay que exigir que los terceros con los que se contrata presten realmente sus servicios como verdaderos contratistas independientes, tal y cual como lo entiende el Código Sustantivo, cuya figura legal la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia resume así en algunos de sus apartes a los cuales yo les agrego algunas frases y resalto otras: ⁽⁴⁾

EL CONTRATISTA INDEPENDIENTE es una persona jurídica o natural (lo ideal es que siempre sea una persona jurídica, bien sea empresa comercial regida por el Código de Comercio o del sector de la economía solidaria como precooperativas, cooperativas, empresas asociativas del trabajo) que mediante un contrato civil o mercantil se compromete, a cambio de determinados honorarios o precio, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de otra persona natural o jurídica con quien contrate. **El contratista independiente debe asumir los riesgos propios de la función a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios (local, maquinaria, equipo, herramientas y materias primas de su propiedad) y con libertad y autonomía técnica y directiva (él maneja su trabajo sin subordinación, no recibe órdenes ni tiene el deber de acatarlas).**

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de abril 25 de 1997. Radicación Nro. 9435. Magistrado Ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez.

Si para poder cumplir su obligación requiere contratar trabajadores, debe ser éste (el contratista independiente) y no el beneficiario de la obra quien los dirija y les dé las instrucciones para realizar su trabajo, coordine sus actividades y controle la disciplina, pues se trata de un verdadero empleador y no de un mero representante o intermediario respecto del beneficiario de la obra o del servicio. Es que éste no se compromete a llevar trabajadores, sino a lograr por su cuenta y riesgo a cambio de un precio, el objeto propuesto, de forma que en este orden de ideas su actividad económica no es la intermediación laboral, sino la especialidad que le permite construir la determinada obra o lograr la prestación del servicio.”

● **Posteriormente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, a hora buena, atemperó la anterior definición**, al decir en un reciente fallo, de fecha 14 de julio de 1998, radicación 10714, lo siguiente, en algunos de sus apartes a los cuales yo también le resalto algunas frases y le agrego otras: ⁵

● Tampoco puede inferirse la subordinación jurídica laboral porque el actor utilizara elementos propios de la empresa y tuviera la asistencia de una empleada de esta última; porque si bien el contratista autónomo trabaja por lo regular con sus propios medios, lo que le da su verdadera naturaleza a este tipo de contratación *es la libertad y autonomía técnica y directiva*, las demás propiedades (el precio determinado, la asunción de los riesgos, y el empleo de sus propios medios) son circunstancias no esenciales en cuya ausencia puede darse también la prestación del servicio independiente....el hecho de tener que cumplir unas obligaciones pactadas en un contrato civil de contratación de servicios médicos no significa automáticamente que se trate de **órdenes de la empresa respecto al modo de ejecución de la labor y la cantidad de trabajo como lo entendió la impugnación**. Por el contrario, esa clase de directrices y relaciones son de esperarse cuando se tiene un contrato civil de servicios como el que suscribieron las partes”.

En lo que hace *al beneficiario del servicio o dueño de la obra*, es claro que no es patrono en términos formales o reales con respecto de los trabajadores requeridos por el contratista, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a aquellos o éste, de suerte que sólo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio.

Con todo, la Ley laboral lo hace responsable solidario por la remuneración, prestaciones, indemnización y derechos laborales correspon-

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 14 de julio de 1998. Radicación Nro. 10714. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

dientes a los trabajadores del contratista cuando éste les incumple, siempre y cuando la obra o servicio que éste deba cumplir no sea extraña a las actividades normales propias de las respectiva empresa o negocio del contratante.

Y sobre el tema de la solidaridad del beneficiario de la obra, cuando el contratista independiente no le cancela a sus trabajadores los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Antioquia produjo una excelente sentencia el día 12 de junio de 1995 al conceptuar con claridad y precisión cuándo se debe entender que existe conexidad entre el objeto social del contratista independiente y el beneficiario o dueño de la obra. Dice en varios de sus apartes a los cuales yo les resalto algunas frases y agrego otras explicativas entre paréntesis:⁽⁶⁾

La solidaridad no puede ser abierta o ilimitada por cuanto entrañaría un caos para la economía, ni tampoco puede decirse y así lo interpreta la Sala, que la conexidad sea indirecta, ya que ello llevaría a una cadena de relaciones de causalidad que crearía injusticias. La solidaridad la genera el vínculo directo de la conexidad.

Contrario a lo que se afirma en otras legislaciones, la colombiana no se refiere a actividades inherentes o conexas en forma amplia, alude a que no existe solidaridad cuando las actividades del contratista son extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario o dueño de la obra, lo que significa por el lado contrario, para mejor comprensión del querer del legislador, **que hay solidaridad cuando las labores son semejantes. En otros términos que sus actividades sean iguales o idénticas.**

Es cierto que TELEANTIOQUIA (la empresa beneficiaria) para poder cumplir su objeto social (que es hacer televisión) requiere de torres de transmisión que la empresa METALEC (contratista independiente) construye e instala, pero el hecho de necesitar elementos, bienes, equipos, etc., para desarrollar su objeto social, no puede equipararse al desarrollo de una actividad normal entre quien suministra el bien y quien lo requiere.

En este mismo orden de ideas, TELEANTIOQUIA ha requerido de la construcción o alquiler de torres, consecución de equipos eléctricos de video, adquisición de vehículos, etc., y no puede pensarse que quienes edificaron los inmuebles o construyeron los equipos o ensamblaron los vehículos, realizaron actividades semejantes a las de TELEANTIOQUIA, no obstante que tales bienes se han necesitado para desarrollar el objeto social.

⁶ Tribunal Superior de Antioquia. Sala Unica Laboral. Sentencia del 12 de junio de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Las anteriores consideraciones de hecho son suficientes para determinar que la solidaridad predicada por la a quo, de TELEANTIOQUIA, no cumple los del artículo 34º del C.S.T., modificado por el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, debiéndose excluir plenamente del proceso, ya que no tiene ninguna responsabilidad laboral con el trabajador demandante.

Y para terminar de completar el tema de **EL CONTRATISTA INDEPENDIENTE** es importante distinguirlo de **LOS SIMPLES INTERMEDIARIOS** y de **LAS EMPRESAS DE SERVICIO TEMPORAL**, cuyas figuras legales la jurisprudencia laboral de la H. Corte Suprema de Justicia resume así: ⁷

LOS INTERMEDIARIOS, son aquellas personas naturales o jurídicas que sin ser empleadores directos, se encargan de contratar trabajadores a nombre de éstos, o de encontrarlos para que laboren al servicio de una determinada empresa o sencillamente de convocarlos y proponerlos al patrono por solicitud de éste, **como acontece en el caso de las agencias de colocación**, conocidas anteriormente como **bolsas de empleo**. El artículo 35 del CST describe dos clases de intermediarios a saber: **las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio o por cuenta exclusiva de un patrono y las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos por cuenta del empleador**.

En todo caso los intermediarios, cualquiera que sea su modalidad, no son empleadores directos sino que se convierten en sus representantes para efectos de la contratación (CST, art. 32) e incluso algunos son meros corredores de colocación, conforme arriba se dijo, es decir personas naturales o jurídicas cuya actividad radica en postular trabajadores a solicitud del eventual empleador interesado, quien, si lo estima pertinente, vinculará directamente al postulado, caso en el cual deberá cancelar el monto establecido al agente.

LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, de conformidad con lo definido por la Ley 50 de 1990, son personas jurídicas conformadas como sociedades comerciales, cuya actividad se centra en enganchar y remitir el personal que requieran otras personas naturales o jurídicas para los siguientes efectos:

- a) Desempeñar labores ocasionales, accidentales o transitorias; esto es, aquellas cuya duración no exceda de un mes y se requieren para cubrir necesidades ajenas a la actividad normal del solicitante de los servicios.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de abril 25 de 1997. Radicación Nro. 9435. Magistrado Ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez.



- b) Reemplazar personal en vacaciones, en incapacidad, en licencia ordinaria y en licencia de maternidad.
- c) Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses prorrogables hasta por seis meses más. **Si cumplido el plazo de (6) meses más la prórroga, la necesidad originaria subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o diferente Empresa de Servicios Temporales para la prestación de dicho servicio.** Sobre este punto, en sentencia de octubre 26 de 1994, se pronunció el Consejo de Estado al decidir sobre la legalidad de esta limitación manifestó lo siguiente: ⁸

“A juicio de la Sala esta disposición se limita a preservar el espíritu de la Ley, es decir, a evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales se tornen en permanentes, desconociendo los derechos prestacionales de los trabajadores. Naturalmente esta norma se refiere a las circunstancias especiales que dieron origen a la contratación. Si posteriormente en otro tiempo vuelve a presentarse un incremento en la producción o en las ventas o viene otra cosecha, se podrán celebrar otros contratos con empresas de servicios temporales, que no sobrepasen el límite establecido por la ley. No se trata entonces de que solamente se pueda celebrar un único contrato de seis meses prorrogable por otros seis meses, sino que para una misma necesidad ese es el máximo permitido por las normas. **Es claro que si las necesidades del servicio son permanentes, deberán vincularse trabajadores bajo esta modalidad.**”

- d) Recolectar cosechas.
- e) Prestar servicios en general.

Ahora bien, se denominan usuarios las personas naturales o jurídicas que contraten con las empresas de servicios temporales, y no podrán serlo quienes tengan con éstas nexos económicos que impliquen subordinación o control. Deben hacerlo mediante la suscripción de un contrato mercantil escrito. En virtud de este contrato la Empresa de Servicios Temporales a cambio de determinada remuneración, se compromete a remitir el personal requerido por el usuario, para lo cual han de enganchar los pertinentes trabaja-

⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de octubre de 1994. Exp. 6038.

dores mediante la modalidad contractual laboral que se acomode a la respectiva necesidad del servicio.

De otra parte, se otorgan en la ley algunas garantías especiales a favor de los operarios en misión, así: les asiste derecho a recibir compensación de vacaciones y la prima de servicios en proporción al tiempo laborado, cualquiera que éste sea y sin importar la modalidad contractual acordada; igualmente tienen derecho a percibir cuando menos un salario ordinario equivalente al de los trabajadores del usuario que desempeñen igual actividad, incluyendo los posibles incrementos por antigüedad, y a gozar de los beneficios otorgados por éste a sus empleados en materia de transporte, recreación y educación.

En esta misma sentencia La Sala de Casación Laboral, al tratar en forma muy completa el tema de la responsabilidad laboral de **las Empresas de Servicios Temporales** por los derechos de los trabajadores en misión que prestan sus servicios para las empresas usuarias que contratan dichos servicios, manifestó que aquellas **son verdaderos empleadores de sus trabajadores en misión y no simples intermediarias**, y en consecuencia las empresas usuarias no responden ni directamente o solidariamente por el pago de los derechos laborales de los trabajadores en misión, **a menos que sucedan los siguientes eventos que a continuación enunciamos, en cuyo caso la empresa usuaria sí se hace responsable directamente por los derechos laborales de los trabajadores en misión y convierten a la empresa de servicio temporal en una simple intermediaria:**

- Cuando contrata con una empresa de servicios temporales que no funcione lícitamente, es decir, cuando ésta no tiene autorización por parte del Ministerio del Trabajo para realizar dicha actividad.
- Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan por parte del Ministerio del Trabajo, la empresa usuaria se haría responsable como verdadero patrono por las obligaciones laborales de los trabajadores en misión y la empresa de servicios temporales pasaría a responder solidariamente como simple intermediaria, en el evento de que se efectúe una contratación fraudulenta entre la empresa usuaria con una empresa de servicios temporales debidamente autorizada para su funcionamiento, pero transgrediendo los motivos por los cuales puede contratar o las limitaciones en el tiempo máximo para hacerlo, fijados por la Ley 50 de 1990 y sus Decretos Reglamentarios. 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 de las respectivas estipulaciones.

● III. NORMAS LABORALES QUE SE DEBEN TENER PRESENTES AL CONTRATAR CON TERCEROS

Dentro del análisis que venimos haciendo de esta modalidad contractual, consideramos también importante recordar que el artículo 1º de la Ley 362 de 1997 que derogó el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, ratifica **que son los Jueces Laborales (no los Civiles ni Comerciales)** los que conocen de los conflictos jurídicos que se originen en el contrato de trabajo **o de una supuesta relación de trabajo que se alegue por quien prestó el servicio personal.**

Y los Jueces Laborales para resolver sobre una **supuesta relación de trabajo que se alegue por quien prestó el servicio personal** tienen las siguientes pautas constitucionales y legales que resumo así:

- El contrato de trabajo no requiere términos específicos o sacramentales que identifiquen la relación jurídica que se establece entre las partes; basta que concurren los elementos integrantes del contrato de trabajo para que éste exista y las partes queden sometidas a las regulaciones del Código Sustantivo del Trabajo, no importando el nombre que le den las partes al contrato ni la naturaleza jurídica con que lo clasifiquen, bien sea, civil o comercial.
- Cuando se celebra un contrato de prestación de servicios que en su formación está elaborado como un contrato comercial o civil, pero su ejecución exhiba notas características de un contrato de trabajo, el Juez Laboral puede desestimar el aparente contrato de prestación de servicios civil o comercial por constituir en su sustancia material un contrato de trabajo, lo que acarrea como consecuencia el pago de los derechos laborales e implicaciones jurídicas que resulten de él.
- Lo anteriormente expuesto es lo que se denomina en el derecho laboral el principio de la primacía de lo real sobre lo formal, que tiene fundamento legal y constitucional, y enseña que la verdad de los hechos está por encima de la apariencia de los acuerdos formales, y concretamente sobre el nombre que le den las partes a los contratos, de ahí que, la jurisprudencia ha reiterado que los datos formales que resultan de documentos contractuales aunque sean elaborados de buena fe o con todas las apariencias de legalidad que sean del caso, no necesariamente son definitivos para establecer la inexistencia del vínculo laboral.

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS CON TERCEROS

La contratación comercial o civil con terceros se puede utilizar en aquellas áreas de las empresas que no generan valor agregado al objeto social que desarrollan y que pueden ser ejecutadas por alguien que tiene una formación profesional o técnica especializada, o que tiene una habilidad especial para hacer las cosas bien antes, durante y después del servicio prestado o producción de bienes contratados, en suma es la contratación de terceros peritos en procesos costosos e ineficaces cuando las empresas las contratan laboralmente.

La contratación con terceros por transparencia legal-laboral se recomienda hacerla con personas jurídicas que pueden tener la naturaleza jurídica de sociedades comerciales con ánimo de lucro reguladas por el Código del Comercio, o con las sociedades de economía social o solidaria de trabajo asociado, que son protegidas constitucional y legalmente por el Estado a través de capacitación, asesoría, asistencia técnica, crédito, financiamiento y régimen tributario más favorable. Y para que estas empresas tengan un sustrato de realidad y no de papel, repetimos e insistimos que éstas deben ejecutar la labor o el servicio contratado como un verdadero contratista independiente, es decir, por un precio determinado, realizarlos con sus propios medios, asumiendo todos los riesgos, con libertad y autonomía técnica y directiva.

1º. La contratación con empresas sociales o del sector de la economía social o solidario sin ánimo de lucro.- Estas se acomodan mejor que las empresas comerciales con ánimo de lucro reguladas por el Código de Comercio en aquellos casos que involucren a trabajadores cuya actividad sea material y no intelectual, y cuyo único capital es su mano de obra y no el capital financiero. Dentro de las alternativas jurídicas que ofrece el sector económico solidario las que mejor se adaptan son las Precooperativas, Cooperativas de Trabajo Asociado y las Empresas Asociativas del Trabajo que tienen las abreviaturas "EAT", la cual destacamos sobre las anteriores principalmente por las siguientes razones que la hacen diferente de las demás de su género: ⁹

1. Por que no están vigiladas por DANSOCIAL ANTES DANCOOP.
2. Por que se constituyen por documento privado reconocido ante Notaria.
3. Porque su registro para la obtención de la personería jurídica y demás actos se inscriben es ante la respectiva Cámara de Co-

⁹ Las Empresas Asociativas de Trabajo están reguladas en la ley 10 de 1991 y su decreto reglamentario 1100 de 1992

mercio de su jurisdicción y no ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

4. Porque se asimilan a las sociedades de personas de la Ley Comercial en lo que no estén expresamente reguladas por las disposiciones especiales.

En síntesis porque tiene la agilidad del sector privado y las ventajas del sector social, entre ellas su régimen tributario: las EAT son exentas del impuesto de Renta y Complementarios, por lo tanto, no se les debe practicar retención en la fuente sobre pagos que se les efectúen o facturen. Es importante advertir que en las EAT los asociados aportan su capacidad laboral por tiempo indefinido sin que puedan existir "EAT" que vinculen asociados de manera temporal u ocasional o con vinculación laboral. sólo existen relaciones comerciales entre sus asociados.

Mientras que las más conocidas del sector social, las precooperativas y las cooperativas, tienen un régimen tributario más rígido y una vigilancia por parte de los estamentos gubernamentales, veamos: Los documentos para el registro en los regímenes de trabajo asociado de las precooperativas y cooperativas en el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social son: ¹⁰

- Copia auténtica de la Resolución de reconocimiento de personería jurídica expedida por DANCOOP hoy DANSOCIAL.
- Copia de los estatutos de la cooperativa.
- Régimen de trabajo asociado en original y dos copias.
- Régimen de compensaciones, original y dos copias.
- Régimen de previsión y seguridad social, original y dos copias.
- Acompañar el expediente con oficio remitatorio.

- 2º. **La contratación con empresas comerciales con ánimo de lucro reguladas por el Código de Comercio.**- Se recomienda en aquellos casos que involucren a trabajadores cuya actividad principal sea la intelectual y no la material o porque los asociados dispongan de un capital financiero considerable fuera de su mano de obra, que les permita con-

¹⁰ Las Cooperativas de trabajo asociado están regulados por la Ley 79 de 1988 y el Decreto Reglamentario 468 de 1990, y de acuerdo con el artículo 28º del Decreto Ley 79 de 1988 las normas contenidas en el Decreto 468 de 1990 les son aplicables a las precooperativas de trabajo asociado.

tratar laboralmente otras personas bajo su cargo en vez de tener socios única y exclusivamente.

Dentro de esta opción están las sociedades comerciales clásicas: Responsabilidad Limitada, Comandita Simple, Comandita por acciones, la Anónima, la Colectiva y la que introdujo la Ley 22 de 1995 que modificó el Código de Comercio: la empresa unipersonal, que es la mejor para las personas que no les gusta tener sociedad con nadie.

V RESUMEN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS PRINCIPALES EMPRESAS QUE SE PRESTAN PARA LA MODALIDAD CONTRACTUAL DE CONTRATACIÓN CON TERCEROS

1. Las Empresas Asociativas de Trabajo.¹¹

La ley 10 de 1991 y su decreto reglamentario 1100 de 1992 buscan ofrecer otra alternativa empresarial para los grupos de trabajadores que encuentran efectiva la opción asociativa para generar trabajo e ingresos.

La atención a las poblaciones de desempleados, subempleados y poblaciones vulnerables, es una meta central para el Ministerio de Trabajo, buscando facilitar a estas personas la constitución de empresas en los diferentes sectores de la economía del país.

Toma de la Economía Solidaria parte de su filosofía, donde el trabajador es propietario y gestor de su propia empresa; considerando las ventajas que genera la asociación para la producción y comercialización de bienes y servicios, la EAT presenta un marco conceptual que la diferencia sustancialmente de las otras formas asociativas, toda vez que en ella, *la distribución de utilidades es proporcional a la participación de los asociados en el crecimiento de la empresa*, siendo su fuerza de trabajo, el principal aporte del asociado.

De otro lado mantiene el carácter de independencia de los asociados entre sí, y con base en sus costumbres y en la forma como se relaciona contractualmente con terceros, toma como premisa que no existen relaciones laborales sino comerciales entre ellos y la empresa. Así mismo, en la medida en que se valoren los aportes que hacen los asociados, se determinará la distribución de los excedentes que generen las actividades económicas realizadas por la Empresa. Por lo tanto, con la EAT se supera el carácter de apropia-

¹¹ Las Empresas Asociativas de Trabajo.- La ley 10 de 1991 y su decreto reglamentario 1100 de 1992

ción y exclusión de algunos de los miembros cuando no se identifica e indistintamente su participación en el desarrollo productivo empresarial.

Estas unidades asociativas, al igual que las demás deben alcanzar desde sus inicios, altos niveles de eficiencia, eficacia y afectividad, que por una parte motiven y consoliden a sus asociados y, por la otra, le permitan a la unidad asociativa establecer y consolidarse en un ambiente altamente competitivo y complejo.

La competencia se presenta no sólo con unidades de los niveles no estructurados, sino con empresas medianas y grandes, lo que exige una visión prospectiva amplia, aprovechamiento al máximo de la mano e inteligencia de obra, con miras a facilitar la acumulación de la empresa, y su expansión y desarrollo, y con ello, el mejor bienestar de sus asociados.

La empresa asociativa de trabajo, privilegia el factor trabajo, y por ello las utilidades se distribuyen en proporción al trabajo, aportes adicionales, en dinero, en experiencia, con base en la participación afectiva de cada asociado en la elaboración, transformación de los productos y la prestación de los servicios de la Empresa.

Por otra parte mantiene la independencia de los asociados entre sí en aspectos laborales y para sus realizaciones con terceros.

El marco legal busca ampliar los espacios de contratación con los sectores público y privado al establecer como garantía la responsabilidad solidaria e ilimitada como persona jurídica.

La empresa asociativa busca que las personas vinculadas a actividades económicas de pequeña escala, tenga mayor capacidad de negociación, de producción, de manejo de proyectos rentables técnica y económicamente; para adquisición de materias primas y materiales; para incorporación de paquetes tecnológicos; para el uso racional de la capacitación, la asesoría y la asistencia técnica, así como el crédito.

En síntesis se busca superar viejos esquemas de soluciones simplistas para los desempleados pobres y por el contrario perfilar proyectos sólidos que generen riqueza, acumulación, reinversión, bienestar y calidad de vida.

Por ello la EAT se orienta preferiblemente a grupos poblacionales con experiencia y conocimiento en un oficio o actividad, con algún nivel de habilidades y destrezas en la producción, la comercialización y la gestión, que puesto en común con los de otras personas, les permitan generar trabajo e ingresos apropiados.

En este marco, los trabajadores por cuenta propia, los profesionales, los técnicos, los tecnólogos, los obreros calificados y la población vulnerable, son los grupos prioritarios por atender en el proceso de constitución de Empresas Asociativas de Trabajo.

2. Las Precooperativas y Cooperativas.¹²

En los últimos años, la estructura socioeconómica del mundo en general y de Colombia en particular, se ha transformado considerablemente. Las crisis de los modelos capitalistas y socialistas, han permitido que las alternativas solidarias y especialmente las formas precooperativas y cooperativas, y más recientemente, las Empresas Asociativas de Trabajo ganen terreno en forma significativa.

El sector de Economía social tiene su fundamento en principios filosóficos, económicos, sociológicos y antropológicos, que en su conjunto buscan alternativas para la generación de riqueza, en un contexto de participación, pertenencia y logro de condiciones plenas de calidad de vida. Es una opción para el desarrollo humano.

Como premisa básica se plantea la necesidad de alcanzar niveles importantes de crecimiento, sin los cuales es imposible forjar desarrollo. Las experiencias de muchos países muestran que las leyes del mercado no garantizan un crecimiento equitativo de la sociedad y mucho menos desarrollo.

Así mismo, los modelos de la economía de planificación central, también han fracasado en forma generalizada, por la restitución a la iniciativa individual y grupal no partidaria, por la consolidación de grandes burocracias, por los mínimos niveles de compromiso de las mismas, por los bajos niveles de eficiencia empresarial.

Ello exige a nuestra sociedad diseñar e impulsar nuevas opciones que reivindicuen el crecimiento económico, sobre la base de principios que garanticen la democracia económica, social y política, a través de la participación, la cooperación, la solidaridad y la integración, entre otros.

Esta concepción se viene materializando a través de las unidades económicas (empresas), que producen bienes y servicios, cuya identidad se fundamenta en la prosperidad, la administración y la distribución de excedentes

¹² Las Cooperativas de trabajo asociado están regulados por la Ley 79 de 1988 y el Decreto Reglamentario 468 de 1990, y de acuerdo con el artículo 28º del Decreto Ley 79 de 1988 las normas contenidas en el Decreto 468 de 1990 les son aplicables a las precooperativas de trabajo asociado.

en forma equitativa y participativa, que en su conjunto se identifican e integran en el sector de economía social (solidaria, para otros analistas).

Dentro de este sector están las Precooperativas y las Cooperativas que tienen por finalidad: construir fuentes económicas sólidas de propiedad comunitaria; liderar procesos de democratización económica; contribuir significativamente al PIB, mediante la generación de valor agregado y riqueza en general, y participar en la generación de empleo.

De conformidad con la Ley 79 de 1988 y el Decreto Reglamentario 468 de 1990, las cooperativas de trabajo asociado son empresas asociativas sin ánimo de lucro, que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras, o la prestación de servicios en forma autogestionaria. Y de acuerdo con el artículo 28 del Decreto Ley 79 de 1988 y el Decreto Reglamentario 468 de 1990, las normas contenidas en el Decreto 468 de 1990 les son aplicables a las precooperativas de trabajo asociado.

Las cooperativas y las precooperativas se pueden constituir con un mínimo de diez (10) asociados y en desarrollo del acuerdo cooperativo, que existirá desde el momento de su aceptación y al acogerse a los estatutos y reglamentos aprobados en la asamblea general, integrarán voluntariamente a sus asociados para la ejecución de labores materiales o intelectuales, organizadas por las cooperativas para trabajar en forma personal, de conformidad con las aptitudes, capacidades y requerimientos de los cargos, sujetándose y acatando las regulaciones que establezcan los órganos de administración de ésta y sin sujeción a la legislación ordinaria laboral, **y sólo en forma excepcional**, por razones debidamente justificadas, podrá realizarse por trabajadores no asociados; y en tales casos, las relaciones con ellos se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, sin perjuicio de que las partes convengan otras modalidades de contratación.

La cooperativa será propietaria, poseedora o tenedora de los medios materiales de labor o de aquellas que proporcionen fuentes de trabajo; cuando se requieran equipos de oficina, herramientas y demás medios necesarios para su labor, éstos podrán obtenerse por compra o en arriendo.

La cooperativa organizará directamente las actividades de trabajo de sus asociados con autonomía administrativa y asumirá los riesgos en su realización, inclusive cuando se conviene o contrata la ejecución de un trabajo total o parcial en favor de otras empresas o terceros en general.

Cada trabajador asociado tendrá un puesto de trabajo claramente definido en la planta de personal y sus funciones serán fijadas en los respectivos manuales, señalados por escrito al momento de ingresar a la cooperativa o al

desempeñar un nuevo cargo. Además de realizar la labor corriente asignada al trabajador asociado, éste debe desempeñar el cargo para el cual fue elegido democráticamente como miembro del órgano directivo, para integrar comités especiales o comisiones transitorias por designación del Consejo de Administración, siempre que estas funciones no afecten la responsabilidad laboral corriente.

Las autoridades gubernamentales, los árbitros y los jueces laborales que dentro de la órbita de sus respectivas funciones conozcan de las quejas, discrepancias o conflictos entre una cooperativa de trabajo asociado y sus asociados, fundamentarán sus determinaciones en las disposiciones legales que rigen a esas cooperativas, sus estatutos y los reglamentos que contengan los regímenes internos de trabajo asociado aplicable.

3. Las Empresas Asociativas del Trabajo, las Cooperativas y las Precooperativas frente a las Empresas Comerciales de Servicios Temporales.

Desde hace unos años para acá las empresas asociativas del trabajo, las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, vienen siendo utilizadas en la prestación de servicios temporales, colocando a sus asociados a laborar en las instalaciones de las empresas beneficiarias como trabajadores en misión, hecho que ha sido analizado y definido tanto por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como por la Superintendencia de Industria y Comercio en varias circulares que resumo así:

“Las empresas asociativas de trabajo “EAT”, que se encuentran reguladas por la Ley 10 de 1991 y su Decreto Reglamentario 1100 de 1992, dispone de manera expresa en sus artículos 23 y 26 literal b) respectivamente, que dichas empresas no podrán desarrollar funciones de intermediación laboral o ejercer como empleador, por lo tanto las “EAT” que se encuentren funcionando como empresas de servicios temporales, se harán acreedoras a las sanciones establecidas en el artículo 24 del Decreto Reglamentario, que consiste en la cancelación de la inscripción en el registro que lleve la Cámara de Comercio del respectivo domicilio.

Las Precooperativas y las Cooperativas de trabajo asociado “CTA” reguladas por la Ley 79 de 1998, el Decreto Legislativo 1333 de 1989 y el Decreto Reglamentario 468 de 1990, cuya normatividad estipula que en este tipo de organizaciones y en desarrollo de su objeto sólo pueden asociar personas naturales para la producción de bienes, ejecución de obras, o la prestación de servicios en forma autogestionaria, entendiéndose por tal, aquella actividad que desarrollan los asociados de manera personal para atender el giro normal de la organización y para el beneficio común, sin que exista un contrato de trabajo generador de vínculo laboral.

Así mismo se crean unas excepciones a dicha regla de manera taxativa, en el artículo 8 del Decreto Reglamentario, prerrogativa que solamente puede usarse cuando se den las justificaciones que trae el mismo, además, en este evento los contratos de trabajo no pueden, como tampoco los asociados a las Precooperativas y Cooperativas de trabajo, estar prestando sus servicios a terceros beneficiarios en el desarrollo de sus actividades, o lo que es lo mismo, estar en misión, ya que las Precooperativas o Cooperativas, según el caso, estarían incursas en las prohibiciones que contempla el artículo 153 numeral 1 de la Ley, que ocasionan las sanciones del artículo 154 ídem.