



ANDI

**MÁS
PAÍS**

TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL

BALANCE Y RETOS

CESLA

Centro de Estudios Sociales y Laborales



***Tercerización e intermediación laboral:
balance y retos***

Colección Trabajo y Economía

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia - ANDI

©Todos los derechos reservados.

Bajo sanciones establecidas en las leyes, queda rigurosamente prohibida, sin autorización escrita de los titulares del Copyright, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo público.

Las contribuciones publicadas en la Colección Trabajo y Economía son responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores y no comprometen la posición oficial de ninguna instancia institucional.

Editores:

Bruce Mac Master

Alberto Echavarría Saldarriaga

Autores:

Christian Camilo Vargas Isaza (caps. 3, 4, 5 y 6 en exclusiva)

Enán Arrieta Burgos

Camilo Fernández Londoño

Juanita Vieco Giraldo

Centro de Estudios Sociales y Laborales (CESLA)

ISBN: 978-958-56311-4-4

Tiraje:

Digital

Diseño, diagramación e impresión:

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

www.andi.com.co

Medellín, Colombia

Junio de 2019, primera edición

<i>Agradecimientos</i>	
<i>Aliados del CESLA</i>	
<i>Presentación</i>	1
<i>Introducción</i>	4
<i>Capítulo 1. Marco teórico</i>	8
1.1. Las decisiones de las empresas	12
1.2. Flexibilización laboral	15
1.3. Intermediación laboral en Colombia	17
1.4. Tercerización, externalización, subcontratación, <i>outsourcing</i> o BPO en Colombia	19
1.5. Actividad misional permanente	25
1.5.1. El debate jurídico.....	25
1.5.2. La realidad microeconómica más allá del debate jurídico.....	34
1.6. Mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores	40
1.6.1. Sanciones administrativas frente a la intermediación laboral ilegal.....	41
1.6.2. La declaratoria del contrato realidad frente a la intermediación laboral ilegal.....	51
1.6.3. La responsabilidad solidaria y la unidad de empresa frente a algunos supuestos de tercerización.....	52
<i>Capítulo 2. Mercado laboral y dinámicas productivas</i>	56
<i>Capítulo 3. Evidencia empírica</i>	69
3.1. Efectos sobre la productividad	69
3.2. Efectos sobre el mercado laboral	71
<i>Capítulo 4. Datos para el análisis econométrico</i>	73
<i>Capítulo 5. Impacto sobre la productividad y competitividad de las empresas</i>	78
5.1. Metodología	78
5.2. Resultados	80
<i>Capítulo 6. Impacto en el mercado laboral colombiano</i>	85
6.1. Metodología	85
6.2. Resultados	86

Conclusiones.....	89
Recomendaciones.....	94
Referencias	97
Anexos	107
Anexo 1: Pruebas dependencia cross-section y de estacionariedad.....	107
Anexo 2: Eficiencia técnica estimada por sectores	110
Anexo 3: Eficiencia técnica estimada por departamentos	111
Anexo 4: Panel dinámico GMM Sistémico en dos etapas	113
Sobre los autores.....	114

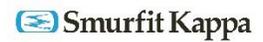
Agradecimientos

Queremos agradecer a las empresas que se han constituido como aliadas del Centro de Estudios Sociales y Laborales (CESLA) de la ANDI: Alpina, Bancolombia, British American Tobacco, Carvajal, Contexto Legal, Corona, Crystal, Colombina, Efcacia, Enka, Coca Cola Femsa, Gecolsa, General Motors Colmotores, Grupo Argos, Grupo Bios, Grupo Enel, Grupo Éxito, Grupo Nutresa, Grupo Sura, Ingenio Pichichi, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA), Manpower Group, Postobón, Smurfit Kappa Carton de Colombia, Tecnoquímicas, Tenaris y Terpel. A ellas toda nuestra gratitud.

De igual modo, conviene hacer explícito nuestro mensaje de agradecimiento a la Oficina de Actividades para los Empleadores de la Oficina para los Países Andinos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por todo el apoyo técnico funcional a que el CESLA continúe siendo una realidad.

Finalmente, es importante decir que las ideas expresadas en este documento no comprometen la posición oficial de ninguna de estas instituciones, en tanto que son responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores.

Aliados del CESLA



Presentación

Es un hecho innegable que las dinámicas empresariales cambian a un ritmo vertiginoso, adaptándose a las necesidades e intereses de los actores económicos y sociales. Aunque todos los días surgen innovaciones de procesos, nuevas metodologías y diseños institucionales que modifican la forma cómo se producen, comercializan y consumen los bienes y servicios, al derecho, y en especial a la legislación laboral, parece costarle entender su papel en este mundo de constante devenir. Los marcos regulatorios no deberían existir para impedir el cambio, sino, más bien, para encauzarlo. Cuando impiden o, peor aún, cuando retrotraen el desarrollo económico y social, algo, definitivamente, no está funcionando en el país.

Ahora bien, muchas veces ni siquiera se requieren nuevas leyes. Basta con interpretar adecuadamente las existentes para actualizarlas de acuerdo con los retos que se presentan en la cotidianidad. Más aún, en ocasiones, es suficiente con no descontextualizar ni generar malentendidos en torno a la aplicación del marco regulatorio que gobierna las relaciones laborales. Un ejemplo de esto son las discusiones que, en los últimos años, se han presentado a propósito de los conceptos de tercerización e intermediación laboral.

En este sentido, resulta llamativo que, a pesar de sus años, el Código Sustantivo del Trabajo parezca estar más a la vanguardia que algunos desarrollos normativos del nuevo milenio. Es difícil de explicar, entonces, por qué hoy algunos se niegan a entender, como ya lo había hecho el siglo XX, la lógica económica y social subyacente a figuras como la del contratista independiente, el simple intermediario y las agencias temporales, consagradas de antaño en la legislación laboral colombiana.

Sería inverosímil que, con el paso del tiempo, el marco regulatorio estuviese condenado a involucionar. En un mundo globalizado, con cadenas globales de valor altamente competitivas, las condiciones de producción y empleo han cambiado sustancialmente. En este contexto, se requiere mayor flexibilidad en el ámbito laboral o, al menos, que este no se inflexibilice aún más.

La tercerización y la intermediación laboral, aunque fenómenos claramente discernibles, tienen en común la necesidad de encontrar entornos favorables a la oferta y a la calidad del empleo a través de

dinámicas laborales suficientemente elásticas que garanticen la sostenibilidad empresarial. La especialización de la producción y la comercialización, el desarrollo tecnológico, la gestión estratégica y de la información, las nuevas teorías microeconómicas, entre otros factores, demandan que las empresas se reapiensen continuamente.

Justamente, la tercerización y la intermediación laboral solo se entienden a partir de esta reinención de los negocios. La tercerización en especial, como lo ha dicho la Organización Internacional del Trabajo y como lo regula nuestro Código Sustantivo del Trabajo, es una modalidad no solo permitida, sino considerada fuente de competitividad y estrategia efectiva en el combate contra la informalidad. Solo debería ser cuestionable cuando se instrumentaliza, a manera de fachada, para que el empleador evada las obligaciones que le corresponden. En este caso, el Código Sustantivo del Trabajo contempla remedios judiciales efectivos.

Ahora bien, debido a cierta agenda desinformativa, en los últimos años se creó un manto de duda sobre la validez, legitimidad y eficacia de los procesos de tercerización. La confusión se generó, sobre todo, a partir de la introducción del concepto de actividades misionales permanentes, el cual surgió para controlar la intermediación laboral ilegal. Aunque con la aparición de esta categoría no se prohibió, en modo alguno, la tercerización, y ni siquiera la tercerización de las así denominadas actividades misionales permanentes de una compañía, algunos malentendidos se suscitaron en torno a la aplicación de estas figuras.

En esta línea, con esta nueva publicación, el CESLA se ha propuesto aportar ideas que permitan despejar las incertidumbres y confusiones que todavía hoy tienen eco. Pensando en ello, este texto precisa las categorías jurídicas de tercerización e intermediación laboral, a la vez que explicita sus fundamentos macro y microeconómicos. Adicionalmente, en esta investigación se arriesga una simulación econométrica para demostrar que tanto la intermediación laboral como la tercerización aumentan la productividad de las empresas, a la vez que inciden en el mejoramiento del mercado laboral.

Ni la discusión es solamente jurídica, ni la economía puede pretender situarse al margen del derecho. En últimas, este texto es una invitación a entender el marco regulatorio en el contexto económico y a comprender las realidades económicas de acuerdo con los límites y las posibilidades que trazan los

discursos legales. En suma, el lector tiene en sus manos un texto pensando en el marco del evidente y necesario diálogo entre productividad y trabajo.

Alberto Echavarría Saldarriaga

Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

Introducción

La mayor apertura comercial y el crecimiento de la competencia en las tres últimas décadas, los avances tecnológicos en campos como la información, las comunicaciones y el transporte, y el acceso a nuevos mercados y tipos de consumidores, han demandado nuevas formas de producción que sean capaces de adaptarse al cambio y competir en los mercados globales. Las empresas han desarrollado estrategias de negocio enfocadas en aspectos como la especialización y la flexibilización para responder a estos nuevos retos y, como consecuencia, se han diseminado novedosos esquemas productivos como las cadenas de valor global¹.

Los cambios evidenciados en los procesos de producción también se han reflejado, aunque en menor medida, en el mercado laboral, con nuevas formas de empleo que buscan atender tanto la mayor flexibilidad y competitividad de la actividad productiva, como las crecientes necesidades de autonomía y flexibilidad del trabajador. A pesar de la rigidez que caracteriza al mercado de trabajo, especialmente en economías como la colombiana, la fuerza laboral se ha venido adaptando a nuevas formas como el trabajo temporal, trabajo a tiempo parcial, teletrabajo, salarios flexibles, subcontratación, entre otras.

La expansión de las cadenas de valor global y la preferencia por formas de trabajo más flexibles han propiciado una mayor utilización de figuras como la triangulación, que complementan los modelos de empleo tradicionales con esquemas de trabajo temporales (intermediación laboral) y la posibilidad de subcontratar procesos con terceros (tercerización). La intermediación laboral se asocia al envío de trabajadores en misión, en tanto que la tercerización puede diferenciarse entre subcontratación o tercerización de bienes o servicios. Mientras que la primera hace referencia al envío único y provisional de mano de obra por parte de una empresa de servicios temporales hacia una empresa usuaria, la segunda se configura por medio del suministro de procesos de forma independiente y sin un vínculo de empleo directo entre las empresas contratantes.

La mayor utilización de figuras como la intermediación se explica por factores como los ciclos de los negocios y las rigideces asociadas a la contratación. Las empresas toman la decisión de contratar

¹ Las Cadenas de Valor Global son una importante fuente de competitividad, al facilitar el comercio a pequeños negocios, mejorar las posibilidades de los países de cambiar sus ventajas comparativas y posibilitar el acceso a nuevos tipos de producción y la modernización hacia actividades con un mayor valor agregado (Gereffi et al., 2013).

empleados en misión cuando la demanda de sus productos tiene ciclos pronunciados y no puede sostener la misma cantidad de trabajadores todo el tiempo, por lo que recurren a agencias que les permiten mejorar su capacidad instalada de forma temporal. En la decisión de intermediación laboral también se tiene en cuenta que, cuando los negocios se enfrentan a marcos regulatorios rígidos en los que el costo de despido es alto, el análisis de costos podría favorecer este tipo de empleos. Por el contrario, aspectos como los costos de entrenamiento de nuevos empleados y la fuga de conocimiento pueden desalentar la contratación de trabajos temporales.

La decisión de tercerizar se sustenta en elementos como la especialización, la reducción de costos, el mejoramiento de la calidad, el acceso a conocimientos especializados que no tiene la empresa, entre otros factores. Las estrategias de especialización de las empresas a menudo requieren concentrar sus recursos y esfuerzos en sus actividades principales, incitándolas a buscar terceros que puedan encargarse de procesos en los que, por su especialización y por razones de economías de escala, puedan ser más eficientes de cara a la obtención de un resultado. Esto debería traducirse en una reducción efectiva de los costos y en una mayor flexibilidad del modelo de producción. Como lo expresa la ANDI (2017): “La tercerización es utilizada en el mundo como una vía efectiva de especialización de procesos y una palanca básica para incrementar la productividad y la competitividad de las empresas” (p. 266).

Desde esta perspectiva, los esquemas de triangulación tienen un efecto positivo sobre las economías, al servir como combustible de los modelos de producción flexible que mejoran los niveles de productividad y competitividad. Sin embargo, al existir diferentes configuraciones en las relaciones triangulares y dependiendo de las características propias de los países, estas formas de empleo también podrían tener efectos negativos sobre segmentos del sector productivo y las condiciones de vida de determinados grupos de trabajadores. Algunos estudios, que analizan países desarrollados, han encontrado que la subcontratación externa se encuentra asociada a la disminución del empleo de grupos de trabajadores con menores habilidades.

La economía colombiana no ha sido ajena a este contexto, las empresas han enfocado su atención en los mercados internacionales buscando insertarse en Cadenas Globales de Valor, produciendo un cambio en los modelos de operación por formas más flexibles y demandando, así, trabajos que se ajusten a las nuevas realidades. En relación con los efectos de estos esquemas sobre la economía

colombiana, se encuentran pocos trabajos que aborden el tema y esos pocos se centran en las diferencias de las condiciones laborales de los segmentos del mercado y no en los efectos sobre la economía en su totalidad.

Con estas premisas, esta publicación trata de dar respuesta a tres preguntas investigativas: ¿cuáles son los efectos de la tercerización y de la intermediación laboral en la productividad de las empresas?; ¿qué incidencia tienen estos procesos en el mercado laboral?; ¿cómo entender, adecuadamente, el marco regulatorio en consonancia con las exigencias del contexto económico? Para desarrollar la propuesta investigativa, el libro se encuentra compuesto por seis secciones: en la primera sección se delimita la revisión teórica sobre las normas jurídicas y las decisiones microeconómicas; el segundo apartado se enfoca en las dinámicas macroeconómicas; la tercera sección contiene la revisión empírica; el cuarto segmento contiene la descripción de los datos utilizados en el modelo econométrico; en la quinta sección se presentan la metodología y resultados del modelo que estima el impacto de la triangulación sobre la eficiencia de las empresas; la sexta parte contiene la metodología y resultados del modelo que estima el impacto de la triangulación sobre el mercado de trabajo; y, finalmente, se esbozan algunas conclusiones y recomendaciones generales.

En términos metodológicos, desde la óptica del derecho, los análisis aquí consignados son el resultado de una labor de dogmática jurídica (Solano, 2016), en tanto que se analizan las condiciones en que es posible y legítima la interpretación del texto normativo de conformidad con determinados límites de sentido. Estas condiciones de posibilidad y estos límites de validez se decantan en un ejercicio interpretativo sobre las instituciones normativas que regulan los procesos de tercerización e intermediación laboral. La tarea de interpretación se centró en fuentes normativas y científicas, así como en otros referentes documentales.

Desde la óptica de la economía, la lectura propuesta en este libro comprende los enfoques microeconómico y macroeconómico aplicables a los procesos de tercerización e intermediación laboral. Con estas premisas, en los capítulos concernientes a este tema, se desarrollan dos modelos econométricos, cuyo propósito es medir los efectos de la triangulación sobre la productividad de las empresas y el mercado de trabajo en Colombia. Con base en lo que se observa en la medición directa e indirecta de la triangulación en el país, la revisión de la evidencia empírica y los resultados de los modelos económicos, se construyen unos lineamientos generales que ayudan a orientar la

comprensión y funcionamiento del sistema. La aproximación a los procesos de tercerización e intermediación laboral, desde las metodologías propuestas, es novedosa para el caso colombiano y contribuye a la discusión de los efectos de la regulación del mercado laboral sobre el desempeño de las economías en vía de desarrollo.

En síntesis, en este libro el lector encontrará un aparato crítico atravesado por la sumatoria de las perspectivas jurídica y económica pertinentes y necesarias para comprender las bases y efectos de la tercerización y la intermediación laboral en Colombia.

Capítulo 1. Marco teórico

Los procesos de intermediación laboral y de tercerización han venido llamando la atención de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha abierto espacios de participación para su discusión y ha producido estudios y normativa al respecto. En el marco de la OIT, estos procesos se discuten en torno a categorías tales como las **relaciones triangulares**, el **régimen de subcontratación laboral** o la **relación de empleo multipartita** (International Labour Office, 2018). Aunque en el seno de la OIT no ha sido posible llegar a un consenso por parte de los actores sociales en lo que atañe a la definición precisa de estas categorías (Érmida y Colotuzzo, 2009), existe un amplio repertorio de fuentes de conocimiento que sirve de base a la discusión.

Se destacan, en este sentido, la discusión sobre el trabajo en régimen de subcontratación que tuvo lugar en las reuniones 85ª (1997) y 86ª (1998) de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) —en las que no hubo acuerdo sobre la necesidad de un convenio internacional—, y la discusión sobre la relación de trabajo en la 95ª reunión (2006) de la CIT. En lo que atañe a la producción normativa resaltan la Recomendación 188 y el Convenio 181, ambos de 1997 y referidos a las agencias de empleo privadas, así como la Recomendación 198 de 2006 sobre la relación trabajo, con la cual se pretendió, entre otras, hacerle frente a las relaciones laborales encubiertas². Estos espacios han favorecido la construcción de definiciones en torno a las formas de flexibilidad laboral que nacen de las relaciones de intermediación laboral y tercerización.

A modo general, en las relaciones triangulares participan el empleado, la empresa y un tercero que se conoce como la empresa usuaria, a quien se le provee de trabajo (intermediación laboral) o de bienes y servicios (tercerización, externalización, subcontratación, *outsourcing* o *business process outsourcing*). Este tipo de relaciones se pueden dividir en dos modalidades, la subcontratación de mano de obra a través de agencias o empresas concebidas con esta finalidad (intermediación laboral), por una parte y, por otra, la subcontratación de bienes o servicios. Ambas modalidades, a su vez,

² En la Recomendación 198 de 2006 se insta a los Estados a que incluyan, en sus políticas nacionales, medidas orientadas a “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”.

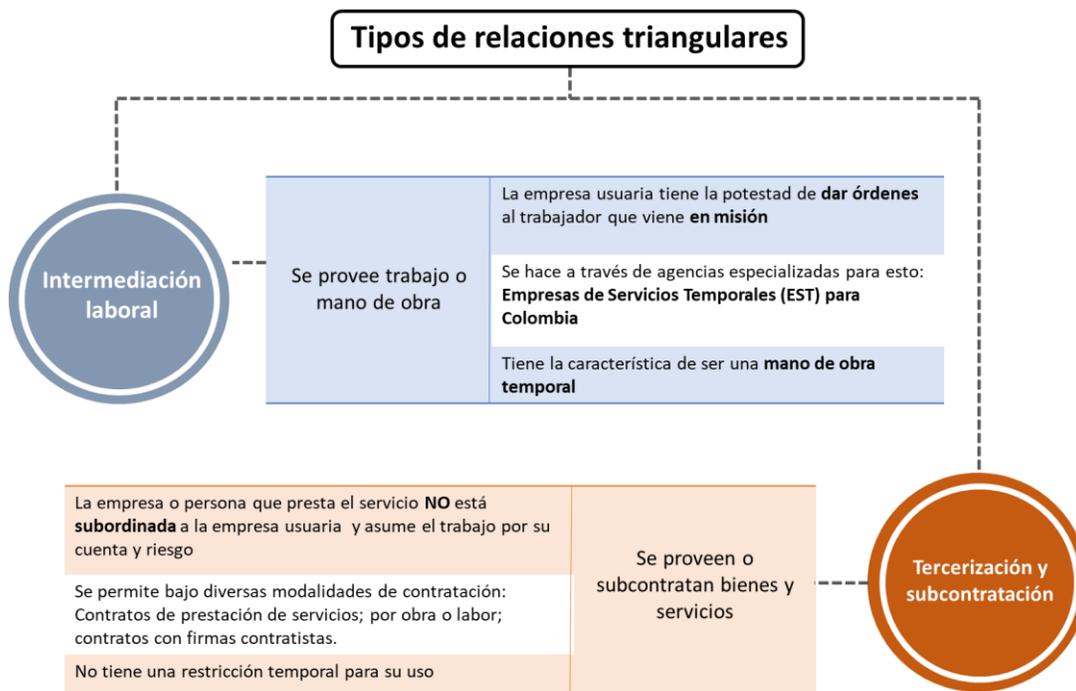
tienen diferentes configuraciones de acuerdo al nivel de subordinación o relacionamiento entre empleado y empresa usuaria.

La contratación por medio de agencias de trabajo temporales se caracteriza por la presencia de una agencia que le presta un servicio de intermediación laboral a la empresa usuaria, en el cual la agencia restringe su actividad productiva a la prestación de este tipo de servicios. En estricto sentido, sería inapropiado afirmar que los procesos de intermediación tienen por finalidad el suministro de trabajadores (suministro de personal), en tanto que, como es sabido, el principio de dignidad prohíbe que los seres humanos sean tratados como cosas, en este caso, como cosas que se suministran. Por ello, es más riguroso afirmar que, en estos casos, lo que se suministra es un servicio de trabajo temporal.

Por su parte, la así llamada subcontratación a través de terceros se configura a partir de vínculos contractuales entre diferentes empresas u organizaciones, cada una de ellas con un determinado conocimiento especializado, de forma tal que una, en desarrollo de su objeto, provee de bienes o servicios a la otra, para lo cual, naturalmente, requiere de una fuerza de trabajo. En estricto sentido, esta fuerza de trabajo no es subcontratada por la empresa que se beneficia con los servicios prestados o los bienes producidos por la empresa contratista, toda vez que, entre empresa contratante y contratista existe una verdadera relación comercial, civil, de prestación de servicios o de otra naturaleza contractual que no responde a las lógicas laborales³.

³ En Colombia, el artículo 968 del Código de Comercio define el contrato de suministro como aquel “por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

Gráfico 1. Tipos de relaciones triangulares



Fuente: elaboración propia

La presencia de características propias de relaciones diferentes, como lo son la comercial y la laboral en el trabajo en régimen de subcontratación, impulsó a la OIT a realizar una distinción entre la subcontratación de bienes o servicios (tercerización en el contexto colombiano) y la subcontratación de mano de obra (que en Colombia solo es válida, como forma de intermediación, si es realizada por empresas de servicios temporales). En el marco de los informes provisionales que se discutieron por la CIT 85 en 1997, se expresó que la subcontratación de bienes o servicios es:

(...) aquella mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos (Informe VI (1) Trabajo en régimen de subcontratación, CIT 85 de 1997, citado por Silva, 2016, p. 185).

De esta manera, todo proceso de subcontratación de bienes o servicios viene antecedido por la decisión, que adopta la empresa, de externalizar o no desarrollar, por sí misma, la producción de un bien específico o la prestación de un servicio determinado que haría parte de su propia red de

actividades, para que la desarrolle otra persona, quien realizaría la actividad con sus propios recursos y por su cuenta y riesgo.

Por su parte, a diferencia de la anterior, en la denominada subcontratación de mano de obra (intermediación laboral) tenemos que:

el objetivo único o predominante es el suministro de mano de obra (y no de bienes y servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere (Informe VI (1) Trabajo en régimen de subcontratación, CIT 85 de 1997).

A pesar de advertir grandes avances con este marco conceptual, la falta de evidencia concluyente en razón de sus efectos sobre la economía y las posiciones divergentes entre trabajadores y empleadores respecto a su conveniencia, han originado diversos perfeccionamientos legislativos alrededor del mundo y, por lo tanto, algunas diferencias en la forma cómo se entienden los conceptos y cómo se miden.

En el caso colombiano se destacan desarrollos normativos como la Ley 50 de 1990 que estableció las condiciones para el envío de trabajadores en misión; el Decreto 3115 de 1997, que reglamenta la actividad de intermediación laboral (colocación de empleo); la Ley 789 de 2002 que generó incentivos para el incremento a la contratación de trabajadores por medio de empresas de servicios temporales (en adelante EST); el Decreto 4369 de 2006 que reglamentó la actividad de las EST; el Decreto 4588 de 2006 que reglamentó la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado (en adelante ambas categorías se trabajarán con el rótulo de CTA); el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que estableció que las actividades misionales permanentes (AMP en adelante) en las empresas no podían ser desarrolladas a través de CTA que realicen intermediación laboral, ni de otras formas de vinculación que supongan el desconocimiento de los derechos consagrados en las normas laborales; el Decreto 2025 de 2011, que precisó el alcance de la intermediación laboral; el Decreto 583 de 2016, que reglamentó la inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral y estableció criterios bajo los cuales la tercerización debe ser considerada ilegal; y la Resolución 2021 de 2018 del Ministerio del Trabajo, que, para efectos de lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, hace una distinción entre las diferentes formas de intermediación laboral (servicio de

intermediación en la gestión y colocación, y envío de trabajadores en misión) y la tercerización, externalización, subcontratación, *outsourcing* o, más bien, *business process outsourcing* (en adelante BPO)⁴.

Los esquemas de triangulación, como formas funcionales de la flexibilización, se fundamentan desde el estudio de los efectos de la regulación del mercado de trabajo sobre la economía y el empleo. Sin embargo, la estrecha relación que guardan la intermediación laboral y la tercerización de procesos y servicios, y que la decisión de subcontratar le corresponde en ambos casos a la empresa, han derivado en que su estudio se realice de manera conjunta. De esta forma, la aproximación teórica a las causas de la tercerización y la intermediación laboral se realiza partiendo de la teoría que subyace la racionalidad de la firma.

1.1. Las decisiones de las empresas

Desde la perspectiva de las firmas, el estudio de las causas y efectos de la triangulación laboral tiene su origen en la década del 90, con el interés que despertaron los cambios en el sector manufacturero estadounidense en la década del 80. Este momento, la industria se caracterizaba porque, a pesar de exhibir crecimientos positivos en sus niveles de productividad, se perdían empleos y participación del sector respecto a los servicios, advirtiendo la presencia de procesos internos que podían estar causando estos cambios, tales como una mayor productividad multifactorial, el reemplazo de mano de obra por capital físico y, como se alude a continuación, la subcontratación.

Desde el punto de vista empírico, Sielers y Griliches (1992), referentes en el campo, estudiaron los datos arrojados por el sector manufacturero estadounidense entre 1977 y 1982. Allí encontraron una relación débil entre el crecimiento de la productividad manufacturera y la compra de servicios, insuficiente para explicar la magnitud del cambio, pero relevante para atraer la atención en esta dirección.

Posteriormente, Abraham y Taylor (1996) también realizaron análisis basándose en los datos arrojados por el sector manufacturero de Estados Unidos entre 1979 y 1987. Entre sus principales hallazgos

⁴ Conviene advertir que estas no son las únicas formas sinónimas de denominación. Algunos autores prefieren el uso de la expresión "descentralización productiva" (Ermida y Colotuzzo, 2009; Toyama, 2004).

encontraron que buena parte del crecimiento en el empleo del sector servicios podía ser explicado por los cambios en las prácticas de contratación. Adicionalmente presentaron evidencias que soportaban la influencia del ahorro de salarios, presencia de economías de escala y la suavización de los ciclos de producción en la decisión de subcontratación de las empresas. De esta forma se reforzó la idea de la subcontratación como una variable que explicaba las diferencias en crecimiento entre las manufacturas y los servicios.

Entre tanto, Freenstra y Hanson (1996), pioneros en la utilización de datos de comercio exterior en la medición de la subcontratación, enfocaron sus análisis en el efecto de la subcontratación externa (*offshoring*) sobre el mercado laboral de Estados Unidos entre 1972 y 1990. De sus análisis extrajeron que la subcontratación externa, definida como las importaciones de bienes intermedios por firmas locales, explicó entre el 31% y el 51% del incremento en la demanda de trabajo calificado.

Los progresos realizados por Sielers y Griliches (1992), Abraham y Taylor (1996), Freenstra y Hanson (1996), plantearon un escenario en el que las decisiones de subcontratación por parte de las empresas se fundamentan en que las firmas eficientes asignan sus recursos en actividades en las que encuentran ventajas comparativas y las actividades en las que no presentan ventajas, pero que de igual forma son necesarias para el funcionamiento del negocio, son potencialmente subcontratadas a proveedores externos. Y que esto, contrario a lo que se preveía antes de hacer estas investigaciones empíricas, no tenía efectos negativos sobre el nivel de empleo, sino, incluso consecuencias positivas. De esta forma, de acuerdo con Olsen (2006), la teoría de la firma se establece como base para el estudio de la subcontratación (Coase, 1937).

En los trabajos de Olsen (2006) y Heshmati (2003), quienes realizan una revisión detallada de la literatura, se identifican un conjunto de elementos teóricos que permiten comprender la conexión entre las decisiones de tercerización y la teoría de la firma:

- Las diferencias en costos de producción entre la empresa y el proveedor: se espera que la subcontratación traiga consigo ahorros en los costos en relación con la producción interna, debido a que los proveedores se benefician de las economías de escala, calendarios de producción más estables y una mayor especialización.

- Los costos de transacción que implica realizar nuevas inversiones: la teoría del costo de transacción sugiere que la subcontratación se presenta cuando la inversión para desarrollar una actividad es menor que la ventaja en los costos de producción y cuando los esfuerzos de búsqueda son menores que la ventaja en costos esperada.
- La teoría del agente principal: hace referencia a conflictos de interés entre la empresa y los trabajadores que pueden causar ineficiencias y por las cuales la firma busca subcontratar un proveedor externo.
- La destrucción creativa de Schumpeter: relacionada con que, a nivel agregado, la subcontratación mejora la productividad, por lo que podría generar la creación de nuevas empresas y la destrucción de las viejas.
- Efectos asociados al desbordamiento del conocimiento (*knowledge spill-over*): relacionado con la especialización que supone subcontratar talento humano especializado.

Por su parte, el modelo de las 4-S propuesto por Zucchini (1992) sugiere que el *outsourcing* es útil para las empresas puesto que les permite: *Scale*, *Speciality*, *Sale* y *Surrender*. Respectivamente, la organización que asume la función externalizada puede: (i.) manejar grandes volúmenes de operaciones en el marco de una economía de escala; así como (ii.) poseer un conocimiento más especializado en el desarrollo de la actividad. Desde la perspectiva de la empresa que decide tercerizar, esta determinación puede obedecer a: (iii.) la necesidad de vender un área de la compañía y; (iv.) a la incapacidad o imposibilidad de gestionar adecuadamente todas las actividades implicadas en el modelo de negocio.

Gráfico 2. El modelo “Four-S” de outsourcing de Zucchini (1992)



Fuente: adaptación de Sena y Sena (2011).

En cuanto a las desventajas, Bermúdez (2005) señala que la tercerización puede suponer pérdidas en materia de confidencialidad de la información, un descontrol operativo y malestar en el clima laboral.

1.2. Flexibilización laboral

Los persistentes niveles de desempleo que se presentaron en la década del 80 en los países europeos propiciaron el escenario ideal para un debate en función de la regulación del mercado de trabajo. Esta discusión alcanzó un mayor nivel en 1994, con la aparición del trabajo realizado por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), en el que se concluyó que el mejor comportamiento del mercado laboral estadounidense frente al europeo se debía a la menor regulación del primero. La consecuencia de los resultados de la investigación fue la creación de una estrategia para mejorar el funcionamiento del mercado europeo a través de elementos como la flexibilización laboral. Estos hallazgos del trabajo de la OCDE estimularon el estudio de la flexibilización laboral y sus formas.

El Banco Mundial incorporó en sus informes "*Doing Business*" un enfoque en el que considera que la desregulación del mercado laboral puede mejorar el clima de los negocios. En su informe *Doing Business 2018* señala que:

La regulación del mercado de trabajo es un aspecto importante del ambiente de los negocios que puede tener incidencia sobre las dinámicas del empleo y la productividad. Las imperfecciones del mercado laboral pueden afectar la calidad y creación de trabajo. La regulación puede mitigar las fallas de mercado y contribuir a una más productiva asignación de recursos al interior de una economía. Mientras las reformas hacia un mercado de trabajo con una regulación más flexible pueden incrementar el empleo, la sub-regulación puede también tener impactos negativos, por ejemplo, a través de la creación de un entorno laboral inseguro o que socave la calidad de vida del trabajador. Establecer los incentivos correctos y elementos disuasorios para empleadores y empleados, puede hacer que la regulación del trabajo contribuya a una mayor movilidad laboral y crecimiento de la productividad (World Bank, 2018, p. 206).

Entre tanto, el Fondo Monetario Internacional (FMI) establece que la flexibilidad del mercado laboral es clave para la creación de empleo. Un ejemplo de su visión se observa en el trabajo de Blanchard

et ál. (2014), que recoge la posición oficial del FMI desde el comienzo de la crisis financiera internacional de comienzos del siglo XXI:

Teniendo en cuenta que gran parte del aumento del desempleo es cíclico, la recomendación del FMI ha sido la de mantener la demanda agregada en la medida de lo posible y compartir el efecto negativo de la menor demanda a través de la extensión de los beneficios del seguro de desempleo. En los países que necesitan mejorar la competitividad, pero también quieren permanecer en la unión monetaria o mantener un tipo de cambio fijo, las opciones han sido más difíciles. Una mayor flexibilidad en la fijación de salarios (por ejemplo, mediante cláusulas que permitan desmontar los convenios colectivos) y los recortes salariales en el sector público que han sido parte del proceso de ajuste en los programas de IMFsupported en estos países (Blanchard et al., 2014, p. 16).

Rodgers (2007), en una investigación para la OIT, realiza una revisión de trabajos que analizan el fenómeno, concluyendo que existen diferentes estudios que muestran variaciones en los resultados. En su revisión se destacan trabajos que encuentran una relación insignificante entre la protección al empleo y los niveles de desempleo (Baker et ál., 2005; Baccaro y Rei, 2005), estudios que encuentran poca evidencia de mejores resultados para grupos marginales en mercados de trabajo más flexibles (Schmitt y Wadsworth, 2002) y estudios en países en desarrollo que concluyen que la legislación que protege el empleo reduce la rotación del empleo y se encuentra asociada con mayores niveles de auto-empleo (informalidad) (Marquez y Páges, 1998). Su conclusión frente a estos resultados es que “a nivel general se observa que mientras la protección al empleo es más fuerte en América Latina, la rotación de empleos es alta y la permanencia baja, una inconsistencia que es difícil de explicar a menos que refleje la mala implementación de la legislación” (p. 6).

Estos planteamientos en favor de mercados más flexibles se fundamentan en el marco de los modelos de equilibrio neoclásicos y elementos de la teoría de ajuste de precios de Arrow (1959). Como lo advierte Eamets y Pass (2006) “desde el punto de vista de la teoría del equilibrio general, la flexibilidad perfecta puede pensarse como una situación donde todos los recursos en un mercado determinado se asignan de una forma Pareto eficiente” (p. 2), y adicionan en esta dirección que “un mercado es más flexible que otros si este se mueve más rápido hacia una asignación de recursos Pareto eficiente” (p. 2). De esta forma, una mayor flexibilidad en el mercado de trabajo se asocia con una mayor capacidad de ajuste y obtención de un nuevo equilibrio.

1.3. Intermediación laboral en Colombia

La Resolución 2021 de 2018 del Ministerio de Trabajo define, para efecto de los procedimientos administrativos sancionatorios que adelanta esta autoridad administrativa, los dos casos en los que se puede hablar, válidamente, de intermediación laboral en Colombia: el envío de trabajadores en misión a través de las EST y el servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo. Si bien en el país se habla, impropiaemente, de otras formas de intermediación, como la figura del simple intermediario de que trata el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST) (Rojas, 2004)⁵, la discusión en el contexto nacional alrededor de la intermediación laboral se ha presentado, sobre todo, de cara al “suministro de personal”.

De esta manera, aunque la primera EST surgió en Colombia en 1963, como señala Arenas (2002), es posible identificar tres momentos en la evolución normativa de esta figura: hasta 1983 no hubo regulación sobre las EST, de 1983 a 1991 la regulación fue permisiva y, de 1991 en adelante, se fue edificando un verdadero marco de control formal.

En este sentido, recordemos que, de acuerdo con el Decreto 4369 de 2006, las EST son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la EST, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador. Con esta finalidad, las EST poseen trabajadores de planta y trabajadores en misión⁶. Es precisamente el servicio temporal de los trabajadores en misión el que las EST proveen a las empresas usuarias⁷.

⁵ Decimos que impropiaemente porque, en realidad, la figura del simple intermediario cabe dentro de las formas de contratación directa. En este sentido, el vínculo laboral surge entre el trabajador y el empleador para quien el simple intermediario ejecuta su labor. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 27 de octubre de 1999 (Exp. 12187), dejó por sentadas las dos hipótesis comprendidas bajo este supuesto: “a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador. b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del Decreto 2351 de 1965) considere al intermediario ‘representante’ del empleador”.

⁶ De acuerdo con el artículo 4 del Decreto 4639 de 2006, trabajadores en misión son aquellos que la EST envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. Se entiende por dependencias propias aquellas en las cuales se ejerce la actividad económica por parte de la EST.

⁷ Por ende, es equivocado sostener que las EST tienen por objeto el suministro de trabajadores temporales. Ni se suministran trabajadores, sino servicios; ni estos poseen, necesariamente, una vinculación temporal, toda vez que lo temporal es el servicio que prestan para una determinada empresa usuaria.

Así las cosas, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL2520-2018 del 15 de agosto de 2018, las EST pueden definirse como:

(...) empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

En el estado actual de la cuestión, es importante hacer hincapié en que las EST son las únicas autorizadas en Colombia para enviar trabajadores en misión a las empresas contratantes. Este envío, conocido también como “suministro de personal”, solo procede en los siguientes casos, los cuales se encuentran previstos en el Decreto 4369 del 2006 y en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990:

- Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, esto es, de actividades de corta duración (no superior a un mes) y distintas a las normales de la empresa.
- Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
- 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 prorrogable hasta por seis meses más.

El uso de las EST al margen de estas condiciones puede llevar no solo a que se reconozca una relación de solidaridad entre la empresa usuaria y la EST (Nieto y Sánchez, 2017), sino, también, a que la autoridad judicial determine que el trabajador en misión es, realmente, un trabajador directamente vinculado por la empresa usuaria, con derecho, por ende, a todos los beneficios que esta contempla para sus trabajadores directos (Sentencia SL2520-2018, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia). Como consecuencia de lo anterior, en estos casos en que no existe una relación contractual válida entre la EST y la empresa usuaria, la EST deviene en un simple intermediario en la contratación laboral que oculta su carácter de ficto empleador, con lo cual la empresa usuaria adquiere la connotación de verdadero empleador (Sentencia SL17025-2016, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia).

Finalmente, para terminar de precisar el marco conceptual de la intermediación laboral, vale la pena anotar que también se considera bajo este horizonte el servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo al que hace referencia el Decreto 1072 de 2015 y la Ley 1636 de 2013 (Servicio Público de Empleo). Este servicio tiene como objetivo, de acuerdo con la Resolución 2021 de 2018, registrar demandantes y oferentes de mano de obra y vacantes y de esta manera generar una relación laboral entre ambos, sin que el intermediario adquiera responsabilidad laboral alguna.

1.4. Tercerización, externalización, subcontratación, *outsourcing* o BPO en Colombia

Vale la pena comenzar por precisar que, en Colombia, no existe un concepto normativo de “tercerización laboral” (Pérez, 2018). En rigor, esta no debe confundirse con la tercerización, externalización de procesos, subcontratación de bienes y servicios, *outsourcing* o BPO, figuras parcialmente equivalentes entre sí⁸ que, dicho sea de paso, aunque constituyen una realidad económica innegable, no han sido, por su propia intangibilidad, objeto de una delimitación conceptual de carácter normativo (Pérez, 2016)⁹. Precisamente, el Decreto 583 de 2016, en su artículo 1, introdujo el concepto de “tercerización laboral” confundiendo estas categorías con la intermediación laboral. Para despejar este malentendido, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 6 de julio de 2017 (núm. 2218-2016), declaró nulo el concepto de “tercerización laboral”, precisó el alcance de la intermediación laboral, como se indicó en el apartado anterior, y la diferenció de la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios (tercerización a secas).¹⁰

⁸ En estricto sentido, las figuras no son homologables entre sí. Sin embargo, aunque la literatura especializada suele distinguir, por ejemplo, entre el *outsourcing* y el BPO, autores como Duque-Ceballos, González-Campo y García-Solarte (2014) problematizan los criterios de demarcación, toda vez que tanto el *outsourcing* como el BPO, desde el punto de vista de sus componentes estructurales y funcionales, se inscriben en las lógicas de externalización que adoptan las compañías para maximizar sus capacidades e incrementar su competitividad. Para simplificar la discusión, a lo largo de este escrito trabajaremos todas estas categorías de forma indistinta.

⁹ En Perú, por ejemplo, la Ley 29245 de 2007 sí define la tercerización en los siguientes términos: “Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio”. Una aproximación crítica, sobre el contexto regional de la subcontratación, puede verse en el texto del Consejo Consultivo Laboral Andino (2007).

¹⁰ Como consecuencia de esta decisión judicial, el Gobierno Nacional, a través del Decreto 683 de 2018, derogó por el Decreto 583 de 2016.

Así las cosas, la tercerización, subcontratación, externalización, *outsourcing* o BPO es desarrollo de diferentes modalidades de relacionamiento contractual previstas en la legislación civil y comercial colombiana. El marco regulatorio laboral reconoce estas dinámicas contractuales y, por ello mismo, define sus implicaciones de cara a los derechos de los trabajadores involucrados, así como en relación con las facultades y responsabilidades de las organizaciones que intervienen.

De esta manera, no hay duda, como lo refiere la misma Resolución 2021 de 2018, que en Colombia es plenamente válido que un proveedor le suministre a una empresa o persona un bien o servicio especializado de acuerdo con sus necesidades. No se trata de una práctica ilegal, ni mucho menos da cuenta de un esquema triangular orientado a desconocer los derechos de los trabajadores. Por el contrario, gracias a la tercerización se generan fuentes de empleo formal y se dinamiza la economía nacional, como veremos más adelante.

Pues bien, de acuerdo con Pérez (2014), en Colombia el proveedor de bienes o servicios puede asumir distintas formas de personalidad jurídica, que van desde sociedades civiles y comerciales que actúan como contratistas independientes (art. 34 del CST), hasta cooperativas de trabajo asociado (CTA), empresas asociativas de trabajo (EAT) y organizaciones sindicales que obran en virtud de contratos colectivos sindicales (CCS).

En primer lugar, tenemos, entonces, que el artículo 34 del CST define, al siguiente tenor, la figura del contratista independiente:

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 beneficio 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.

La figura del contratista independiente es, a no dudarlo, la principal modalidad de *outsourcing* (Bermúdez, 2005). De acuerdo con la doctrina probable sentada por la Corte Suprema de Justicia, el artículo 34 del CST parte de diferenciar dos relaciones jurídicas, por un lado, entre la empresa o persona que encarga a otra la ejecución de una obra o labor y, por otra parte, entre esta última y los trabajadores que emplea con tal finalidad (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 8 de mayo de 1961). Mientras que la primera relación posee una naturaleza comercial o civil, la segunda se encuentra amparada en la legislación laboral, de suerte tal que en ella deben garantizarse, plenamente, los derechos de los trabajadores. En el marco de la primera relación, que es la que propiamente responde al concepto de tercerización, una persona o empresa se beneficia de los bienes o servicios que obtiene de un proveedor.

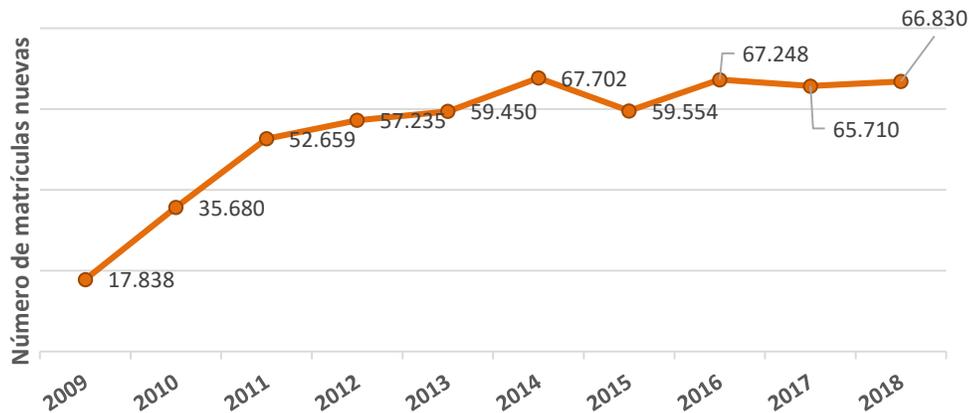
En este sentido, encontramos cómo organizaciones sin ánimo de lucro, pero también empresas comerciales, pueden ofrecer su conocimiento especializado en la confección de bienes o para el suministro de servicios. El caso más frecuente es el de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS). Esta forma societaria creada mediante la Ley 1258 de 2008 es, habitualmente, estigmatizada en el contexto laboral como una práctica fraudulenta de triangulación. Sin embargo, tal apreciación dista de la realidad y pierde de vista que, en general, las SAS se han convertido en el fenómeno comercial más importante del derecho societario colombiano:

(...) en apenas cuatro años se crearon en Colombia más de 497.000 SAS; cerca del 98% de las sociedades que en la actualidad se constituyen en el país, según los registros que llevan las cámaras de comercio, son de este tipo; aproximadamente el 15% de las grandes empresas colombianas han migrado hacia la estructura de la SAS; la gran mayoría de inversionistas extranjeros solo utilizan este tipo societario; en el 2017, el promedio de creación de estas compañías supera las 5700 por mes (Superintendencia de Sociedades, 2018).

Así, si tenemos en cuenta que, a diciembre de 2018 se habían creado casi 550 mil nuevas SAS en todo el país, la constitución de sociedades comerciales bajo esta forma societaria no parece guardar

ninguna correlación, como se ha pretendido mostrar, con la reducción de las CTA. El comportamiento de creación de SAS desde 2009 y hasta 2011 venía en constante aumento y, en general, en 2010, con la Ley 1429, no existe evidencia de un movimiento atípico sobre la media. Si hubiese sido así, la creación de SAS se habría disparado en 2010 y luego habría caído en los años siguientes; sin embargo, desde este año, la creación de SAS se ha mantenido alrededor de 55 a 65 mil empresas por año, con un comportamiento constante y más alto que años anteriores, por lo cual, el mayor crecimiento desde 2009 parece obedecer a otras dinámicas más asociadas a variables macroeconómicas y al mayor conocimiento de la modalidad societaria SAS en los años siguientes a la aprobación de la Ley 1258 en 2008.

Gráfico 3. Evolución histórica de creación de SAS (2009-2018)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de CONFECAMARAS (2019), generados del RUES.

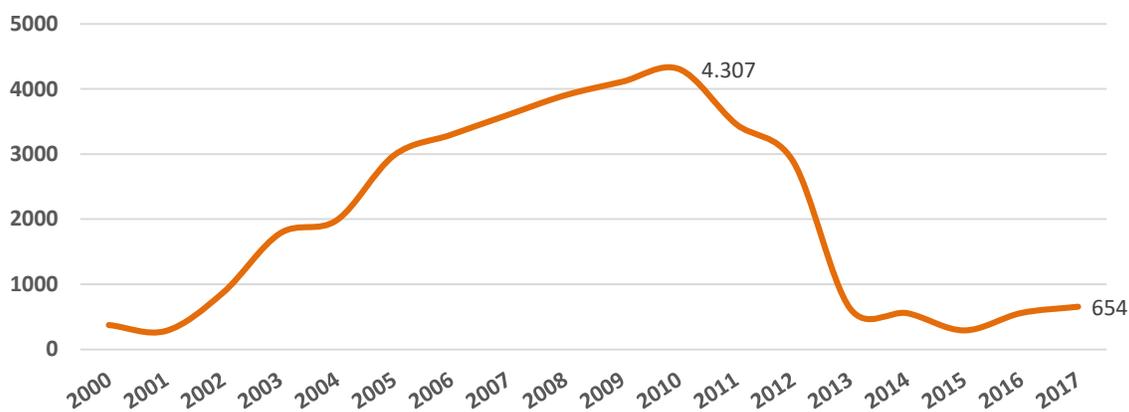
Ello cobra especial relevancia teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1258 de 2008, las SAS pueden constituirse con un objeto social indeterminado, de forma que, si así lo hacen, están habilitados para llevar a cabo cualquier actividad lícita.

En segundo lugar, en cuanto a las CTA, conviene precisar que la prohibición contenida en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 solo refiere, de cara a las instituciones y empresas públicas y privadas, que “el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral”. Esta prohibición, de la que también tratan los artículos 17 del Decreto 4588 de 2006 y 7 de la Ley 1233 de 2008, solo cobija el envío de trabajadores en misión, de modo que las CTA pueden asumir procesos externalizados de las compañías usuarias, incluyendo procesos que hagan parte de actividades misionales permanentes. Por esta razón, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante

Sentencia del 19 de febrero de 2018 (Exp. 1482-11), declaró nulo el artículo 2 del Decreto 2025 de 2011¹¹, mediante el cual se prohibía a las empresas contratar con las CTA actividades o procesos misionales permanentes, en tanto que consideró que la norma reglamentaria había desbordado el alcance del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, pues esta disposición solo les prohíbe a las CTA intermediar en actividades misionales permanentes¹².

De acuerdo con la Confederación de Cooperativas de Colombia (Confecoop, 2018), en la evolución histórica del cooperativismo de trabajo asociado para el período comprendido entre 2000 y 2017 se evidencia un momento de quiebre en 2010, tanto en el número de cooperativas como de trabajadores afiliados, el cual está asociado a las fuertes restricciones que se impusieron respecto del uso de las CTA.

Gráfico 4. Número de CTA (2000-2017)

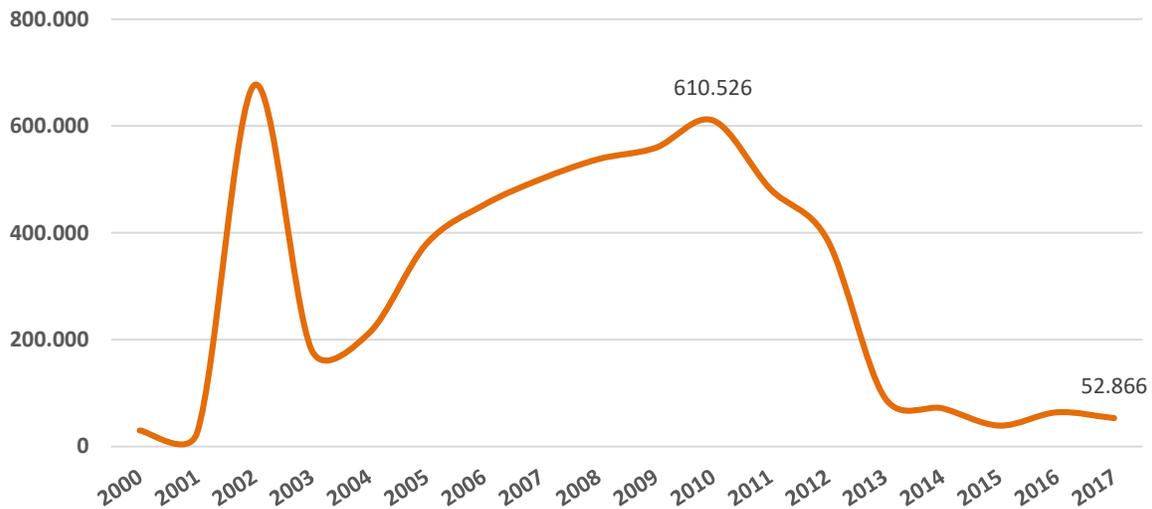


Fuente: elaboración a partir de datos de Confecoop (2018), obtenidos de registros propios y de datos de la Superintendencia de Salud, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y la Superintendencia de Puertos y Transportes.

¹¹ La Sentencia también declaró nulo todo el régimen de sanciones pecuniarias referidas a las actividades de intermediación ilegal por parte de CTA.

¹² En general, el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 también les prohíbe a las CTA actuar como intermediarios o EST, con independencia de que se esté en presencia o no de actividades misionales permanentes.

Gráfico 5. Número de asociados a CTA (2000-2017)



Fuente: elaboración a partir de datos de Confecoop (2018), obtenidos de registros propios y de datos de la Superintendencia de Salud, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y la Superintendencia de Puertos y Transportes.

El comportamiento decreciente que se observa a partir de 2010 y que se consolida a partir de 2013 también es una reacción al exceso de restricciones. En este sentido, el Consejo de Estado recientemente dejó en claro que las CTA, en desarrollo de la facultad prevista en el artículo 13 del Decreto 4588 de 2006, pueden contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, incluso si estos constituyen la actividad misional permanente de la empresa beneficiaria. Ello no debe confundirse con la intermediación laboral, la cual, para este caso, se encuentra proscrita.

En tercer lugar, las EAT, creadas mediante la Ley 10 de 1991, se definen como organizaciones económicas productivas, cuyos asociados aportan su capacidad laboral, por tiempo indefinido y algunos, además, entregan al servicio de la organización una tecnología o destreza, u otros activos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la empresa. Asimismo, las EAT tiene por objeto la producción, comercialización y distribución de bienes básicos de consumo familiar o la prestación de servicios individuales o conjuntos de sus miembros. Aunque no se trate de una figura que se utilice con frecuencia, vale la pena indicar que su reglamentación se encuentra en el Decreto 1100 de 1992.

En cuanto lugar, en lo que respecta a las organizaciones sindicales que han suscrito con sus empleadores un contrato sindical, recordemos que, a través de esta figura contemplada en el artículo 482 del CST y en el Decreto 1429 de 2010, se pretende que, en un espíritu de coordinación, el

empleador y la organización sindical acuerden la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de los afiliados a esta (Arrieta, Vélez, Sepúlveda, Arango, Fernández y Tobón, 2019).

En esta vía, la Corte Constitucional, en Sentencia T-457 de 2011, estableció que el contrato sindical:

Busca mitigar el fenómeno de la tercerización reinante en Colombia, evitando de tal forma la deslaborización de la relación de trabajo o que el empleador acuda a otras formas de contratación como cooperativas, outsourcing o contratos de prestación de servicios, para solucionar determinadas necesidades del servicio. Entonces, podemos afirmar que dicho contrato que se encuentra en pleno auge, marca una pauta de transición hacia una contratación directa de los trabajadores por las empresas, y más aún, propende por garantizar a los afiliados partícipes las mínimas condiciones en materia de seguridad social (Corte Constitucional, T-457 de 2011).

De conformidad con lo anterior, y pese a que la Resolución 2021 de 2018 hace mención del contrato sindical al reiterar que solo las EST están facultadas para “suministrar personal”, consideramos que, en rigor, el contrato sindical no solo no puede confundirse con la intermediación laboral que realizan las EST, sino que, de igual modo, tampoco puede equipararse a la tercerización o externalización de procesos. Y ello es así por cuanto, si bien como sucede en otras hipótesis, la organización que presta el servicio lo realiza con autonomía administrativa, independencia financiera y afiliados propios; en virtud del contrato sindical no se confecciona una relación laboral entre el sindicato y los afiliados que ejecutan el servicio¹³. Por esta razón, coincidimos con la Corte Constitucional en el sentido de considerar que el contrato sindical es, más bien, una institución diseñada para solucionar determinadas necesidades de servicios que requieren las empresas, pero sin acudir a figuras de intermediación laboral o tercerización.

1.5. Actividad misional permanente

1.5.1. El debate jurídico

Múltiples discusiones y malentendidos se han generado en torno al concepto de actividad misional permanente y sus implicaciones de cara a los procesos de intermediación laboral y tercerización. Estas

¹³ Para ampliar esta perspectiva que diferencia los contratos sindicales de las formas de intermediación ilegal y de los procesos de tercerización puede verse el texto de Arrieta y otros (2019).

discusiones surgen en el marco de los límites y las posibilidades hermenéuticas del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que estableció, en su primer inciso, lo siguiente:

Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Esta disposición normativa ha generado, extrañamente, diversas interpretaciones, algunas de las cuales son ajenas al sentido establecido por el Legislador y a las necesidades, reales, de productividad y empleo.

Así las cosas, en primer lugar, los malentendidos surgen porque se desconoce el alcance del enunciado normativo (*interpretación gramatical, literal o exegética*). En su tenor literal, la prohibición contenida en esta disposición se refiere, especialmente, a las CTA, como lo indica el título que lleva el artículo. De modo particular, la restricción tiene por destinatarias las CTA que hagan intermediación laboral de actividades misionales permanentes de las empresas.

En segundo lugar, de conformidad con una *interpretación histórica y teleológica*, no puede perderse de vista el origen y los antecedentes normativos de esta disposición. En su versión inicial, esta norma se discutió en la plenaria del Senado de la República, tal y como consta en la Gaceta del Congreso N° 78 del 10 de marzo de 2011 (proyecto de ley número 187 de 2010 Senado, 057 de 2010 Cámara). En el registro de los debates que se presentaron en esta plenaria, se hace evidente que la discusión giró en torno al posible abuso de las CTA, en particular en lo referido a la intermediación laboral y en un contexto determinado como lo es del sector salud. A tal punto ello es así que la proposición presentada por algunos congresistas, mediante la cual se buscaba ampliar el sentido de la prohibición que finalmente se plasmó en la ley, fue negada por la mayoría de senadores. Por esta razón, pretender extender la prohibición a los procesos de tercerización y a figuras distintas de las CTA resulta contrario al principio democrático.

Adicionalmente, una *interpretación sistemática* del artículo 63 de la Ley 1429 de 2019 también revela que el verdadero sentido de la prohibición contenida en esta disposición se circunscribe al ámbito de

las CTA que realicen intermediación laboral, como se desprende de la lectura de esta norma en concordancia con lo establecido en los artículos 17 del Decreto 4588 de 2006 y 7 de la Ley 1233 de 2008.

Más allá de lo anterior, no puede perderse de vista que, en caso de disparidad de criterios hermenéuticos, deberá preferirse el sentido literal de las disposiciones normativas (artículo 27 del Código Civil; Alexy, 1997), siempre y cuando este sea coincidente, como lo es en este caso, con una interpretación sistemática (Sentencia C-054 de 2016, Corte Constitucional). De cualquier modo, la discusión jurídica se zanjaría fácilmente si se da aplicación al principio hermenéutico según el cual los enunciados que contienen prohibiciones sobre la conducta de los particulares no pueden ser objeto de interpretaciones extensivas ni analógicas (Guastini, 2011; artículo 6 de la Constitución Política de Colombia).

Ahora bien, es cierto que la parte final del inciso primero del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 se refiere a otras modalidades de vinculación que afecten los derechos de los trabajadores¹⁴. La disposición normativa, tal y como está redactada, no es clara en determinar si estas modalidades están referidas a las CTA o si se trata de figuras distintas. De cualquier modo, aun si se considera que se prohíben, también, otras modalidades de vinculación distintas a las CTA, no es posible inferir de qué modalidades transgresoras de los derechos de los trabajadores se habla en específico, ni mucho menos es viable asimilar estas modalidades a los procesos de tercerización. Dicho de otro modo, si se ensancha el marco prohibitivo, en todo caso estaríamos en el ámbito de las restricciones que operan, únicamente, sobre la intermediación laboral. En una palabra, ni aun ensanchando la horma de la norma estarían comprendidos, bajo su ámbito de restricción, los procesos de tercerización.

Ello es así por cuanto los procesos de tercerización no implican, en modo alguno, el desconocimiento de los derechos de los trabajadores. La garantía de estos derechos compete, plenamente, a la

¹⁴ Fundar el carácter vulneratorio de los derechos de los trabajadores de estas “otras modalidades” en el desconocimiento del derecho a la igualdad es una típica petición de principio. La razón vulneratoria no puede ser la misma que da lugar al parámetro restrictivo de las AMP. Así, basar esta restricción en la misma razón por la que se consideran violentados los derechos de los trabajadores da cuenta de una argumentación de tipo circular. Dicho en otros términos, comparar los derechos de los trabajadores de la empresa beneficiaria con los derechos de los trabajadores de quien presta el servicio de intermediación laboral o tercerización no puede servir de criterio para determinar si hay violación de las garantías laborales y, al mismo tiempo, para restringir operaciones vinculadas a la AMP de una empresa. Con todo, no sobra decir que, en el caso de los procesos de tercerización, el motivo por el cual los derechos de los trabajadores de la empresa contratista son diferentes a los de los trabajadores de la empresa beneficiaria responde a las diferencias que se presentan en las condiciones de prestación del servicio.

organización que presta sus servicios a otra empresa. Más aún, el trabajador que considere que el proceso de tercerización encubre, en la realidad, una práctica de intermediación laboral, puede acudir a las autoridades judiciales para que, como lo veremos luego, se declare la responsabilidad solidaria de todas las organizaciones intervinientes. Sin embargo, la anterior premisa no es generalizable, en tanto que, en la mayoría de los casos, los procesos de tercerización responden, plenamente, a una lógica objetiva de *outsourcing* en términos de competitividad y productividad.

Más allá de las discusiones hermenéuticas, es preciso afirmar, con toda claridad, que en el rango legal no se advierte ninguna definición de AMP¹⁵. La emergencia histórica de esta categoría, con la Ley 1429 de 2010, no vino acompañada de una definición precisa. Esta omisión no es fortuita y responde, más bien, a la imposibilidad de definir lo indefinible. Por ello el Legislador no quiso comprometerse con una delimitación conceptual que impidiese el desarrollo económico que da lugar a más y mejores relaciones de trabajo.

Todo ello tiene por base el problema que supone para el derecho intentar delimitar una realidad microeconómica que, de suyo, es inasible. No obstante lo anterior, ignorando las imposibilidades fácticas y la intención del Legislador, el Decreto 2025 de 2011 introdujo, a nivel reglamentario, la siguiente definición de AMP: “se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa”.

Esta definición, además de ser problemática, debe ser entendida en contexto. El Decreto 2025 de 2011 no solo reglamentó el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, sino, también, la Ley 1233 de 2008 que trata sobre las CTA. Más aún, el artículo 1 del citado Decreto, en donde encontramos la definición indicada, precisa que su objeto es delimitar el concepto de “intermediación laboral”, de suerte tal que esta definición de AMP solo cobra sentido para la correcta interpretación normativa de las actividades

¹⁵ Más aún, el otro fundamento legal, con alguna similitud, habla de “personal misional permanente”. En este sentido, no se puede perder de vista que, al mismo tiempo que se discutía la Ley 1429 de 2010, también hacia tránsito en el Congreso de la República la Ley 1438 de 2011, la cual, en su artículo 103, prescribe que: “El personal misional permanente de las Instituciones Públicas Prestadoras de Salud no podrá estar vinculado mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”. Ello permite constatar que la principal preocupación que embargaba al Legislativo era la realidad de las CTA en el sector salud, al punto que la Corte Constitucional, al estudiar esta norma en la Sentencia C-901 de 2011, se enfocó en la prohibición de vinculación de personal misional permanente a través de CTA que realizaran intermediación laboral.

que desarrollan las CTA y dentro de las cuales se encuentra proscrita la intermediación laboral. A tal punto ello es así que la norma de carácter reglamentario, de forma previa a la definición de AMP, expresa que esta aplica “para los mismos efectos” a los que se refiere el artículo 1 del Decreto 2025 de 2011.

Al margen de lo anterior, además de la definición que introdujo el Decreto 2025 de 2011 para los efectos señalados, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano otro instrumento que detalle el alcance de las AMP. El Decreto 583 de 2016, parcialmente declarado inconstitucional por el Consejo de Estado y hoy completamente derogado por el Decreto 683 de 2018, definía, sin ningún fundamento normativo, que la “tercerización laboral —tercerización e intermediación laboral—” era ilegal si, a través de cualquier figura jurídica (lícita o no), una empresa o institución vinculaba personal para el desarrollo de sus AMP.

Aunque el Decreto 583 de 2016 no tiene vigencia, el ilegal concepto de “tercerización laboral ilegal” partía de una determinada concepción de las AMP. Así, el Decreto 583 de 2016 y, en general, los diferentes intentos de reglamentación administrativa, asumieron, también sin ningún soporte normativo, los siguientes criterios para determinar si una actividad posee o no un carácter misional y permanente¹⁶:

Criterio Funcional. Si la labor contratada desarrolla de manera directa el objeto social o comercial; o se encuentra dentro de la visión, misión u objetivos corporativos de la empresa; o corresponde al giro normal de los negocios; o se refiere a las actividades que usualmente debe realizar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley o la Constitución.

Criterio de Igualdad. Si una actividad o labor tercerizada es desarrollada de manera permanente, de la misma manera y con características equivalentes por los trabajadores de planta o por los que están directamente vinculados laboralmente a la institución o empresa pública o privada contratante.

Criterio de continuidad. Cuando existe vocación de constancia, cotidianidad y habitualidad de los servicios contratados, descartando las ocasionalidad de la labor.

Criterio de dirección y control. Si el beneficiario del servicio ejerce auditoría y supervisión administrativa, técnica y funcional sobre las actividades contratadas y tiene la capacidad de imponer instrucciones y

¹⁶ Los criterios se toman de un proyecto de decreto, que en su momento se difundió por el Ministerio de Trabajo para consulta pública, mediante el cual se pretendía reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y determinar el alcance de las actividades misionales permanentes.

órdenes que desarrollen las funciones que correspondan al giro ordinario de su objeto social o comercial, la labor puede tener el carácter de misional.

Criterio de conexidad de actividades y equivalencia de objeto social: Si el objeto social del beneficiario del servicio y de la empresa a través de la cual se externalizó la actividad presentan igualdad y realizan actividades equivalentes entre sí.

Criterio de dependencia: Si el proveedor de los servicios tercerizados tiene una vinculación de dependencia económica, financiera y/o de carácter administrativa con el beneficiario de la labor.

Todos estos criterios, además de carecer de soporte legal, pues el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 no los recoge, son insuficientes e inconvenientes. Estudiémoslos en detalle.

El supuesto *criterio funcional* asume, de forma equivocada, que el concepto de AMP es sinónimo de otras categorías jurídicas como el “giro ordinario de los negocios” o el “objeto social” de una compañía. También, que la AMP está declarada en la visión, misión u objetivos de una empresa. Estas homologaciones apresuradas, que son las más frecuentes, son erróneas por las siguientes razones.

En primer lugar, por una razón más que evidente. Si la AMP fuese igual al “giro ordinario de los negocios” o al “objeto social”, le hubiese bastado al Legislador emplear estas categorías y no crear — sin definir— una nueva.

En segundo lugar, porque en materia laboral las categorías que obedecen a registros formales de carácter mercantil o tributario ceden ante la realidad económica de las organizaciones y las relaciones de trabajo. La Corte Suprema de Justicia y, en general, la Rama Judicial, han decantado una línea consistente, a este respecto, en las discusiones que se generan a propósito de la solidaridad entre empleadores, la sustitución patronal y la unidad de empresa, como veremos posteriormente.

En tercer lugar, categorías como la de “giro ordinario” y “objeto social” no aportan, en absoluto, a delimitar qué puede entenderse como AMP. Así, por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que expresiones como “giro ordinario de los negocios” o “giro ordinario de las actividades” son “conceptos jurídicos indeterminados” que tienen:

(...) relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es conexo

con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 6 de julio de 2005 [Rad. 11575])¹⁷.

De este modo, aunque es claro que el concepto de giro ordinario de los negocios comprende más que las actividades propias del objeto social de una compañía, ninguno de estos dos criterios parece aportar elementos que contribuyan a entender cuáles son, para efectos de controlar la intermediación laboral de las CTA, las AMP de una organización. Adicionalmente, porque el concepto de objeto social, asociado, de acuerdo con los artículos 99, 110 y 196 del Código de Comercio, a la capacidad negocial de las sociedades, no tiene ninguna implicación en lo que respecta a la contratación laboral. Si ello no fuere así, se concluiría, por vía de una típica *reductio ad absurdum*, que los contratos de trabajo celebrados por una compañía para desarrollar actividades que no hagan parte de su objeto social son nulos en tanto que fueron acordados sin capacidad para ello. De igual manera, no habría parámetro para analizar las relaciones de trabajo cuyo empleador sea una persona distinta a una sociedad comercial, como lo es el mismo Estado, las personas naturales y las organizaciones civiles.

Lo anterior, claro está, sin recordar, como ya se dijo, que, salvo contadas excepciones, en el derecho comercial colombiano se ha impuesto la tendencia de permitir la creación de sociedades mercantiles con objeto social indeterminado, como es el caso de las SAS. En este supuesto es errado y e irreal entender, como lo propone el artículo 1 del Decreto 2025 de 2011, que en el caso de las SAS la “actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle”. Una comprensión en este sentido, aunque resulte ineficaz —pues es claro que las CTA no pueden realizar labores de intermediación laboral, estén estas por fuera o dentro de las AMP de una compañía—, es en exceso problemática, porque es posible que una SAS sí determine con precisión su objeto social y, aun si no lo hace, se llegaría al absurdo de asumir que, para esta forma societaria, todo y nada es AMP.

Aunado a lo anterior, la homologación que se realiza entre las AMP y la misión, visión u objetivos de la empresa también es equivocada. Además de que las empresas no están obligadas a declarar una misión, una visión o unos objetivos, estas declaraciones contienen, en su mayoría, un cúmulo de

¹⁷ Se trata de una tesis uniforme en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha sido aplicada tanto a entidades financieras como a sociedades fiduciarias, entre otras. Al respecto puede verse la Sentencia del 14 de junio de 1996 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado (Rad. 7450), así como los conceptos 1488 del 14 de junio de 1994 (Rad. 7456) y del 29 de mayo de 2003 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta misma Corporación.

intenciones que no necesariamente se corresponde con la realidad. Esto es, hacen referencia al proyecto general de la empresa, no necesariamente a lo que la empresa es en su día a día. Luego, juzgar la realidad a la luz de la idealidad corporativa no puede servir para tomar decisiones jurídicas.

Por su parte, el *criterio de igualdad* también resulta equivocado. En un mundo altamente estandarizado, no solo es posible, sino, también, deseable, que los trabajadores contratados autónomamente por el proveedor de un bien o servicio se encuentren en condiciones laborales equivalentes a los trabajadores directamente vinculados por la empresa beneficiaria de dicho bien o servicio. Y ello sucede, de una parte, porque las condiciones del mercado laboral son relativamente uniformes en el sector formal y, de otra parte, porque es factible que la empresa beneficiaria establezca determinadas exigencias orientadas a garantizar que el producto que adquiere sea el resultado de relaciones laborales justas.

Adicionalmente, si se aplica el criterio de igualdad, solo podrían externalizar sus procesos aquellas empresas que se creen *ex nihilo*. Todas las empresas existentes se verían ante la imposibilidad de hacerlo, pues siempre existiría un trabajador interno que pueda ser referenciado a efectos de comparar sus labores con las que se pretenden externalizar. Esto frenaría, por completo, la dinámica económica, pues nada de lo que alguna vez se internalizó se puede externalizar.

A su turno, el *criterio de continuidad* no solo no se corresponde, si quiera, con el concepto de AMP, sino que, también, no posee ningún sentido económico. La ley habla de actividades misionales permanentes y no de actividades permanentes, con lo cual, la misionalidad de una actividad no tiene que ver con su continuidad. Se trata de dos parámetros distintos. Más aún, como veremos en el siguiente apartado, la teoría microeconómica ha rebatido la tesis que dimensiona la importancia de una actividad a partir de su no excepcionalidad.

Por su lado, el *criterio de dirección y control* resulta ambiguo. La auditoría y la supervisión son consustanciales a cualquier proceso de suministro de bienes o servicios. En términos sencillos, porque no se trata del suministro de cualquier producto, sino de uno diseñado a la medida de la empresa beneficiaria y que se ajuste a sus estándares. No puede perderse de vista que la tercerización es una posibilidad que el mercado brinda, sobre todo, para que la pequeña y mediana empresa logren apalancarse, insertándose en una cadena de valor dentro de la cual pueden comercializar sus

productos y servicios. En este sentido, a la cadena de valor le son inherentes estándares de calidad y oportunidad sin los cuales perdería su razón de ser.

Asimismo, el *criterio de conexidad*, que parte de comparar en términos de igualdad y equivalencia los objetos sociales de la empresa beneficiaria y del proveedor, es también errado. Así, además de que este criterio arrastra todos los equívocos que se producen por asociar las AMP con el objeto social de las empresas (*criterio funcional*), conduce a un argumento típicamente circular. En esta lógica, por la simple conexidad entre objetos sociales, una persona jurídica podría ser proveedora de la otra, y viceversa. Nada tiene que ver que los objetos sociales sean comparables, más aún, porque los encadenamientos comerciales exigen de cierta correspondencia entre las capacidades negociales de las compañías que contratan entre sí.

Por último, el *criterio de dependencia*, que se ha empleado, también, para develar relaciones laborales encubiertas, quizás sea el más útil, pero no por ello es suficiente. Habría que acotar su alcance, y entenderlo, como lo han entendido las autoridades jurisdiccionales, solo frente al caso de las relaciones laborales encubiertas. Es, en todo caso, un criterio en exceso vago. En primer lugar, todas las relaciones comerciales se estructuran a partir de una dependencia económica. Si todos los actores económicos fuesen independientes los unos en relación con los otros, no habría tráfico de bienes ni de servicios. De igual modo, el subcriterio de dependencia financiera debe ser evaluado en cada caso concreto. La gran mayoría de empresas que proveen de bienes o servicios existen gracias a que su actividad se concentra en uno o algunos pocos beneficiarios. Ellos les permite mejores rendimientos operacionales y especializar el producto que ofrecen. Así, de las relaciones contractuales se desprende, casi en todos los casos, un nivel de considerable dependencia financiera. Más aún, esta dependencia financiera es multinivel, cuando una empresa se apalanca en otra que, a su vez, también se apoya en otra. Comercialmente todas dependen de todas y financieramente las dos últimas dependen de la primera. De esta manera, si el concepto de AMP se ensancha en tal orientación, todo lo debería realizar la primera empresa, lo cual deja de ser funcional en términos operativos. Finalmente, el subcriterio de dependencia administrativa debe ser revisado, pues, si se aplica de forma rígida, impediría la existencia de figuras que el derecho comercial juzga válidas y que la economía reclama, tales como los grupos empresariales, las sociedades matrices y subordinadas, las empresas gestoras o *holding*, entre otras. En gracia de discusión, en algunos de estos casos, podría llevarse la

discusión al campo de la declaratoria de la unidad de empresa, pero no por ello se restringirían las posibilidades de externalización.

En el fondo, todas las discusiones se producen, simplemente, porque no se es consciente de una realidad innegable: el derecho no está en capacidad de trazar límites rígidos a las actividades económicas de las organizaciones empresariales, siempre dinámicas y complejas. Por ello, el debate alrededor de qué sea o no AMP carece de sentido en el ámbito jurídico.

1.5.2. La realidad microeconómica más allá del debate jurídico

La teoría microeconómica que subyace a los procesos de tercerización ha ido enfocada, especialmente, a responder por qué tercerizar y qué actividades tercerizar. Con respecto a la segunda pregunta, surgió con Prahalad y Hamel (1990) el concepto de *core business*. Asociada a esta categoría se desarrolló la teoría que afirma que las compañías deben tercerizar aquellas funciones que no hacen parte de su core, para así concentrarse en aquellas que definen su actividad principal.

Es decir, las compañías, en su objetivo microeconómico de maximizar los beneficios, deben hacer *outsourcing* del *no-core* e *insourcing* del *core*. Esta teoría fue ampliamente aceptada en un principio y la investigación que le siguió se concentró en ampliar la definición de los conceptos de *core* y *no-core*, y en crear los modelos que debían implementar las empresas, junto con los aspectos a considerar que debían tener, para definir qué hace parte del *core* y qué no.

Surgieron diversos desarrollos teóricos de la definición de estos conceptos, inicialmente con Prahalad y Hamel (1990), luego con Berger y Kalthoff (1995), Bhattacharya y Gibbons (1996), Kruger y Homp (1997), Rohm (1998), y Arnold (2000). En resumen, los desarrollos teóricos del concepto se dieron alrededor de afirmar que las actividades que hacen parte del *core business* son aquellas actividades del negocio en las que existen ventajas competitivas a comparación del resto del mercado. En otras palabras, las funciones *core* son las que más generan valor en el negocio y más potencial tienen de generarlo en el largo plazo, debido a que son aquellas en las que la compañía más se diferencia y es más difícil que las realice otra empresa. Por tanto, *contrario sensu*, las funciones *no-core* constituyen las actividades que generan poco o nulo valor agregado para

las empresas, pero que, de igual forma, son necesarias para el funcionamiento del negocio. De esta suerte, una compañía no podría desarrollar actividades de su *core* sin las actividades *no-core*.

Una conclusión lógica de estas definiciones, que se plantea desde el punto de vista de la teoría de optimización del empresario, es que clasificar qué es *core* y qué es *no-core* en un negocio depende del funcionamiento y quehacer exclusivo de cada compañía, el cual, desde luego, varía constantemente. Es imposible, pues, generalizar una definición aplicable de forma indistinta a todas las organizaciones económicas. Incluso en empresas de un mismo sector, que realizan la misma actividad, la definición de *core* y *no-core* puede ser muy distinta (Intetics, 2017). De modo que no sobra reafirmarlo, es empíricamente imposible plantear, *a priori* y de manera general, una definición de las actividades *core* de las empresas.

En esta línea, continuando con la búsqueda de la respuesta sobre qué tercerizar, surge con Insinga y Werle (2000) una aproximación que trata de situarse por fuera de los conceptos de *core* y *no-core*. En este sentido, la pregunta clave es por la *estrategia de negocio*. Las empresas deberían mirar dos cosas para cada actividad que realizan: ¿cuál es su potencial para establecer una ventaja competitiva? (o si ya la tienen) y ¿cuál es el nivel de “fuerza” organizacional que tienen para ejercer esta actividad? Con base en esto, sería posible establecer qué actividades se potencian, qué actividades se externalizan y qué actividades pueden venderse, todo ello en función de la estrategia del negocio.

En Colombia, la compleja discusión microeconómica se ha llevado al campo del derecho. A partir de aquí han surgido distintas perspectivas.

Desde el punto de vista de las organizaciones sindicales, Puig y Osorio (2014), en un estudio de la Escuela Nacional Sindical (ENS), definen desde varias ópticas el concepto de actividad misional permanente. A partir de esto, llegan a una amplia definición del concepto, que se podría enmarcar en varios puntos. De acuerdo con estos autores, una actividad misional permanente, *grosso modo*, cumple con cualquiera de las siguientes características:

- Se realiza o ejecuta de manera continua o habitual, ya sea que se repita diariamente o de forma cíclica o estacional. Es decir, cualquier actividad que no sea excepcional.

- Son actividades similares, conexas o complementarias que hagan parte del objeto social de la compañía. Por ejemplo, no solo la producción del bien o servicio del objeto social sería misional permanente, sino, también, la preparación, construcción o el mantenimiento de maquinaria esencial.

Esta propuesta conceptual es problemática por diferentes razones.

Por un lado, en cuanto al primer criterio, existen un sinnúmero de actividades continuas o habituales que no aportan una ventaja diferencial ni son estratégicas para una compañía. Se requieren, desde luego, para que la compañía funcione, como se requiere de cualquier actividad, sea esta o no habitual. Piénsese, por ejemplo, en la vigilancia privada de los establecimientos de una empresa, labor que, en otros países con condiciones de seguridad distintas, resulta innecesaria. ¿Sería esta, en Colombia, una AMP de una empresa dedicada a la fabricación de productos tecnológicos?

Más aún, el carácter no excepcional de una labor no es suficiente para calificarla como una AMP. No lo sería, ni siquiera, desde la misma categoría legal, que habla de actividades “misionales” permanentes, y no de “actividades permanentes”. En una palabra, no todas las actividades permanentes son misionales, ni todas las actividades misionales son permanentes. Incluso, dependiendo de determinadas circunstancias económicas, la estrategia de negocio de una compañía puede variar constantemente, precisamente para adaptarse a estas circunstancias. Si ello no fuere posible, se llevaría al traste la innovación y la resiliencia empresarial.

Adicionalmente, vale traer a colación que los efectos del criterio de “no excepcionalidad” se han decantado en la jurisprudencia laboral y constitucional. Así, el artículo 35 del CST, al referirse al contratista independiente, establece que entre este y quien se beneficie de sus servicios existirá responsabilidad solidaria, a menos que “se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio”. Sobre este enunciado, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-593 de 2014, se pronunció declarando su exequibilidad y, de paso, avaló en términos constitucionales la tercerización de actividades misionales permanentes:

La Corporación consideró que, a diferencia de lo sostenido por el actor, la distinción realizada por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, busca proteger al trabajador de posibles encubrimientos

de verdaderas relaciones laborales a través de contratistas independientes. En otras palabras, lo que persigue el legislador es diferenciar y hacer viables los derechos de los trabajadores contratados por terceros, que desarrollan actividades propias y misionales de la empresa beneficiada, a través de la imposición de su responsabilidad solidaria en el pago de los salarios y demás prestaciones sociales. Esta distinción es además razonable y proporcionada (Sentencia C-593 de 2014, Corte Constitucional).

Esta precisión de carácter constitucional cobra importancia en la perspectiva económica porque permite expresar que, realmente, el ordenamiento jurídico colombiano ya contempla una consecuencia jurídica en el evento en que una empresa acuda a una contratista independiente para desarrollar una actividad no excepcional. No está prohibido hacerlo, y la empresa que lo haga responderá solidariamente por las obligaciones laborales que están a cargo del contratista independiente. Sin embargo, esta responsabilidad solidaria no implica asumir, necesariamente, la existencia de una relación laboral entre el trabajador y la empresa que se beneficia de los servicios del contratista independiente que vincula a dicho trabajador¹⁸. Otra cosa ocurre cuando, a través de un contratista independiente, se encubre una verdadera relación laboral entre el trabajador y la empresa beneficiaria, caso en el cual, como veremos, opera una consecuencia jurídica distinta a la solidaridad, cual es la declaratoria del contrato realidad.

Por otro lado, en cuanto al segundo criterio que se desprende de la propuesta de Puig y Osorio (2014), vale la pena problematizar su alcance. Si se entiende por AMP aquellas actividades similares, conexas o complementarias que hagan parte del objeto social de una compañía, estaríamos equiparando esta categoría al “giro ordinario de los negocios del objeto social”. Como vimos, esta no fue la intención del Legislador, ni este criterio resulta suficientemente ilustrativo. También, sería imposible, a partir de este, precisar qué ocurriría con la gran mayoría de empresas en Colombia, que, al revestir la forma de SAS, pueden declarar un objeto social indeterminado. Más allá de lo anterior, desde el punto de vista microeconómico, es evidente que, por su propia definición, las actividades complementarias, conexas o similares al objeto social no le generan ninguna ventaja competitiva las compañías, ni mucho menos hacen parte de la estrategia del negocio. Más aún, ni si quiera el objeto

¹⁸ Por ejemplo, la misma legislación laboral contempla la posibilidad de que entre empresa beneficiaria y contratista se pacten garantías. Incluso, la empresa beneficiaria, al responder solidariamente por las obligaciones laborales en cabeza del contratista, queda facultada para repetir en contra de este. Esto no podría suceder si se declara el contrato realidad entre el trabajador y la empresa beneficiaria.

social de una compañía tiene que ser, necesariamente, el que le reporte a esta una ventaja competitiva o un valor agregado.

Toda esta discusión tiene por base, en últimas, la brecha que existe entre la definición jurídica que, a nivel reglamentario y a propósito de la intermediación laboral ilegal de las CTA, encontramos en Colombia; y el panorama económico a nivel mundial. En términos económicos, prima la eficiencia, el dinamismo, la estrategia y la búsqueda o explotación de ventajas competitivas. Es desde esta perspectiva que surge, inicialmente, el concepto de *core business*, para conocer, en clave de utilidad, qué externalizar y qué no. En términos jurídicos, a nivel nacional, prima la rigidez asociada a una definición amplísima, que enmarca mucho y que, por ello mismo, dificulta su aplicación a casos concretos. Al intentar abarcar tantas realidades disímiles, la delimitación conceptual que existe a nivel reglamentario termina por no delimitar nada y por asumir, de forma acrítica, las categorías comerciales de “objeto social” y “giro ordinario”, conceptos desuetos, indeterminados e insuficientes.

A tal punto ello es cierto que, desde la teoría y praxis microeconómica, una compañía puede, por ejemplo, dejar de percibir una ventaja competitiva en la actividad del objeto social con el que fue inicialmente constituida, y que está estipulado legalmente y, de forma análoga, desarrollar una ventaja en una actividad conexas que no hacía parte de su objeto social. En este caso, desde la definición económica de *core*, la empresa debería optar por especializarse en aquella ventaja que está desarrollando, y comenzar a tercerizar el proceso productivo que hace parte de su objeto social. De esta manera, a nivel económico, es decir, tomando en cuenta el nivel de *especificidad* (o de ventaja competitiva) de las actividades que realizan, una empresa podría observar que su objeto social ya no le está generando valor o tiene potencial de no hacerlo en un futuro y, por tanto, podría migrar a otra actividad afín que le generaría más valor y optar por tercerizar el que, jurídicamente, aparece como su objeto social.

Esto mismo lo afirma John Lutz (2009), gerente general de procesos en IBM, quien sostiene que, actualmente, las compañías, especialmente las de tecnología, están tratando de averiguar qué cosas pueden usar para diferenciarse realmente haciéndolo ellas mismos, independientemente de si es una actividad central para su negocio o no.

Y es que, en una economía global, donde las preferencias y las necesidades de los consumidores cambian constantemente, junto a las dinámicas de innovación y tecnología, las compañías también deben estar dispuestas al cambio, incluso, de toda su actividad misional. A la vista salta, por ejemplo, el conocido caso de Blockbuster, que, por no evolucionar a la par con la tecnología digital y el internet, dejó de ser la compañía de renta de películas más grande del mundo. O también encontramos, por ejemplo, el caso de Polaroid, que se atrasó tecnológicamente y no desarrolló, oportunamente, una línea de cámaras digitales. Pero también están los casos opuestos, como el de Bausch & Lomb, una empresa de productos médicos, que surgió haciendo monóculos y microscopios, luego migró a producir lentes de contacto y, en la década del 90, fue más allá y terminó, también, con líneas de negocio en productos dentales, productos para la piel e, incluso, audífonos.

Es por todos estos hechos tozudos que, ceñirse a una definición rígida de las AMP de las empresas, a partir de un concepto jurídico ambiguo y amplio alrededor del objeto social de estas, impide que las compañías evolucionen al ritmo del mundo. En este orden de ideas, restringir la posibilidad de que las empresas externalicen sus AMP no solo supondría una desventaja competitiva a nivel país, sino que también generaría consecuencias negativas en el mercado laboral.

Así las cosas, desde la investigación económica, los conceptos de *core* y *no-core*, así como de estrategia de negocio, surgieron para definir qué funciones de la empresa tercerizar y qué funciones no. Desde su concepción, se trata de una clasificación individual, propia del funcionamiento de cada empresa, es decir, de una decisión microeconómica independiente y variable. Las definiciones legales de objeto social y giro ordinario, al ser generales, aplicables de forma indistinta a todas las empresas y al responder a criterios netamente jurídicos, no sirven como lente de lectura para comprender una realidad microeconómica que resulta complementa opuesta.

De hecho, más allá del objeto social o del giro ordinario de los negocios, debe analizarse, técnicamente, si una actividad produce una ventaja competitiva o estratégica. Para ello tienen que considerarse aspectos financieros, organizacionales y de contexto que den cuenta del nivel de valor que proporciona tal actividad. Por ejemplo, con base en el estudio de Hafeez et. al. (2002), que plantea metodologías para identificar las competencias misionales de empresas, se afirma que, para determinar la “unicidad” de una actividad o capacidad, se tienen que observar, de forma concurrente, indicadores como:

- ROCE: Retorno del capital empleado.
- Crecimiento histórico de las ventas.
- Utilidad operacional.
- Participación del producto en el mercado.

Estos criterios deben evaluarse en el marco de un análisis de largo plazo, donde se determine, también, el potencial que tienen las actividades para generar valor en un futuro. Al ser un análisis tan complejo y particular, este solo puede ser realizado, válidamente, por cada compañía.

En conclusión, no puede ser obviada la perspectiva microeconómica para asignarles un sentido jurídico a las AMP. Así, aunque los conceptos de *core* y *no-core* son útiles, también hay que indagar por la estrategia de negocio. Con esta finalidad, deben tenerse en cuenta criterios técnicos para la medición de la generación de valor. Ahora bien, por su complejidad, la última palabra sobre el *core*, la estrategia y la generación de valor solo la tiene la misma empresa. La autoridad estatal no tiene el conocimiento necesario ni está facultada para definirle a una compañía qué le genera valor, qué le resulta estratégico y qué hace parte de su *core*. Homologar el concepto indeterminado de AMP con los también indeterminados conceptos de “objeto social” y “giro ordinario” no solo es inútil, sino, también, insuficiente. Por esta razón, la perspectiva empresarial es, en últimas, decisiva para establecer cuáles son sus AMP. Nadie mejor que la misma empresa se conoce a sí y es capaz de determinar su arquitectura y quehacer.

1.6. Mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores

La mirada económica, desde el punto de vista de la productividad empresarial y el dinamismo que requiere el mercado laboral, resulta incompleta. Es necesario considerar, también, la garantía de los derechos de los trabajadores, pues ningún desarrollo económico es admisible sobre la base del desconocimiento de las prerrogativas laborales. Por ello, es importante analizar, en el contexto de la tercerización y la intermediación laboral, los mecanismos jurídicos que permiten la exigibilidad de los derechos de los trabajadores. Estos mecanismos son diversos y responden a situaciones particulares.

1.6.1. Sanciones administrativas frente a la intermediación laboral ilegal

La potestad sancionatoria del Ministerio de Trabajo se encuentra limitada por el principio de estricta legalidad. De esta manera, una falta administrativa solo puede ser considerada como tal y, por ende, sancionada, si ha sido expresamente prevista por la Ley. Ni los decretos reglamentarios, ni las resoluciones que definen marcos de actuación, son fuentes normativas válidas para la consagración de sanciones administrativas. El Consejo de Estado así lo ha hecho saber y, en este punto, las diferentes sentencias que se han producido sobre los decretos 2025 de 2011 y 583 de 2016 resultan especialmente relevantes.

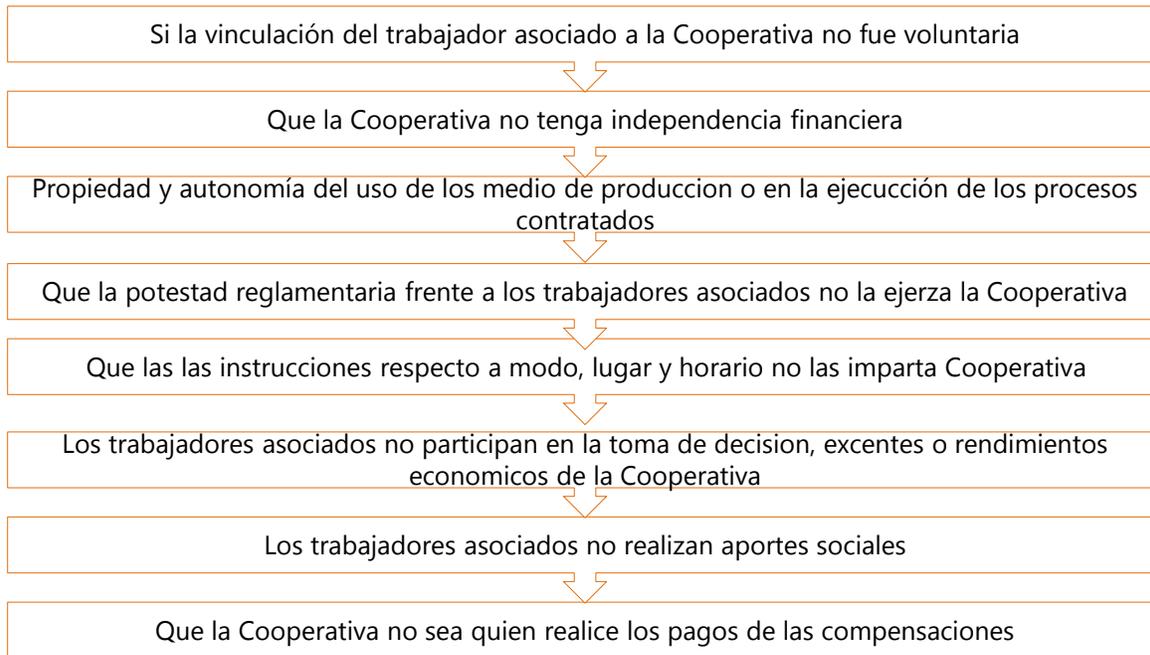
Por ende, hay que afirmar, con claridad, que la potestad sancionatoria del Ministerio de Trabajo, como policía laboral (Ley 1610 de 2013), se restringe a la inspección, vigilancia y control de la intermediación laboral ilegal, por lo cual esta no puede confundirse con la tercerización, outsourcing o subcontratación de bienes o servicios, figura que, como lo reconoce la Resolución 2021 de 2018, es perfectamente legítima. El Decreto 683 del 18 de abril de 2018 derogó el Decreto 583 de 2016, en parte, debido a que en este se confundían ambas figuras y se extendía la prohibición de contratación de AMP a las modalidades de tercerización.

La intermediación laboral es ilegal y puede ser objeto de sanciones administrativas en tres supuestos: (i.) Cuando se abusa de la contratación por medio de EST, ignorando los límites legales; (ii.) Cuando se presta el servicio de gestión y colocación de empleo sin estar autorizado para ello (Ley 1636 de 2013); (iii.) Cuando bajo la figura de las CTA o de cualquier otra modalidad de vinculación que suponga el desconocimiento de los derechos de los trabajadores se realiza el envío de personal para el desarrollo de actividades misionales de las empresas o instituciones, violando lo establecido en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. En lo sucesivo, interesa profundizar en este último evento.

Con el fin de detectar estos casos e imponer las sanciones administrativas pertinentes, la Resolución 2021 de 2018 advierte una serie de indicios que se deben evaluar, de forma concurrente, al momento de verificar si se está ante una intermediación laboral ilegal.

Para verificar si no se está violando la prohibición consagrada en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 sobre las actividades de las CTA, se debe analizar:

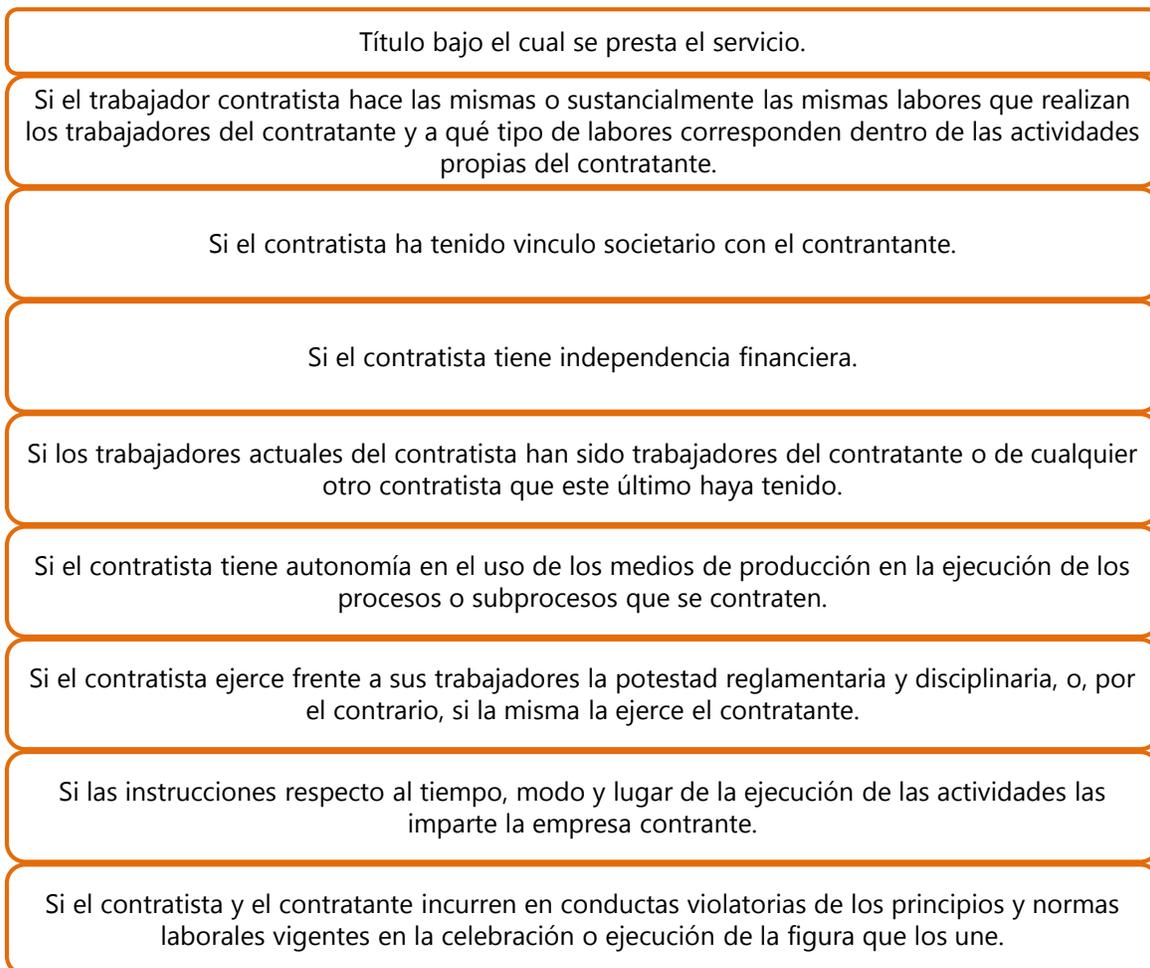
Gráfico 6. Indicios para determinar la intermediación laboral ilegal por CTA



Fuente: elaboración propia a partir de la información consignada en Resolución 2021 de 2018 del Ministerio de Trabajo.

Por otra parte, si hay personal vinculado bajo cualquier otra modalidad que vulnere los derechos de los trabajadores a través del desarrollo de actividades de intermediación laboral ilegal, se deben revisar los siguientes indicios. Inicialmente, se debe analizar si dentro de la empresa hay personal prestando el servicio sin estar vinculado directamente por esta. Si ello ocurre, se debe verificar si la persona está vinculada a una EST o por medio de otra figura diferente. Si es un trabajador en misión enviado por una EST, debe encontrarse bajo alguno los casos permitidos para la contratación por medio de esta figura. De no encontrarse vinculado a una EST, se deben considerar los siguientes aspectos:

Gráfico 7. Indicios para determinar la intermediación laboral ilegal bajo otras formas de vinculación que supongan la vulneración de los derechos de los trabajadores



Fuente: elaboración propia a partir de la información consignada en Resolución 2021 de 2018 del Ministerio de Trabajo.

Si, a la luz de los citados indicios, se verifica la ocurrencia de un caso de intermediación laboral ilegal, el artículo 6 de la mencionada Resolución establece las sanciones respectivas, que pueden ir desde multas hasta por 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, hasta la disolución de la personería jurídica de la CTA o de la EST (artículo 64 de la Ley 1429 de 2010; artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

El procedimiento para imponer estas sanciones se encuentra previsto, entre otras normas, en el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 50 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), la Ley 1610 de 2013 y el Decreto 1072 de 2015.

Así, particularmente en lo que respecta a las sanciones pecuniarias, la Ley 1610 de 2013, desarrollada a nivel ministerial mediante la Resolución 321 de 2013, contempla el marco normativo, de carácter general, en virtud del cual las empresas que sean objeto de una investigación administrativa con fines sancionatorios, por diferentes razones —no solo intermediación laboral ilegal—, pueden, antes de que la sanción quede ejecutoriada, lograr la suspensión y el archivo de la actuación a través de la suscripción de acuerdos de formalización laboral. Si la sanción queda ejecutoriada y, con posterioridad a ello, se suscribe un acuerdo de formalización, el artículo 10 del Decreto 2025 de 2011 establecía una reducción atada a la vigencia del acuerdo de formalización¹⁹. Este artículo, sin embargo, fue declarado inconstitucional por el Consejo de Estado en febrero de 2018, con lo cual hoy solo se encuentra vigente la primera alternativa.

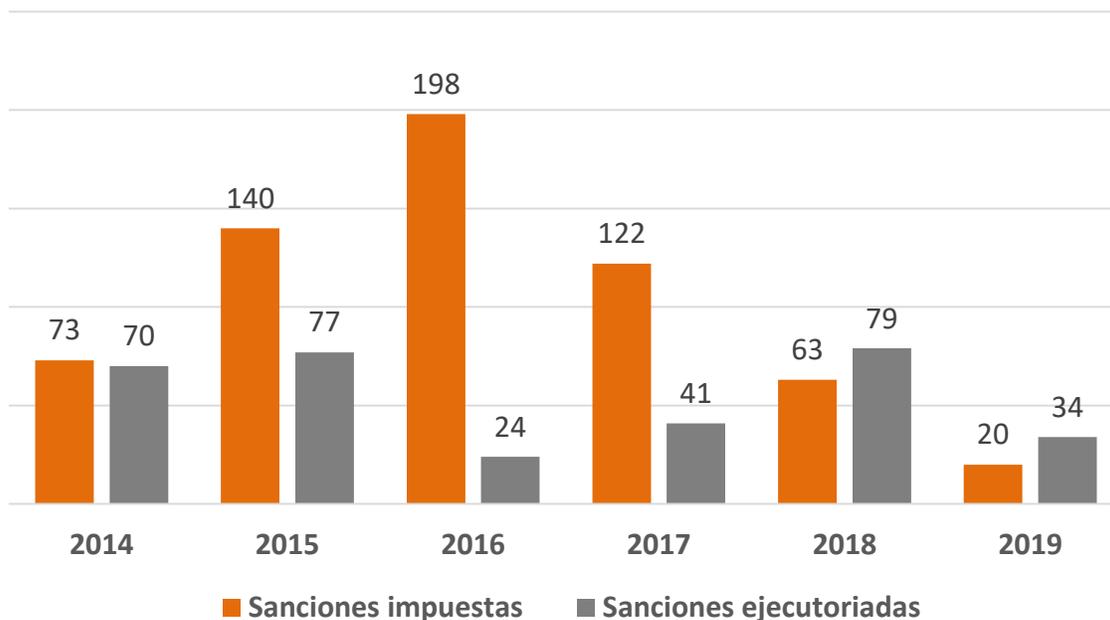
Con todo, y debido a la aplicación desorbitante del parcialmente declarado inconstitucional Decreto 2025 de 2011, aplicación que se nutrió, además, por el hoy derogado y también inconstitucional Decreto 583 de 2016, un número importante de compañías fueron investigadas y sancionadas, injustamente, por “tercerización laboral ilegal (intermediación laboral y tercerización de AMP)”, con lo cual, por razones pragmáticas, se suscribieron, sin que fuesen necesarios, múltiples acuerdos de formalización laboral.

Si bien no todos los procesos sancionatorios ni los acuerdos de formalización laboral que se indican a continuación responden a la aplicación irregular del ilegal concepto de “tercerización laboral ilegal”, muchos de estos casos, como lo sugiere su cronología, son consecuencia de esta aplicación equivocada que terminaría siendo corregida por la Resolución 2021 de 2018.

En las siguientes gráficas puede apreciarse el comportamiento de las sanciones por intermediación laboral ilegal desde 2014 hasta marzo de 2019, aclarando que, durante algunos años, se reitera, este concepto se confundía con el de “tercerización laboral ilegal”.

¹⁹ El derogado Decreto 583 de 2016, en su artículo 2.2.3.2.8., establecía cómo calcular la reducción de las sanciones en proporción de los trabajadores formalizados.

Gráfico 8. Total de sanciones impuestas vs. sanciones ejecutoriadas (2014-2019)

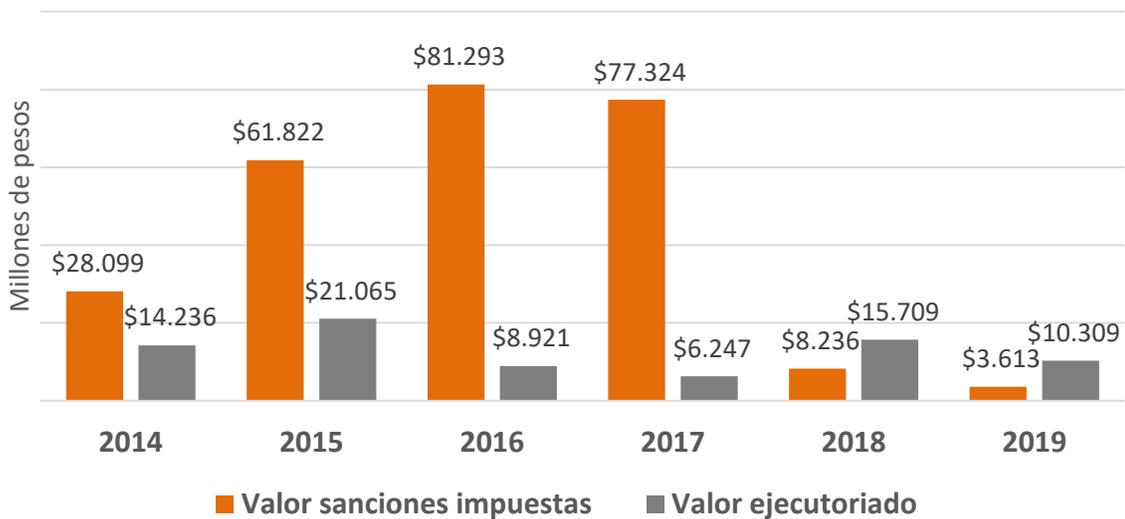


Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo (2019).

Salta a la vista que un número significativo de sanciones impuestas no quedan ejecutoriadas, básicamente, porque frente a ellas se ejercen los recursos previstos en la ley. Ello pone en entredicho su fundamentación fáctica y normativa. El comportamiento atípico que se aprecia para 2018 y 2019, que da cuenta de que hay más sanciones ejecutoriadas que impuestas, puede obedecer a un problema en el registro. Así, es posible que, para estos años, se registren como ejecutoriadas sanciones impuestas en anualidades precedentes.

Si analizamos, además, los montos pecuniarios que se imponen y ejecutarían por sanción, tenemos los siguientes resultados agregados.

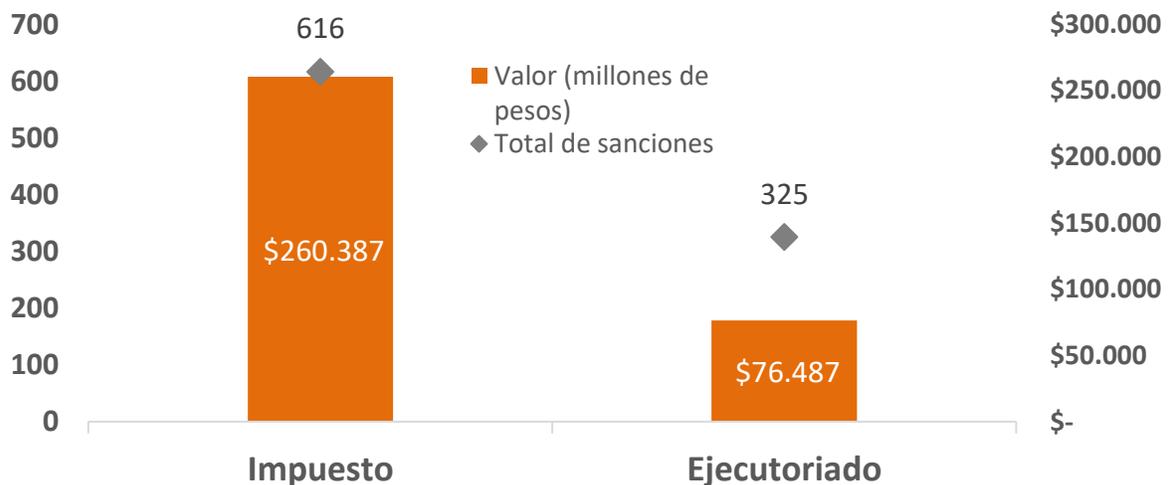
Gráfico 9. Valor de sanciones impuestas vs. Valor ejecutoriado. Millones de pesos (2014-2019)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo (2019).

En síntesis, si extraemos una conclusión histórica para la ventana de tiempo de 2014 a marzo de 2019, tenemos que solo el 52,8% de las sanciones impuestas quedaron ejecutoriadas. Esta proporción de sanciones ejecutoriadas equivale, en monto ejecutoriado, al 29,4% del valor de las multas impuestas. Esta significativa diferencia entre el porcentaje de ejecutoriedad por valor, con el de sanciones, podría indicar la efectividad de los acuerdos de formalización laboral.

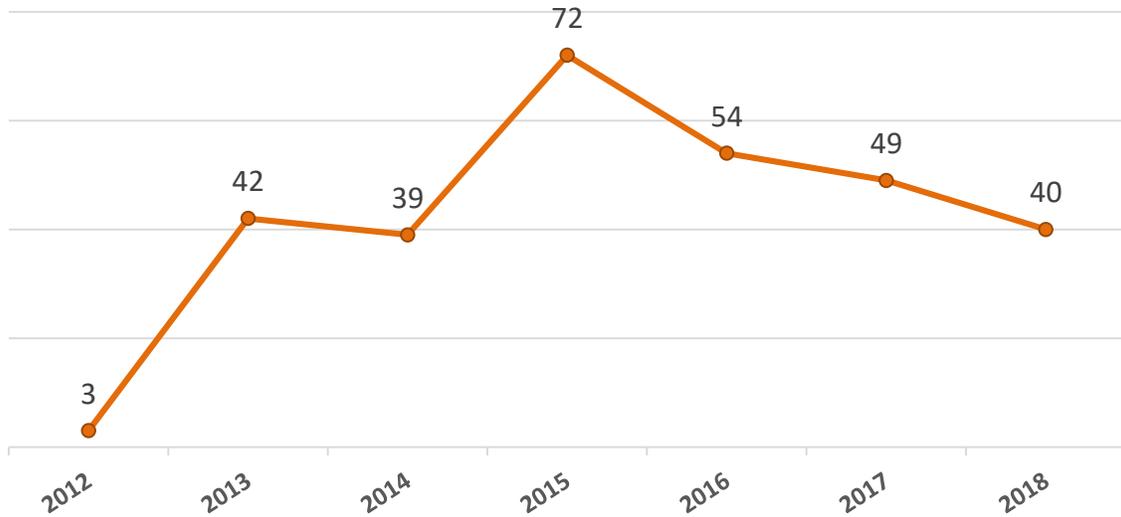
Gráfico 10. Total sanciones y valores monetarios (impuestos y ejecutoriados en millones de pesos, 2014-2016)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo (2019).

En cuanto a los acuerdos de formalización laboral, su evolución, de 2012 a 2018, se evidencia a continuación.

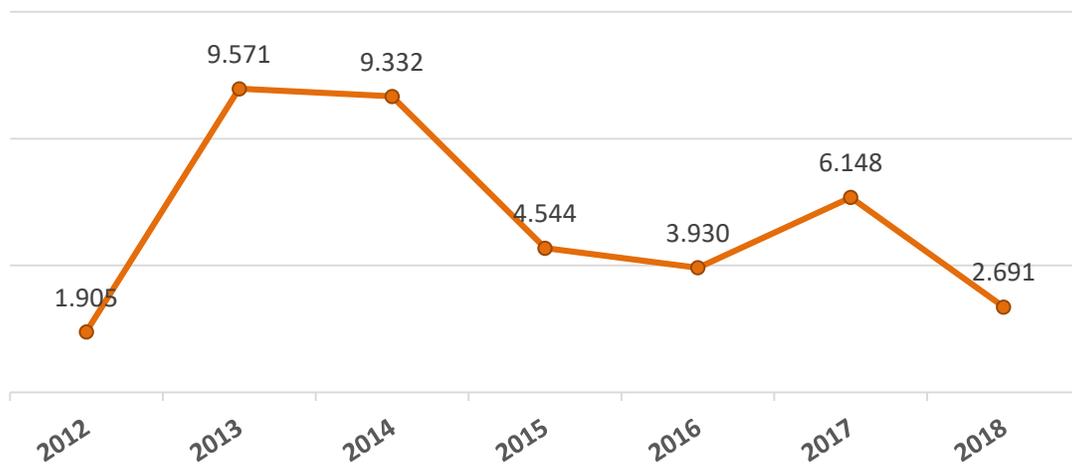
Gráfico 11. Acuerdos de formalización laboral suscritos (2012-2018)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo (2019).

En términos de trabajadores formalizados por acuerdos suscritos, el resultado es el siguiente.

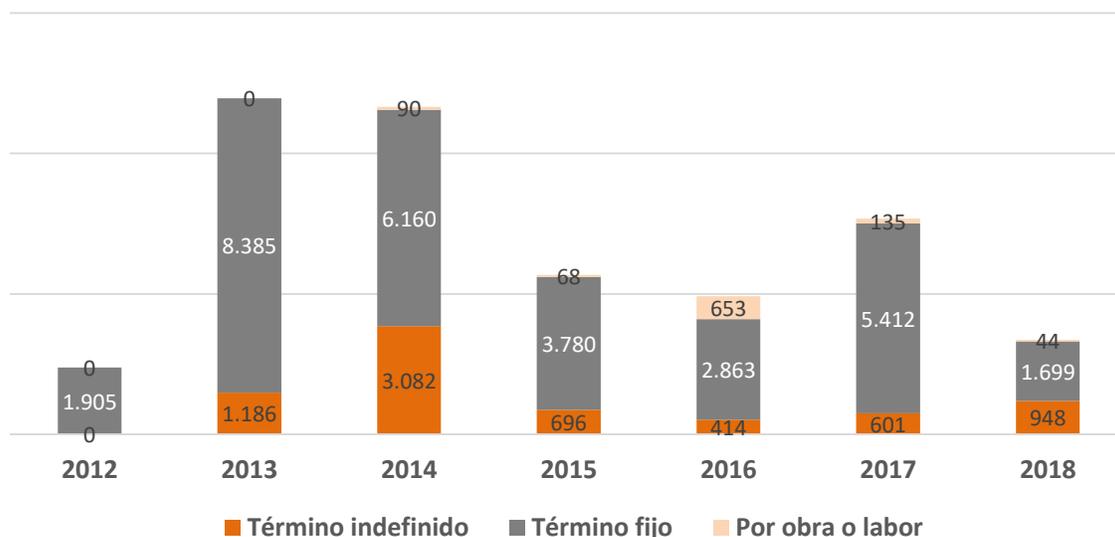
Gráfico 12. Número de trabajadores formalizados mediante acuerdos suscritos (2012-2018)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo (2019).

De estos valores absolutos es posible, a su turno, detallar qué tipo de contrato se pactó con estos trabajadores formalizados.

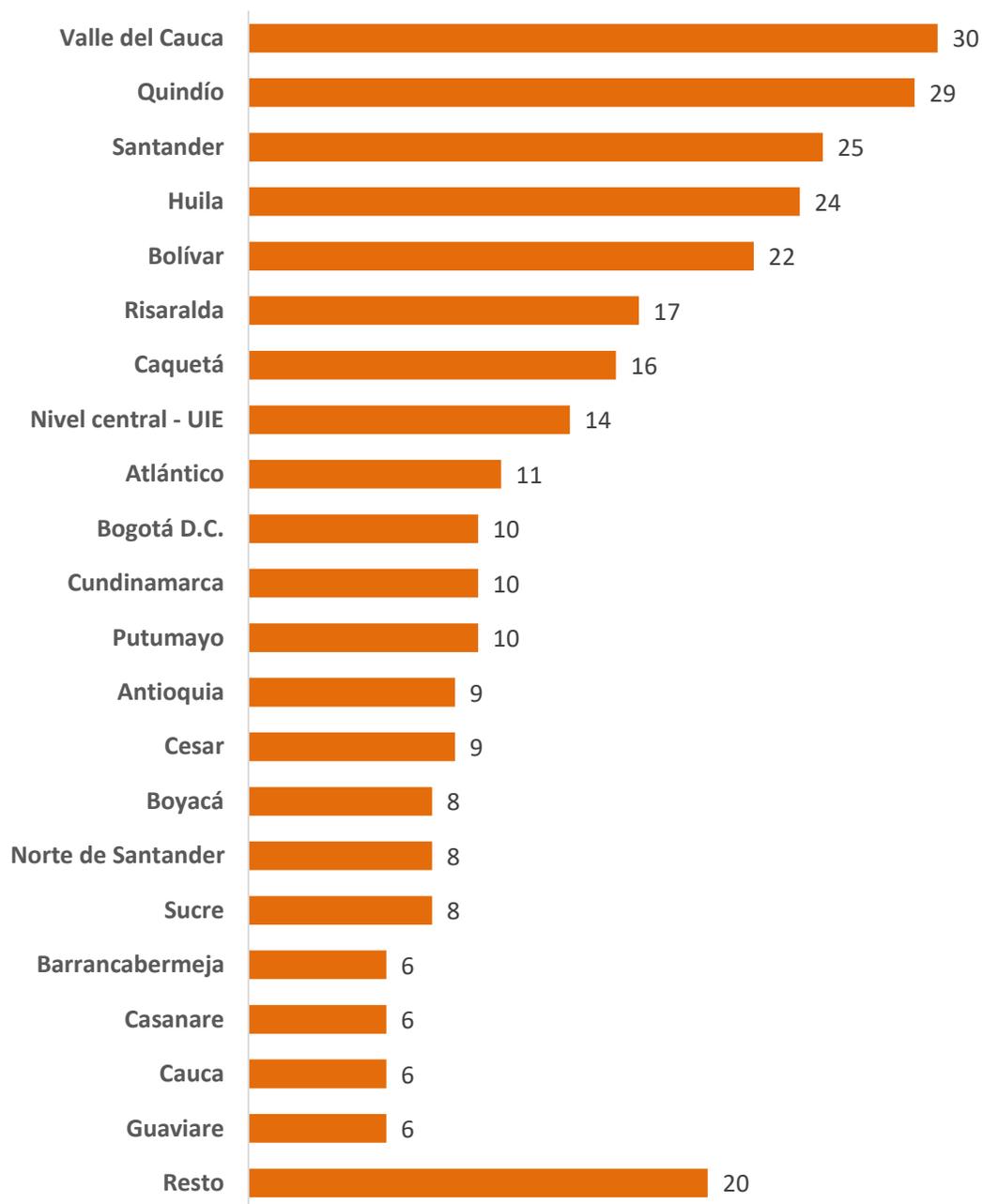
Gráfico 13. Número de trabajadores formalizados, por tipo de contrato, mediante acuerdos suscritos (2012-2018)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo (2019).

A su vez, también es posible desagregar los datos por dirección territorial del Ministerio de Trabajo, como se aprecia a continuación, en relación con los acuerdos suscritos y los trabajadores formalizados.

Gráfico 14. Número de acuerdos de formalización laboral suscritos, por dirección territorial (2012-2018)



Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo (2019).

Tabla 1. Número de trabajadores formalizados y promedio por acuerdos suscritos, por dirección territorial (2012-2018)

Dirección territorial	# de trabajadores formalizados	Promedio trabajadores formalizados por acuerdo
Nivel central - UIE	7.217	515,5
Valle del Cauca	5.668	188,9
Atlántico	5.558	505,3
Bogotá D.C.	3.790	379,0
Risaralda	3.373	198,4
Bolívar	2.104	95,6
Cesar	1.789	198,8
Huila	1.556	64,8
Santander	1.445	57,8
Cundinamarca	963	96,3
Antioquia	828	92,0
Cauca	667	111,2
Quindío	548	18,9
Norte de Santander	370	46,3
Sucre	294	36,8
Boyacá	214	26,8
Caquetá	187	11,7
Casanare	139	23,2
Barrancabermeja	43	7,2
Putumayo	32	3,2
Guaviare	32	5,3
Resto	1.357	67,9

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo (2019).

Para analizar en contexto los datos indicados sobre sanciones y acuerdos de formalización, cabe advertir que, en un número significativo de supuestos, la autoridad administrativa fundamentó su decisión sancionatoria en la lista de indicios que, sobre “tercerización laboral ilegal”, consagraba el derogado Decreto 583 de 2016. Así, el grueso de decisiones sancionatorias adoptadas de forma irregular, en tanto que confundían la intermediación laboral con la tercerización, tenían en común:

- a) **Argumento circular:** fundamentan la violación de los derechos laborales, de forma general y sin analizar las condiciones particulares de prestación del servicio, en el hecho de que los trabajadores del contratista independiente perciben un salario distinto a los trabajadores de

la empresa beneficiaria. En otras palabras, se califica como ilegal la tercerización porque no se garantizan los derechos de los trabajadores en un plano de igualdad, y ello no ocurre porque la tercerización es ilegal.

- b) **Criterio de conexidad:** comparan los objetos sociales del contratista independiente y de la empresa beneficiaria, juzgando que, si el objeto social del primero se encuentra incluido en el objeto social de la segunda, se trata de una “tercerización laboral ilegal”.
- c) **Criterio funcional:** evalúan aspectos como la misión, visión u objetivos de la empresa beneficiaria y, en especial, si en el mapa de procesos se contemplan de esta se contemplan las actividades externalizadas. También se analiza la “especialidad” del objeto social de la empresa beneficiaria, básicamente, con el certificado de existencia y representación legal.
- d) **Criterio de dependencia administrativa:** analizan si el trabajo se realiza con herramientas, elementos o equipos de la empresa beneficiaria, o en sus instalaciones. También evalúan la proporción de trabajadores destinados por la empresa contratista para la prestación del servicio, en relación con los trabajadores de la empresa contratante. Asimismo, comparan si el trabajador había sido contratado antes, de forma directa, por la empresa beneficiaria.
- e) **Criterio de dirección:** verifican si la empresa beneficiaria supervisa las labores desarrolladas por los trabajadores de la empresa contratista.
- f) **Criterio de igualdad:** determinan si en la planta de personal de la empresa beneficiaria existen, también, cargos equivalentes a los de los trabajadores de la empresa contratista.
- g) **Criterio de continuidad:** verifican si el trabajador ha sido vinculado a través de varios contratos a lo largo del tiempo.

La aplicación de estos criterios, además de que resulta ilegal por carecer de soporte normativo, es inútil e insuficiente, como expusimos en el acápite en donde problematizamos el concepto de AMP.

1.6.2. La declaratoria del contrato realidad frente a la intermediación laboral ilegal

Las medidas sancionatorias de carácter administrativo buscan prevenir la intermediación laboral ilegal. Si esta ocurre, no solo resultan procedentes las sanciones descritas, sino que, *ex post* y respecto de cada caso concreto, la autoridad judicial puede, también, intervenir. El principal remedio judicial, en este sentido, en la declaratoria del contrato realidad. Naturalmente, tal declaratoria es del resorte

exclusivo de los jueces, en tanto que a la autoridad administrativa le está prohibido declarar derechos individuales y dirimir controversias (artículo 486 del CST).

Los jueces, a través de sus providencias, pueden desenmascarar relaciones laborales encubiertas declarando el “contrato realidad”. Esta institución, basilar del derecho laboral colombiano, está prevista en el artículo 53 de la Constitución Política y en el numeral 2 del artículo 23 del CST. En este sentido, la Legislación colombiana anticipó, con mucho, el contenido de la Recomendación 198 de 2006 de la OIT, que insta a los países a hacerle frente al fenómeno de las relaciones laborales encubiertas.

La configuración del contrato realidad se presenta cuando se demuestra que un trabajador que es vinculado mediante un contrato de prestación de servicios o bajo cualquier otra figura, realmente está operando como un empleado, pues se cumplen los tres elementos propios de los contratos de trabajo: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración. Para el caso que nos ocupa, un elemento del contrato de trabajo son las partes contratantes, de modo que, si a través de otra compañía, EST, CTA, EAT o cualquier otra modalidad, una empresa pretende encubrir sus relaciones laborales directas, será competencia de los jueces de la república develar las partes que contratan en realidad.

1.6.3. La responsabilidad solidaria y la unidad de empresa frente a algunos supuestos de tercerización

Ahora bien, tanto las sanciones administrativas como la declaratoria del contrato realidad solo operan respecto de la intermediación laboral ilegal. Un supuesto distinto es el de la tercerización. En este evento, la consecuencia jurídica que se sigue de externalizar determinado tipo de procesos, como ya anticipamos, es la figura de la responsabilidad solidaria.

Diferentes hipótesis se prevén en Colombia frente a la responsabilidad solidaria en materia laboral. Uno es el caso de las EST y sus empresas usuarias. En este supuesto, entre la empresa usuaria y la EST no surge, por regla general, una relación de solidaridad respecto de la exigibilidad de los derechos del trabajador en misión (Nieto y Sánchez, 2017). Otro supuesto es el del simple intermediario que, al no manifestar su calidad, responde solidariamente con la empresa que contrata directamente al

trabajador. El tercer supuesto, que es el que realmente interesa en este apartado, es el del contratista independiente. En este último evento la garantía de solidaridad está vinculada a que se trate de una labor que no resulte extraña a las normalmente desarrolladas por la empresa contratante, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del CST.

De cualquier modo, es claro que, en términos generales, "la solidaridad prevista legalmente no comporta la imputación de la condición de empleador en cabeza del beneficiario de los servicios que contrata los servicios o encarga las obras" (Jaramillo, 2011, p. 118). Así, la figura de la responsabilidad solidaria, aplicable a la tercerización de actividades económicas que no resulten excepcionales, no debe confundirse con la declaratoria del contrato realidad aplicable en el caso de las relaciones laborales que se encubren a través de procesos de intermediación laboral ilegal. El contorno que permite esta demarcación, aunque difícil, fue precisado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL467-2019 del 6 de febrero de 2019:

Desde luego que para la Corte la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.

La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.

Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal.

Esta hipótesis a criterio de la Sala, no la regula el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (verdadero empresario), toda vez que este precepto presupone la existencia de un contratista autónomo con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, sino directamente por el artículo 35 ibidem (simple intermediario), en cuya virtud, el verdadero empleador es la empresa comitente y el aparente contratista es un simple intermediario que, al no manifestar su calidad de tal, debe responder solidariamente con la principal.

Entonces, cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario encubre verdaderas relaciones laborales con la ayuda de aparentes contratistas, carentes de una estructura empresarial propia y entidad suficiente, cuya única razón de ser es el de proporcionar trabajadores a la principal, se estará en una simple intermediación laboral ilegal» (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL467-2019 del 6 de febrero de 2019).

Finalmente, en la misma vía de la responsabilidad solidaria, el artículo 194 del CST consagra la unidad de empresa. Esta figura, según lo manifestó la Corte Suprema de Justicia, consiste en “el reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas” (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de abril de 1994 [Rad. 6047]. Como requisito para que se declare la unidad de empresa, las autoridades judiciales y administrativas deben verificar el cumplimiento de dos requisitos:

- a) Que exista un predominio económico, el cual se configura a partir tanto de la participación accionaria como del efectivo control financiero y administrativo entre las sociedades, común y recíproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL6228-2016 del 11 de mayo de 2016)²⁰. El Consejo de Estado, al entender este requisito, exige que la empresa controlante sea propietaria de, al menos, el 50% del capital de la entidad subordinada.
- b) Que tanto la empresa controlante como las filiales o subsidiarias desarrollen actividades similares, conexas o complementarias.

²⁰ En esta sentencia también se decanta la diferenciación existente entre el concepto laboral de unidad de empresa y la categoría comercial de grupo empresarial.

Una vez se constaten los elementos descritos, se podrá solicitar la declaratoria de unidad de empresa ante la autoridad administrativa o judicial. Esta determinación tendrá como consecuencia que las distintas empresas se asumirán como una sola en beneficio del trabajador, para que este obtenga el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa filial o subsidiaria que lo vinculó formalmente.

Así, aunque el principal efecto jurídico de la declaratoria de unidad de empresa no sea, en estricto sentido, la responsabilidad solidaria (Aramburo, 2018); es claro que, con independencia del rótulo jurídico, tal declaratoria supone que todas las empresas catalogadas como unidad entran a responder directamente por los derechos del trabajador. No obstante, conviene precisar que, en lo concerniente al régimen extralegal de salarios y prestaciones, como consecuencia de la declaratoria de unidad de empresa solo será posible su extensión, de la empresa principal o controlante a la empresa filial o subsidiaria, si así lo estipula la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio de la respectiva autoridad estatal.

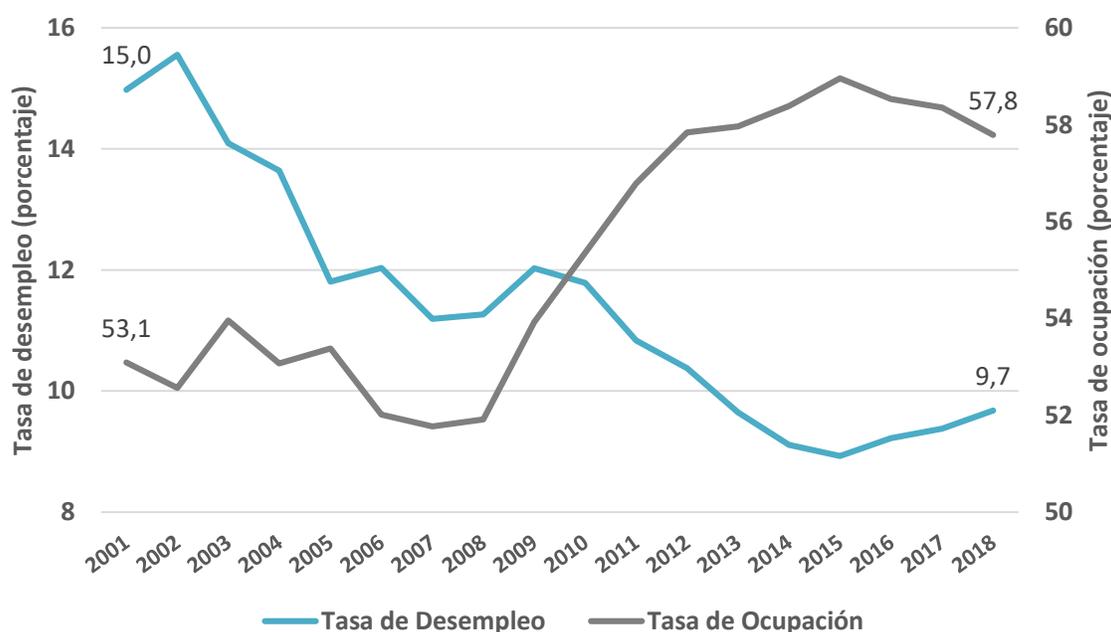
En conclusión, con base en el el análisis realizado sobre los mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores, es evidente que, dentro del sistema jurídico colombiano, existen suficientes medidas que permiten amparar sus derechos en el marco de los procesos de intermediación laboral y tercerización.

El marco teórico esbozado constituye el punto de partida para la definición de las variables que serán analizadas en lo sucesivo.

Capítulo 2. Mercado laboral y dinámicas productivas

El mercado laboral colombiano se caracteriza por conservar una alta tasa de desempleo a pesar de haber presentado mejoras considerables en la creación de puestos de trabajo. Aun cuando en lo que va del siglo la economía alcanzó niveles de crecimiento promedio de 4% y la generación de puestos de trabajo alcanzó cifras históricas (casi de 6.7 millones de nuevos puestos entre 2001 y 2018), la tasa de desempleo se mantuvo como una de las más altas de la en la región.

Gráfico 15. Tasa de Desempleo y tasa de ocupación nacional (2001-2018)



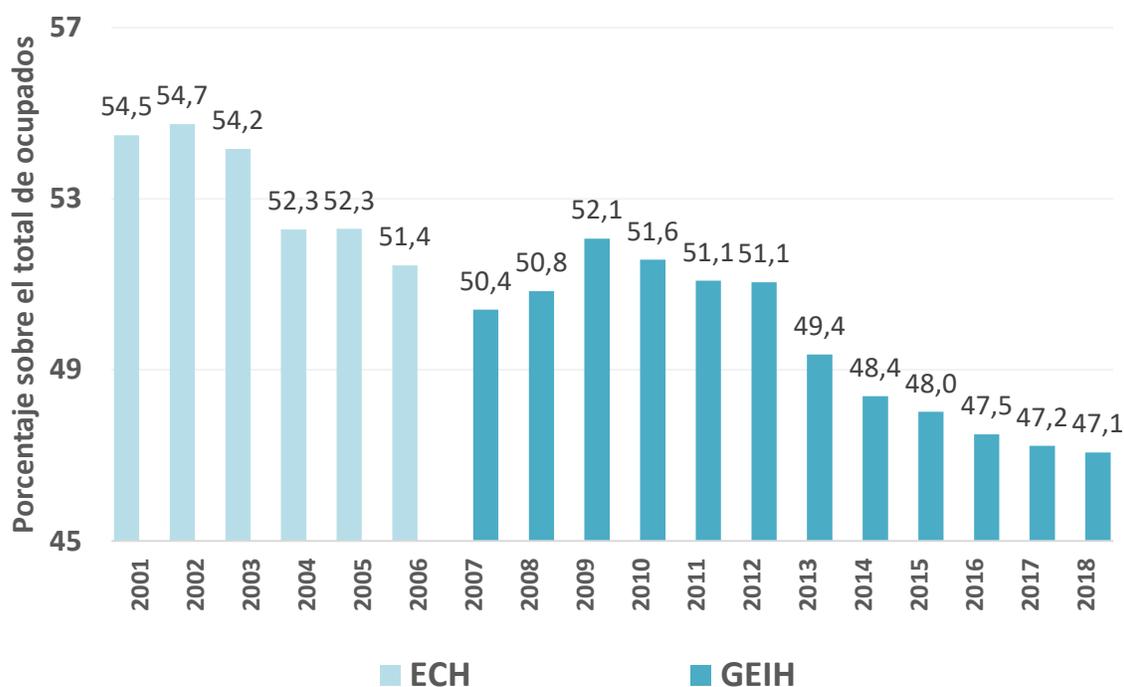
Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE – GEIH.

A las dificultades en la creación de puestos de trabajo también se suma la persistencia de un alto grado de informalidad en el mercado. De acuerdo con cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la informalidad en las 13 principales ciudades y áreas metropolitanas pasó de 50.4% en el año 2007 a 47.1% en el año 2018, lo que implicó una reducción de tan sólo 3.3 puntos porcentuales en los últimos 11 años.

Las dificultades que afronta el país en la reducción del desempleo y la informalidad reflejan problemas estructurales en el funcionamiento del mercado, que se explican por factores como los costos no

salariales, los costos derivados del ausentismo y presentismo laboral, el salario mínimo inflexible y elevado respecto a la productividad media de la economía, los altos costos de contratación, los programas sociales que generan incentivos a permanecer en la informalidad y cambios en la composición del empleo sectorial (Santa María, Steiner y Schutt, 2010; ANIF, 2015, Cardenas y Mercer-Blackman, 2006; Arango y Floréz, 2016). Ante la presencia de este conjunto de factores que inciden sobre el inadecuado funcionamiento del mercado, las formas más flexibles de trabajo podrían ser una solución.

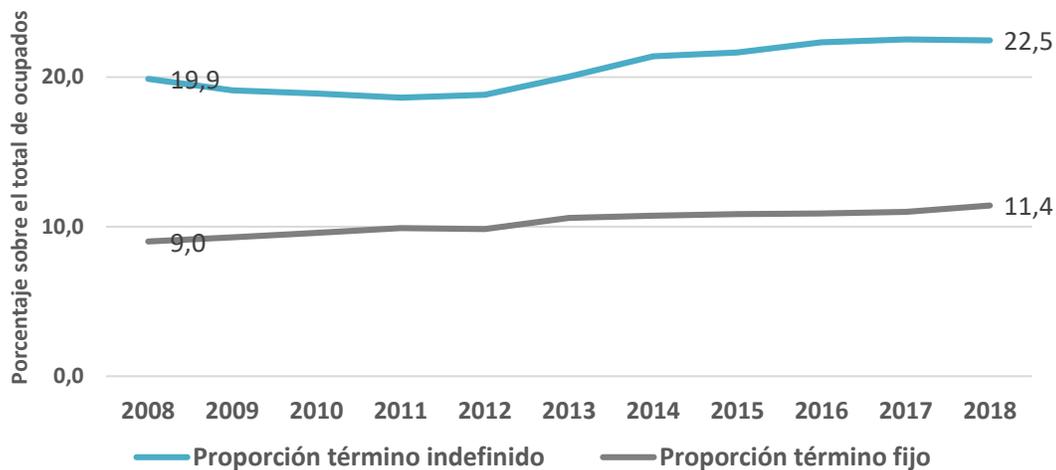
Gráfico 16. Informalidad 13 principales ciudades y áreas metropolitanas (2001-2017):
Porcentaje de ocupados informales – empresas de menos de 5 trabajadores



Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE - ECH y GEIH, acogiendo la definición de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por su parte, el segmento formal del mercado laboral reporta indicadores que revelan cómo ha crecido la vinculación por contratos laborales a término fijo e indefinido sobre el total de ocupados.

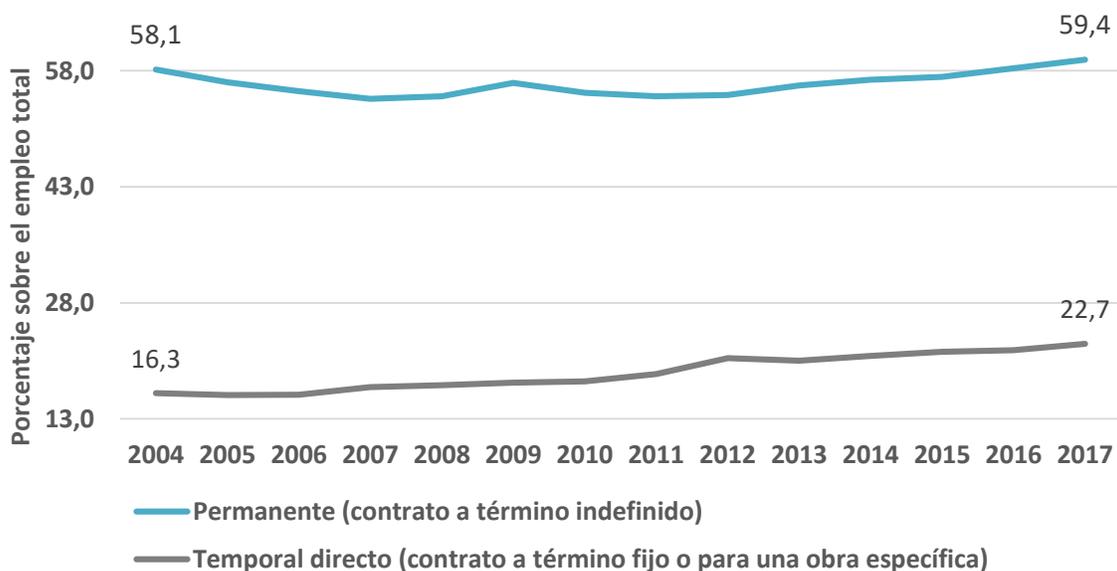
Gráfico 17. Proporción de empleados según tipo de contrato sobre el total de ocupados (GEIH, 2008-2018)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE – GEIH.

Así, mientras que los contratos a término indefinido han crecido 2,6 puntos sobre el total de ocupados en una década, los contratos a término crecieron 2,4 puntos. Esta tendencia es coincidente con los datos que arroja la Encuesta Anual Manufacturera (EAM).

Gráfico 18. Proporción de empleados según tipo de empleo sobre el empleo total (EAM, 2004-2017)

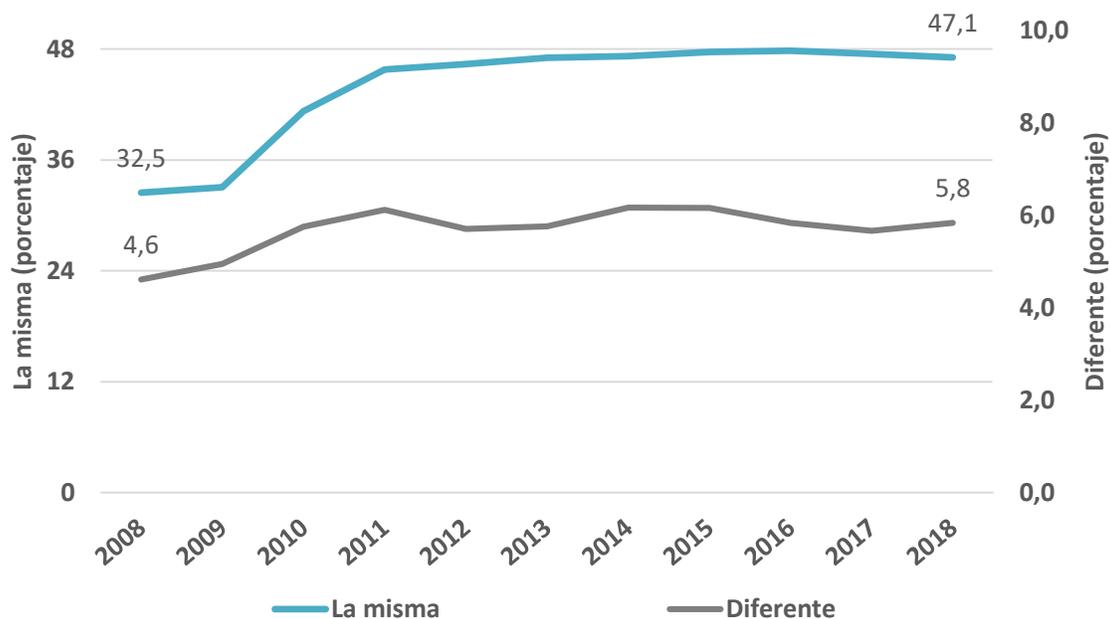


Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE – EAM.

De esta manera, es posible advertir una correlación cronológica entre el aumento de trabajadores internalizados y vinculados a término fijo o indefinido con las restricciones impuestas a la intermediación laboral ilegal. Aunque sería una hipótesis difícil de comprobar a nivel macroeconómico, y dependerá del análisis de cada unidad productiva, es posible aseverar que, a partir de 2010, un número significativo de trabajadores asociados a CTA fueron internalizados por las compañías o migraron hacia EST. En tal sentido, no puede perderse de vista que nada obsta para que entre los trabajadores en misión y las EST exista un contrato laboral a término indefinido.

Ahora bien, centrándonos en el segmento del mercado laboral que es objeto de interés para esta investigación, tenemos que un elemento que permite comprender la presencia de relaciones de tercerización e intermediación en el mercado laboral colombiano es una pregunta que realiza el DANE desde el año 2008 en la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH), solo a las personas que manifestaron tener un contrato. En ella se le pregunta a la persona si la empresa que los contrató es la misma en la que trabaja o presta sus servicios. Aunque la respuesta a esta pregunta depende de la percepción subjetiva que posea el encuestado respecto de su vinculación laboral, es un insumo importante a la hora de ponderar el fenómeno. Si se realiza el cálculo del número de personas que trabajaron en un lugar diferente al que los contrató, sobre el número total de ocupados, la proporción pasó de 4.6% de los ocupados en 2008 a 5.8% en 2018. Esto, en valores absolutos, correspondió a poco más de 803 mil personas en 2008 y 1.31 millones de personas en 2018. Por su parte, el porcentaje de personas que manifestaron trabajar en la misma empresa que los contrató pasó de 32.5% de los ocupados en 2008 a 47.1% de los ocupados en 2018.

Gráfico 19. Proporción de ocupados con contrato que trabajan en una empresa diferente vs los que trabajan en la misma empresa, como proporción de los ocupados en la economía (2008-2018)

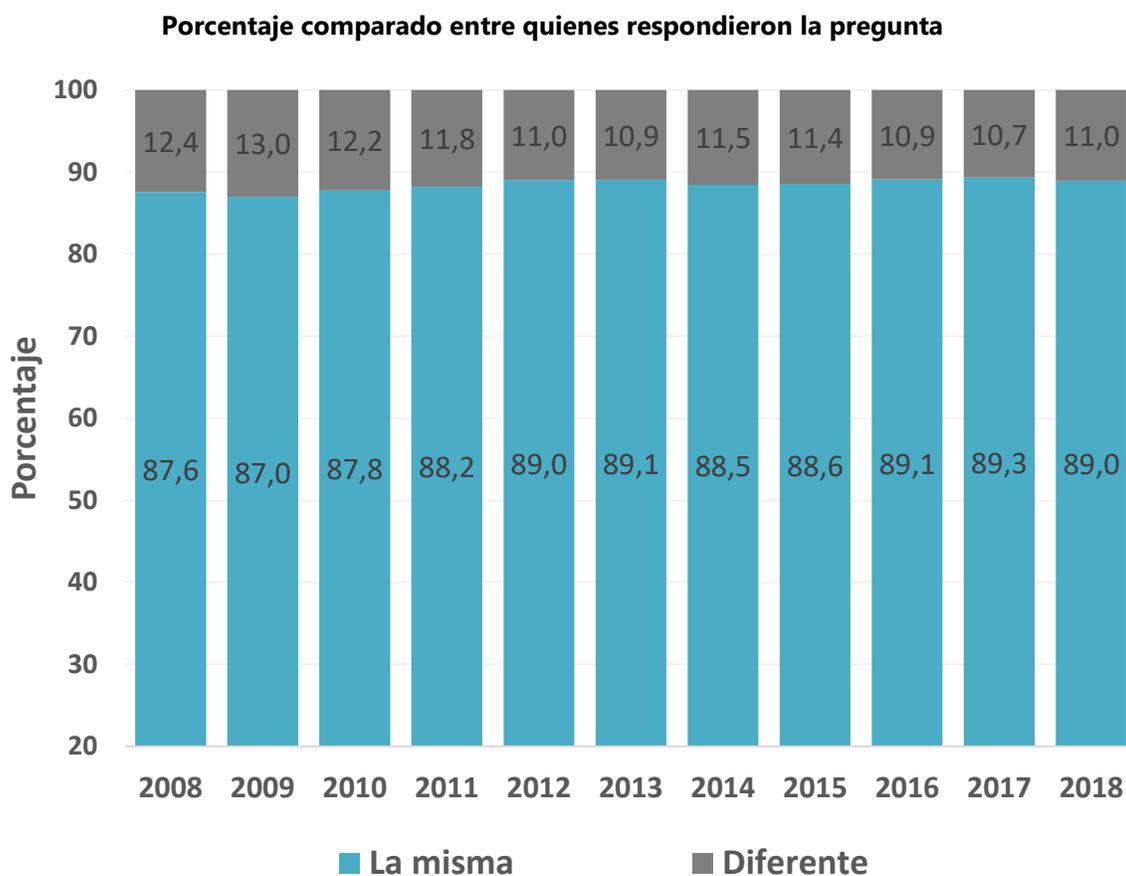


Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE – GEIH.

Aunque se observa un crecimiento en la cantidad de personas que manifiestan trabajar en una empresa diferente de la que los contrató, lo que aparentemente se configura como una relación triangular, en términos relativos se observó un mayor crecimiento de las personas que manifestaron trabajar en la misma empresa que los contrató, lo cual es coincidente con las dinámicas de internalización que han sido referidas. Al realizar la comparación entre las personas que contestaron a la pregunta, se observa que entre el 2008 y el 2018 la proporción de ocupados que manifestaron trabajar en una empresa diferente a la que le contrató pasó de 12.4% a 11.0%. Este porcentaje se calcula sobre el número de personas que contestaron a la pregunta, ya fuera negativa o afirmativamente. Los ocupados que señalaron trabajar en la misma empresa que los contrató pasaron de representar el 87.6% en 2008 al 89.0% en 2018. Estas mediciones sugieren una menor proporción en la utilización de estas formas de flexibilización en el mercado de trabajo colombiano, lo que parece contraintuitivo desde los argumentos que se plantean para preferir estos esquemas.

En la GEIH se pregunta a las personas que trabajan en una empresa diferente, por el tipo de empresa que las contrató. Para el año 2008, el 44.4% de las personas señalaron que la empresa que los contrató era de servicios temporales, el 28.5% manifestó que fue una cooperativa de trabajo asociado, el 6.4% una empresa asociativa de trabajo y el restante 20.7% señaló que fue otro tipo de empleador o empresa. En 2018 los porcentajes pasaron a ser 44.5% para el caso de la empresa de servicios temporales, 3.1% para la cooperativa de trabajo asociado, 1.6% en el caso de la empresa asociativa de trabajo y 50.9% otro tipo.

Gráfico 20. Proporción de personas que respondieron a la pregunta: “La empresa o persona que contrato a ... ¿es la misma empresa donde trabaja o presta sus servicios?” (2008-2018):



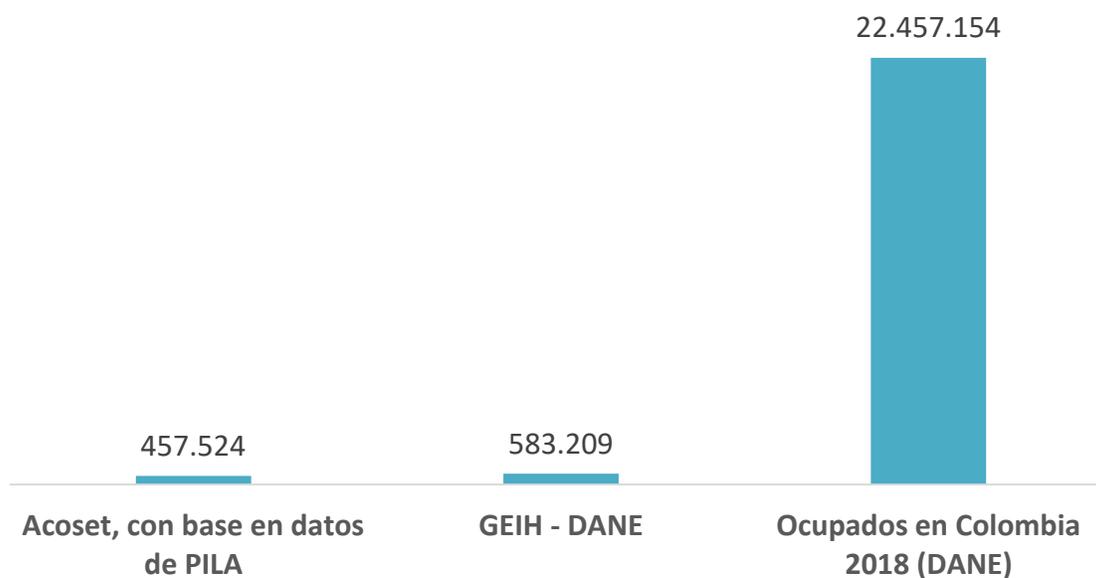
Fuente: elaboración propia a partir de los microdatos de la GEIH, DANE.

Como ejercicio comparativo, es posible darse a la tarea de estudiar en qué nivel está la intermediación laboral en otros países del mundo. Para medirla, se tomó el indicador que es más utilizado en forma general para caracterizar este fenómeno en los países: el número de empleados que operan bajo una

agencia o empresa de servicios temporales. Esta es la medida más usada y la única verdaderamente comparable entre países, pues es la única figura de intermediación laboral desde la cuál la OIT tiene convenio.

Según dos fuentes diferentes de información: los datos del Observatorio Laboral de Acoset, que vienen de la base de datos de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA); y los datos del DANE, provenientes de la GEIH, el total de empleados trabajando en empresas de servicios temporales fue de alrededor de 457.524 a 583.209 trabajadores, respectivamente, en 2018, como se muestra a continuación.

Gráfico 21. Empleados ocupados en Empresas de Servicios Temporales en Colombia (2018)



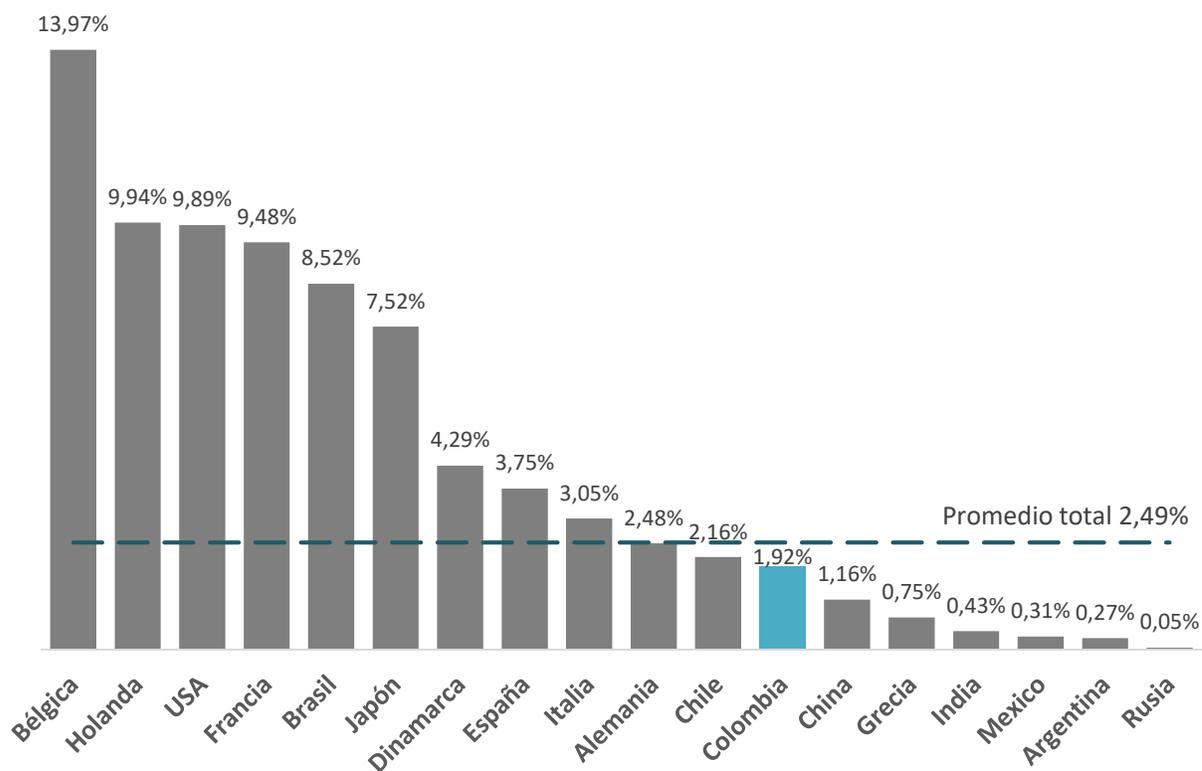
Fuente: elaboración propia a partir de datos de Acoset-Observatorio Laboral. DANE-GEIH

Colombia está levemente por debajo del promedio mundial en cuanto a la tasa de empleados de agencias de servicios temporales. Según datos de la Confederación Mundial del Empleo (WEC, por sus siglas en inglés), que asocia a los gremios y confederaciones de 50 países del sector de “la industria del empleo”²¹; hay un total de 49 millones de personas empleadas por empresas de servicios temporales entre los países asociados.

²¹ Este sector incluye agencias de servicios temporales, empresas de tercerización de recursos humanos, de reclutamiento y selección de personal.

Cuando se hace un control por el total de empleados en cada país, dividiendo el número de empleados de EST sobre el empleo total reportado por la OIT, se encuentra que en Colombia, para el año 2017, aproximadamente el 1,9% de los ocupados totales estaba trabajando a través de EST, por debajo del promedio total de países (2,49%) y de naciones como Bélgica (13,97%), Estados Unidos (9,89%) y Brasil (8,52%); y por encima de países como China (1,16%), México (0,31%) y Argentina (0,27%).

Gráfico 22. Empleados de agencias de servicios temporales como porcentaje del empleo total en diferentes países (2017)

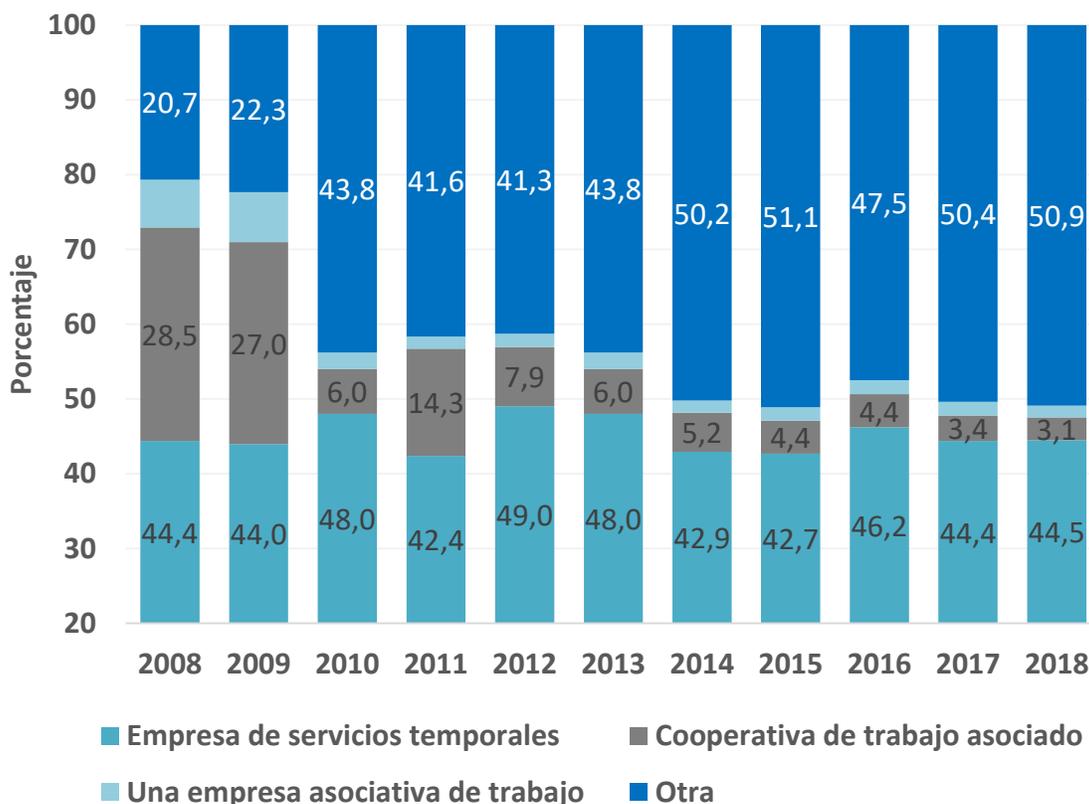


Fuente: elaboración propia con base en WEC *The 2019 Economic Report*; OIT Estadísticas (ILOSTAT).

A partir de este comparativo internacional, no parece que exista un nivel demasiado alto de intermediación laboral en Colombia y, de hecho, salvo en el último año, se ha notado una tendencia decreciente en la mayoría de indicadores que dan cuenta de esta forma de contratación.

Por otra parte, a partir de los datos que arroja la GEIH, es posible desagregar, hasta cierto nivel de detalle, el tipo de empresa que contrata a las personas que afirmaron trabajar para una empresa diferente. Aquí se puede apreciar el dato en relación no solo con las EST, sino con otras modalidades, precisando que esta información solo comprende las personas que respondieron trabajar para una empresa distinta de la que los contrató.

Gráfico 23. Tipo de empresa que contrata a ocupados con contrato que trabajan en una empresa diferente (2008-2018)



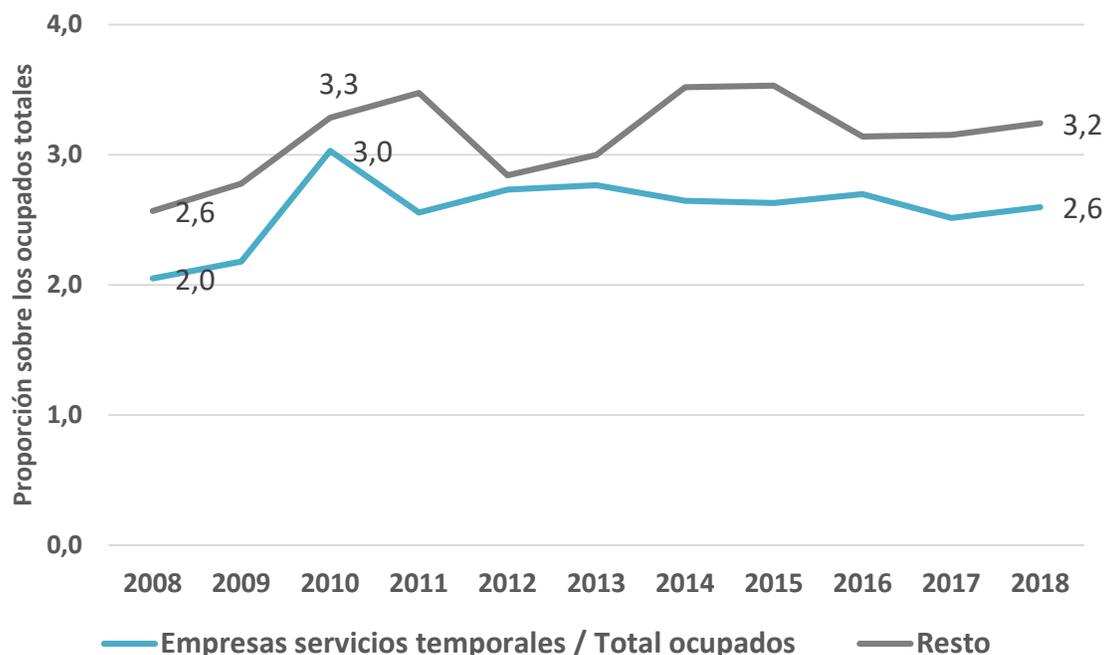
Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE – GEIH.

La proporción de personas que trabajaron en empresas de servicios temporales y empresas asociativas de trabajo permaneció inalterada en el periodo referenciado en comparación con los demás tipos de empresas o instituciones. Al realizar el cálculo de las personas que trabajaron en empresas de servicios temporales, sobre el total de ocupados, se observa que el indicador pasó de 2.0% en 2008 a 2.6% en 2018. En relación con las cooperativas de trabajo asociado, se presentó una reducción en la proporción desde el año 2010. Al calcular el número de personas que trabajó en una

cooperativa de trabajo asociado sobre el total de ocupados, el indicador descendió de 1.3% a 0.2% entre 2008 y 2018, respectivamente. La pérdida de participación de las CTA favoreció el empleo en otros tipos de empresas o instituciones, que desde la fuente de información no se pueden distinguir. Así, no sería exacto entender, como lo proponen algunos autores, que el renglón de la tercerización o subcontratación se corresponde con estas “otras” tipologías de las que no es posible obtener mayor detalle. Si bien puede tratarse de una categoría aproximada, habría que tener la precaución metodológica de advertir que es posible que una persona responda que presta sus servicios para una empresa o persona distinta de la que lo contrató, sin que esta se trate, en efecto, de una CTA, EAT, EST o de una empresa que provee un resultado final a otra. Con todo, es claro que la migración de las CTA hacia estas otras tipologías vino acompañada de contratos laborales que garantizan, adecuadamente, los derechos de los trabajadores.

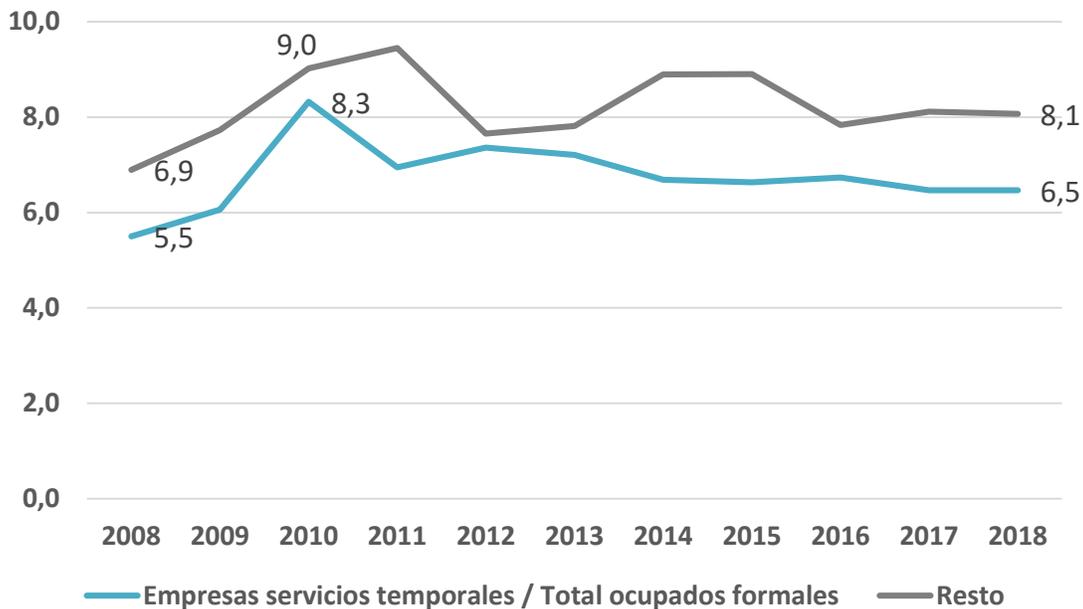
A su turno, si analizamos la situación de estos trabajadores que prestan sus servicios a través de EST y otras formas de vinculación (resto: CTA, EAT, subcontratación y otras), encontramos que, en relación con el empleo total y el empleo formal es posible advertir una tendencia a la baja en comparación con los indicadores de 2010.

Gráfico 24. Vinculación a través de EST y otros tipos, número de trabajadores como porcentaje del empleo total



Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE – GEIH.

Gráfico 25. Vinculación a través de EST y otros tipos, número de trabajadores como porcentaje del empleo formal



Fuente: elaboración propia a partir de datos de DANE – GEIH.

Sobre todo en relación con el empleo formal, se hace evidente cómo la vinculación a través de EST, así como a través de otros tipos de esquemas (CTA, EAT, subcontratación y otras), se encontraba, para 2018, en valores inferiores en comparación a los de 2010.

En una economía en desarrollo, como la nuestra, esto podría resultar contraproducente y es que, desde el punto de vista de los negocios, los esquemas de triangulación son mecanismos que responden a las necesidades de modelos de gestión más especializados, con un alto componente tecnológico en sus procesos, y flexibles ante los cambios en las condiciones de mercado. Estos esquemas han probado ser efectivos como estrategias para enfrentar ambientes competitivos, lo que ha incrementado su popularidad a nivel mundial.

Como se señala en la Encuesta Global de Tercerización, realizada por Deloitte en 2016, los motivos que esgrimen las empresas para subcontratar se asocian a la reducción de costos y gastos; la especialización que permite centrarse en las actividades que le generan mayor valor al negocio; la posibilidad de suavizar los ciclos de los negocios por medio del incremento o reducción en la

capacidad instalada; la mejoría en los servicios al contratar con empresas especializadas; el acceso a capital humano especializado y entrenado en áreas diferentes a las del negocio; entre otros.

En Colombia, las empresas han venido tercerizando algunas actividades, pero se encuentran con grandes dificultades en materia regulatoria. Como lo señala la ANDI (2017) “debido a ciertas campañas de desinformación, en los últimos seis años se creó un manto de incertidumbre sobre la validez de la tercerización, especialmente en las llamadas actividades misionales o esenciales; esto a pesar de que la ley laboral consagra la figura desde hace varias décadas a través del contratista independiente”.

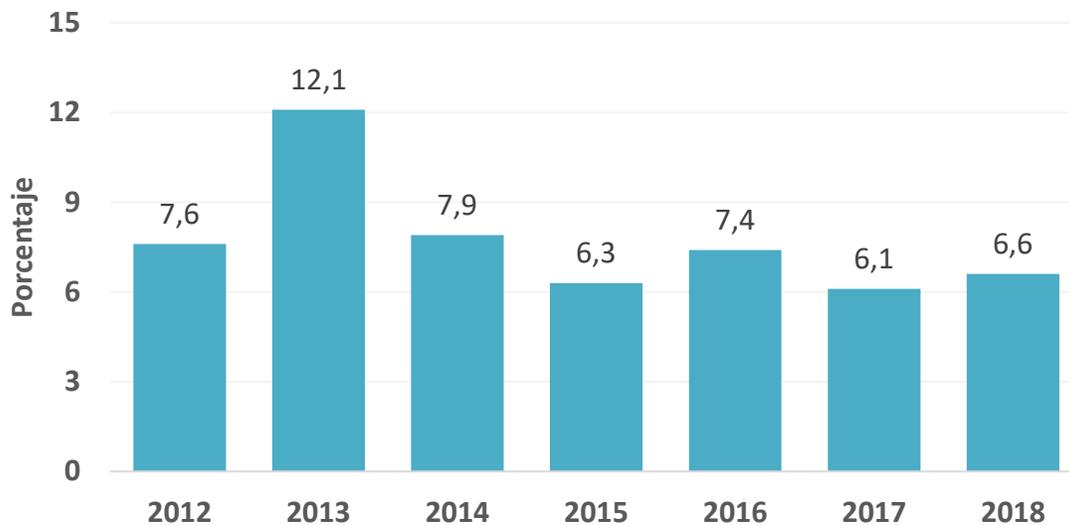
En mediciones realizadas para la industria colombiana en la Encuesta de Opinión Industrial Conjunta (EOIC) de la ANDI, correspondiente a febrero de 2018, se encontró que, en promedio, la subcontratación de procesos con terceros representó el 5.9% de los costos totales de las empresas en 2017. Aunque el indicador ha tenido un comportamiento relativamente estable en el tiempo, a excepción de un pico en 2013, sorprende que, desde que realizan su medición (2012), los resultados de 2017 son los menores.

Gráfico 26. Motivos para subcontratar (Outsourcing): Porcentaje



Fuente: Deloitte Consulting, Global Outsourcing Survey 2016.

Gráfico 27. Subcontratación con terceros como participación de los costos totales (2012-2018)



Fuente: ANDI, EOIC de Febrero de 2018.

Adicional a las fuentes de información referenciadas, también es posible contar con datos de intermediación laboral y tercerización en la Encuesta Anual Manufacturera (EAM) del DANE, que abarca los datos a nivel microeconómico de los establecimientos industriales con más de 10 trabajadores. Como la fuente de información para la construcción de los modelos es la EAM, en la sección correspondiente, de descripción de los datos, se presentarán las mediciones.

Capítulo 3. Evidencia empírica

En la literatura se observan tres grandes líneas de trabajo en las que se estudian los esquemas de subcontratación referenciados en esta investigación: los estudios que analizan los efectos de la triangulación laboral sobre la productividad, los trabajos que evalúan su impacto sobre los agregados macroeconómicos y los estudios que analizan las condiciones de trabajo de quienes hacen parte de este mercado. Como la presente investigación se delimita al estudio de los dos primeros grupos, la revisión empírica se concentra en estos.

3.1. Efectos sobre la productividad

Los estudios interesados en la medición de los efectos de la triangulación sobre la productividad es un campo que se ha desarrollado a partir del trabajo de Siegel y Griliches (1992). Las limitaciones de información han contribuido a que se utilicen con mayor frecuencia los datos agregados (macro) para evaluar los efectos de la subcontratación externa (*offshoring*) y los datos a nivel de firma para valorar la subcontratación interna. El estudio de la intermediación laboral se aborda más desde la segmentación del mercado laboral, sin embargo, también es posible encontrar algunos artículos que estiman su impacto sobre los negocios.

En las economías desarrolladas existe un mayor interés por determinar los efectos de la subcontratación externa, en la medida que los esquemas de producción descentralizados han permitido que muchas empresas inviertan o subcontraten por fuera de sus países de origen. Se destaca en la literatura el estudio de Amti y Wei (2006), quienes estimaron los efectos del *offshoring* sobre la productividad en la industria manufacturera estadounidense entre 1992 y 2000. Los autores encontraron que el *offshoring* de servicios tiene un efecto positivo sobre la productividad laboral de cerca del 10%, mientras que el *offshoring* de insumos materiales tiene un efecto de aproximadamente el 5% sobre la productividad.

Fritsch y Stephan (2006), en cambio, investigaron los factores que explican la eficiencia técnica de la firma utilizando una base de datos que contiene la estructura de costos de 35.000 empresas alemanas entre 1992-2004. En su estudio encontraron que la subcontratación tiene un efecto positivo sobre la eficiencia, pero muy inferior a características como el tamaño de la firma o la industria a la que pertenece. Los autores realizaron, en una primera etapa, la estimación de la eficiencia y, en una

segunda, la regresión de la eficiencia técnica obtenida en función de diferentes variables. Entre las variables seleccionadas se incluyeron la cuota de contratación de trabajos externos (gastos en contratación de trabajos externos/costos), la cuota de la contratación de servicios externos (gastos generados en contratación de servicios externos/costos) y la cuota de empleados temporales (gastos generados en contratación de empleados temporales/costos). Las estimaciones se dividieron en dos periodos por la imposibilidad de contar con algunas variables, entre las que se encuentra la cuota de trabajadores temporales. Respecto al indicador de contratación de trabajos externos se estimaron un coeficiente de 0.039 en el periodo 1992-2004 y uno de 0.053 en el periodo 1999-2004, mientras que la estimación del coeficiente de servicios se situó en 0.037 en el primer periodo y 0.030 en el segundo; es decir, hallaron efectos positivos del *offshoring* laboral y de servicios sobre la eficiencia técnica. Por su parte, el coeficiente de trabajadores temporales no fue significativo, lo que indica que en este ejercicio no se encontró relación de esta variable con la eficiencia.

En un trabajo realizado para España, López (2013) analizó la relación entre el *outsourcing* y la productividad en 1.758 empresas entre 1990-1999. Entre sus principales hallazgos encontró que la intensidad en el *outsourcing* tiene un efecto positivo sobre la productividad, mostrando una elasticidad de 0.15. Su análisis se confirmó al desagregar los resultados por industria y encontró un mayor efecto sobre los que denomina como industrias livianas. La principal novedad que presenta el artículo es la utilización de un índice de intensidad de *outsourcing* que se incorpora a una función de producción extendida.

En Colombia hay una extensa cantidad de trabajos que se interesan por los determinantes de la productividad y competitividad de las empresas, sin embargo, el estudio de su relación con la triangulación es escaso. En la revisión de literatura solo fue posible encontrar un estudio que utiliza metodologías cuantitativas, el realizado por Parra (2012). En la investigación de Parra (2012) se estudió el trabajo temporal directo e indirecto desde diferentes perspectivas y, en una de ellas, estima sus efectos sobre la eficiencia de las empresas. La base de datos utilizada es la Encuesta Anual Manufacturera (EAM) del DANE en el periodo 1992-2009. Entre sus principales hallazgos encontró que el aumento de la proporción de trabajadores temporales tiene un efecto positivo sobre la ineficiencia de 0.001022, pero advierte que, aunque es significativo, es bajo. Es importante señalar

²² La forma funcional utilizada se encuentra diseñada para calcular la ineficiencia, pero el análisis puede realizarse de forma inversa, un coeficiente negativo se traduce en un efecto negativo sobre la eficiencia, pero también significa un resultado positivo sobre la eficiencia.

que la variable ‘trabajadores temporales’ se encuentra compuesta por los trabajadores con contrato a término fijo contratados directamente por la empresa y los trabajadores temporales contratados en agencias, por lo que se podría afirmar que la segunda variable es una buena aproximación a la intermediación laboral.

Las limitaciones en la medición de la triangulación se reflejan en que los trabajos referenciados no hacen mención a la subcontratación o tercerización del trabajo. Estos, en cambio, diferencian la subcontratación entre local, externa, de procesos y de servicios. En términos generales, se encuentran efectos positivos de la subcontratación sobre la productividad y eficiencia de los sectores y empresas, asociados a cualquier forma de tercerización²³. Estos hallazgos contrastan con la escasez de trabajos interesados en la intermediación laboral que, para el caso colombiano, arroja resultados que no son evidencia concluyente en la materia.

3.2. Efectos sobre el mercado laboral

La medición de los efectos de figuras como la tercerización sobre el mercado laboral se caracteriza por una presencia abundante de trabajos enfocados en países desarrollados, en los que el interés se centra en la medición de los efectos de la subcontratación externa (denominada como *offshoring*) sobre los niveles de empleo y los salarios. En estos estudios predominan los paneles de países y se sustentan desde la teoría del comercio internacional. Por lo general, los efectos dependen de la intensidad en el uso de los insumos, movilidad de trabajadores, regulación del mercado, definición de las variables y los hallazgos diversos sobre el empleo, los salarios y la productividad. La investigación de Freenstra y Hanson (1996), referenciada en la tercera sección, es uno de los principales referentes al aprovechar los datos de comercio exterior en sus trabajos.

También se destaca, en este sentido, el estudio realizado por Amiti y Wei (2006), quienes estimaron los efectos del *offshoring* sobre el empleo en la industria manufacturera estadounidense entre 1992 y 2000. Los autores encontraron que el *offshoring* de servicios tiene un impacto negativo de menos del 0.5% sobre el empleo cuando hay una mayor desagregación de las industrias (450 industrias), mientras que el efecto desaparece cuando agregan las industrias a 96 sectores, lo que indica un efecto heterogéneo entre sectores, que hace que unos experimenten un crecimiento en la demanda,

²³ Aparte de los trabajos mencionados, en la literatura internacional también se destacan los adelantos realizados por Raa y Wolff (2001), Gözlig y Stephan (2002), Girma y Görg (2004), Görg y otros (2008).

cancelando el efecto negativo que tiene el offshoring sobre otras industrias. Esto se traduce en cambios en la composición de los trabajos y no existe una pérdida neta de empleos.

Geishecker y Görg (2004) investigaron el vínculo entre la subcontratación internacional y los salarios por medio de la combinación de datos de panel de hogares e información de subcontratación de matrices insumo-producto de Alemania para los años 1991-2000. Encontraron que la subcontratación ha tenido un impacto variado en los salarios. Mientras que la subcontratación reduce los salarios reales de los trabajadores menos calificados cerca de 1.8%, incrementa el salario real de los trabajadores más calificados cerca de 3.3%.

El análisis de la intermediación laboral es usualmente estudiado desde la determinación de las condiciones de los trabajadores en los diferentes segmentos del mercado y las posibilidades de transición entre estados en el mercado de trabajo. Voss y otros (2013) realizaron una revisión de diferentes estudios en Europa y encontraron numerosos trabajos que utilizan estadísticas descriptivas y encuestas longitudinales para medir este fenómeno. Entre sus hallazgos, observaron que existen brechas salariales entre los trabajadores de agencias y el personal permanente, además de la percepción de mayor inseguridad en el trabajo. También, confirman que las agencias de empleo temporal tienen incidencia sobre la transición entre el desempleo y el trabajo al servir como enganche de la población desempleada. Respecto a la transición entre empleo temporal y empleo permanente, encontraron evidencia en favor de la transición.

Para el caso colombiano no se encontraron estudios que utilizaran metodologías cuantitativas para estimar los efectos de la intermediación laboral y la subcontratación sobre el funcionamiento del mercado de trabajo. Los análisis que más se acercaron al tema estudiado se centran, principalmente, en formas de flexibilización como los trabajos temporales.

De la revisión de la literatura se extrae que los efectos de la intermediación laboral y la tercerización sobre el empleo dependen de las variables y enfoques utilizados. Por lo general, los trabajadores con mayor calificación reciben las ventajas de los procesos de subcontratación y los de menor calificación asumen los efectos negativos²⁴.

²⁴ En la literatura internacional también se destacan los adelantos realizados por Estevao y Lach (1999), Anderton y Brenton (1999), Falk y Koebel (2000)

Capítulo 4. Datos para el análisis econométrico

En el análisis econométrico se utilizó la información de la Encuesta Anual Manufacturera (EAM) realizada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para el periodo 2004-2017. Esta encuesta contiene información anual de establecimientos y firmas industriales desde el año 1956, sin embargo, por las modificaciones en las metodologías, no es posible utilizar todos los periodos. Se trabaja con la información desde el año 2004 porque, desde ese momento, comenzó a indagarse por los costos y gastos generados por servicios contratados con terceros (outsourcing de servicios). Para el estudio se construyó un panel balanceado que, en un principio, contiene 3,252 establecimientos con información en todos los periodos, lo que permite contar con 45.528 observaciones.

El capital físico se calculó por medio del método de inventarios permanentes a partir de las inversiones en terrenos, maquinaria y equipo industrial, maquinaria y equipo de transporte, maquinaria y equipo de oficina, edificios y estructuras. Estas series fueron deflactadas con el índice de precios al productor (IPP), por sector CIIU4 a tres dígitos, cuya fuente es el Banco de la República y el DANE.

La construcción del panel balanceado consistió en excluir los establecimientos que no tenían información en todo el periodo estudiado²⁵ y los establecimientos que no tenían datos positivos de producción, valor agregado, empleo y capital²⁶. Como se puede observar en la Tabla 2, el número promedio de empleados por establecimiento para toda la muestra fue de aproximadamente 120, la producción fue de 37.400 millones de pesos de 2017, el valor agregado de 15.600 millones de pesos de 2017, el stock de capital fue de 18.200 millones de pesos de 2017 y los salarios de 3.615 millones de pesos de 2017. Por su parte, la relación entre empleados temporales indirectos y totales tiene una media de 14.0%, la proporción media de subcontratación de procesos industriales sobre consumo intermedio es de 4.3% y la proporción media de subcontratación de servicios no industriales sobre el consumo intermedio es de 2.8%, excluyendo del consumo intermedio los energéticos.

²⁵ La decisión de trabajar con un panel balanceado se debe a que no es posible conocer con certeza las causas de la aparición o desaparición de un establecimiento en la muestra. Se considera en este caso la pérdida de información se compensa con una mayor comprensión de los datos.

²⁶ La limpieza de los datos incluyó como primera medida la eliminación de los registros en los que el valor agregado, la producción bruta, el empleo y el capital no tenían datos. Posteriormente se calculó el coeficiente Z para cada establecimiento y en aquellos en los que se presentaron datos atípicos en producción y valor agregado (3 desviaciones estándar respecto a la media) fueron eliminados.

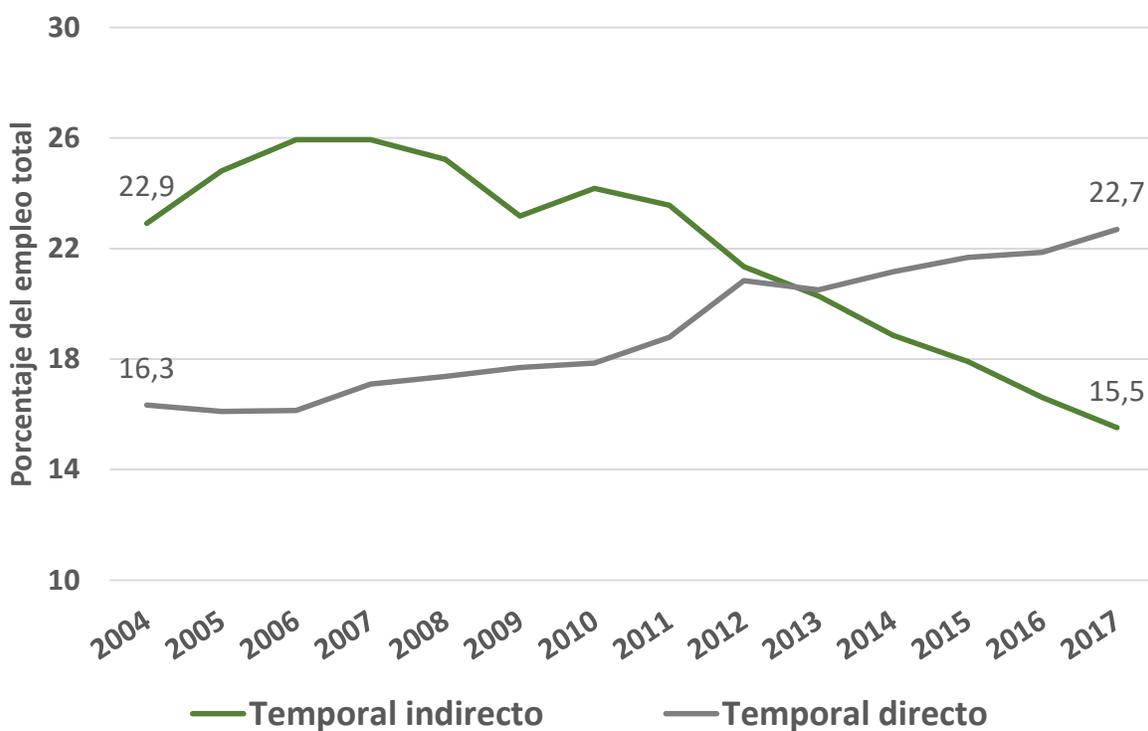
Tabla 2. Estadísticas descriptivas del panel

Variable	Grupo	Media	Desv. Est.	Min	Max	Observaciones
Producción (Millones de pesos de 2017)	Total	37.400	176.000	6	6.810.000	N=45528
	Entre		146.000	86	5.330.000	n=3252
	Dentro		98.600	-2.500.000	4.410.000	T=14
Valor agregado (Millones de pesos de 2017)	Total	15.600	79.400	0	3.210.000	N=45528
	Entre		64.100	25	2.210.000	n=3252
	Dentro		46.900	-1.280.000	2.030.000	T=14
Empleo	Total	120	198	1	3.619	N=45528
	Entre		181	2	1.823	n=3252
	Dentro		80	-816	2.206	T=14
Capital (Millones de pesos de 2017)	Total	18.200	92.900,0	0	5.380.000	N=45528
	Entre		72.600,0	2	1.660.000	n=3252
	Dentro		58.000,0	-1.080.000	4.240.000	T=14
Salario (Millones de pesos de 2017)	Total	3.615	7.645	-161	206.000	N=45528
	Entre		6.839	19	70.300	n=3252
	Dentro		3.419	-38.900	186.000	T=14
Proporción empleo temporal indirecto sobre el total (Porcentaje)	Total	0,140	0,230	0,000	1,000	N=45528
	Entre		0,184	0,000	0,992	n=3252
	Dentro		0,137	-0,789	1,053	T=14
Proporción empleo temporal directo sobre el total (Porcentaje)	Total	0,191	0,313	0,000	1,000	N=45528
	Entre		0,255	0,000	1,000	n=3252
	Dentro		0,182	-0,732	1,120	T=14
Intensidad subcontratación de procesos industriales (Porcentaje)	Total	0,043	0,107	-3,046	0,991	N=45526
	Entre		0,085	-0,215	0,706	n=3252
	Dentro		0,065	-2,799	0,870	T=13.9994
Intensidad subcontratación de servicios no industriales (Porcentaje)	Total	0,028	1,129	0,000	173,085	N=45526
	Entre		0,693	0,000	39,255	n=3252
	Dentro		0,891	-38,630	133,858	T=13.9994
Indicador empleo temporal indirecto (1 cuando se contrata)	Total	0,443	0,497	0,000	1,000	N=45528
	Entre		0,408	0,000	1,000	n=3252
	Dentro		0,284	-0,486	1,371	T=14
Indicador empleo temporal directo (1 cuando se contrata)	Total	0,427	0,495	0,000	1,000	N=45528
	Entre		0,376	0,000	1,000	n=3252
	Dentro		0,321	-0,502	1,355	T=14
Indicador tercerización procesos (1 cuando se subcontrata)	Total	0,399	0,490	0,000	1,000	N=45528
	Entre		0,363	0,000	1,000	n=3252
	Dentro		0,329	-0,530	1,327	T=14
Indicador tercerización servicios (1 cuando se subcontrata)	Total	0,310	0,462	0,000	1,000	N=45528
	Entre		0,309	0,000	1,000	n=3252
	Dentro		0,344	-0,619	1,238	T=14

Fuente: cálculos propios con base en la EAM, DANE

El comportamiento agregado del panel en el tiempo deja una mayor claridad respecto a la evolución de las variables. La proporción entre empleados temporales indirectos²⁷ y empleados totales tiene un comportamiento decreciente en el tiempo, pasando de 22.9% en el 2004, a 15.5% en el 2017. Este comportamiento puede explicarse por la mayor participación del empleo temporal directo (trabajadores con contrato a término fijo), que pasó de representar el 16.3% de los ocupados en 2004 a 22.7% de los ocupados en 2017.

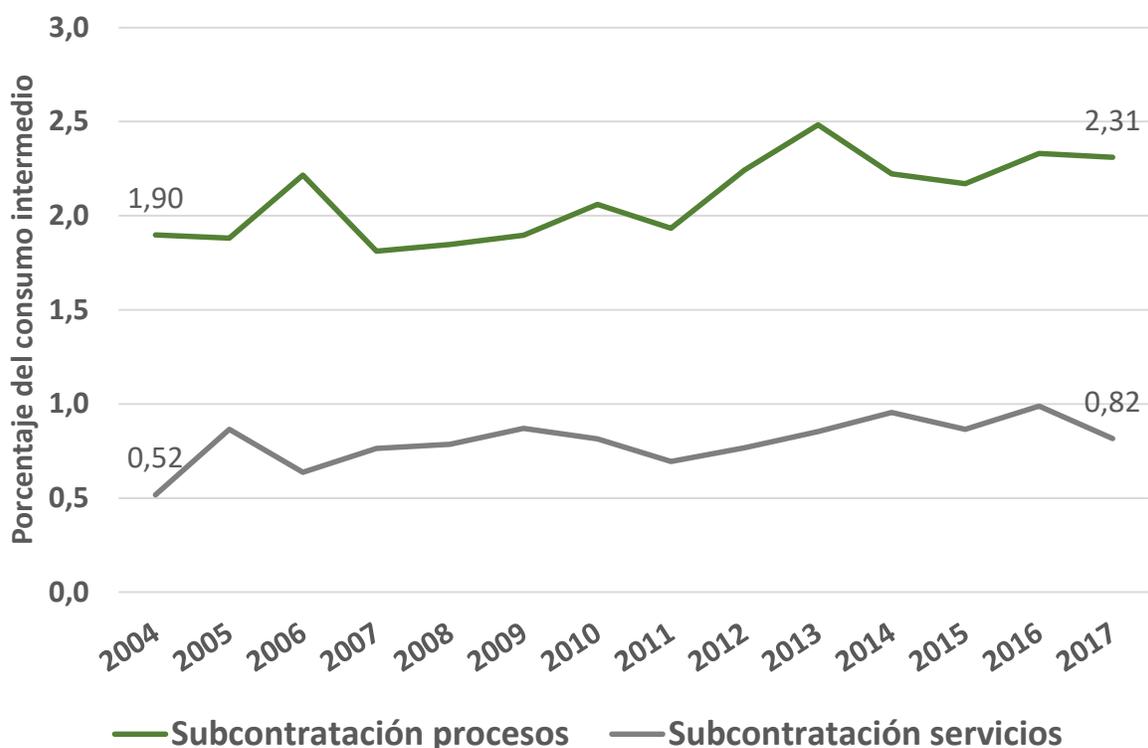
Gráfico 28. Empleados temporales indirectos y directos como proporción de los empleados totales (2004-2017)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EAM, DANE.

²⁷ La categoría de empleados temporales indirectos que analiza el DANE puede resultar equívoca y no reflejar la realidad. Así, nada obsta para que un trabajador en misión posea, con relación con una EST, un contrato a términos indefinido. En este caso sería preciso hablar de un empleado permanente indirecto.

Gráfico 29. Subcontratación de procesos y servicios como proporción del consumo intermedio, excluyendo insumos energéticos (2004-2017)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EAM, DANE.

La subcontratación o tercerización de procesos y servicios como proporción del consumo intermedio (excluyendo insumos energéticos) tuvo un crecimiento importante en el periodo, sin embargo, sorprende su reducido tamaño en relación con el consumo intermedio. La subcontratación de procesos industriales pasó de 1.90% en 2004 a 2.31% en 2017, mientras que la subcontratación de servicios no industriales aumentó en el periodo y a 2017 se ubicó en 0.82% del consumo intermedio.

La información a nivel de individuo se caracteriza por tener una mayor propensión a presentar datos atípicos que los datos agregados, de ahí la necesidad de efectuar una limpieza de los datos. Las variables principales en este tipo de encuestas reciben un mayor cuidado que las demás, sin embargo, requieren de una revisión como la ilustrada en párrafos anteriores. Las variables analizadas en la investigación no hacen parte de ese grupo principal, por lo que se debe tener cuidado con estas.

Una revisión de cada uno de los establecimientos que componen el panel muestra que, por lo menos una vez en el periodo, el 69.9% contrataron trabajadores temporales por medio de agencias, el 76.2% tercerizaron procesos y el 75.8% subcontrataron servicios. Sin embargo, al revisar los establecimientos que registraron estas prácticas durante todo el periodo (14 años) se destaca que, para el caso de los trabajadores temporales por medio de agencias, el 21.4% de los establecimientos no interrumpió la contratación, entre tanto, el 11.0% y 4.3% de los establecimientos realizó durante todo el periodo subcontratación de procesos y de servicios respectivamente.

Se observa, también, que el comportamiento en la contratación de trabajadores temporales indirectos y la subcontratación de procesos y servicios es volátil en el tiempo para cada establecimiento. El 69.4% de los establecimientos que acudieron a las agencias de trabajadores temporales tuvieron por lo menos un periodo en el que no utilizaron estos servicios, mientras que los establecimientos que subcontrataron procesos (85.5%) y servicios (94.3%) dejaron de hacerlo por lo menos en un año. Dada la volatilidad que caracteriza el comportamiento de las variables dentro de cada establecimiento, se decide utilizar en los modelos variables *dummy*, que tomen el valor de 1 cuando se presentan las relaciones triangulares y 0 cuando no se presentan. Esta decisión es especialmente conveniente en el caso de la contratación de trabajadores temporales indirectos por los potenciales problemas de endogeneidad que podría tener con la variable de empleo.

Capítulo 5. Impacto sobre la productividad y competitividad de las empresas

5.1. Metodología

Aunque existe abundancia en las técnicas para medir la productividad de las empresas y sus determinantes, la metodología seleccionada para este trabajo es el Análisis de Fronteras Estocásticas (SFA por sus siglas en inglés), ya que cuenta con importantes ventajas sobre sus competencias más cercanas. Frente a las metodologías basadas en los modelos clásicos de crecimiento (Solow, 1957) que buscan medir la Productividad Total de los Factores (TFP por sus siglas en inglés), tiene la ventaja de poder reconocer algunas fuentes de crecimiento que no son observables en el TFP (Kumbhakar et ál., 2017), además de tratar con los potenciales problemas de endogeneidad. Respecto a metodologías que utilizan el Análisis Envolvente de Datos (DEA por sus siglas en inglés), la razón fundamental es que esta última es una técnica no-paramétrica, lo que significa que no se utiliza una especificación a priori de la función de producción y por lo tanto se restringe el análisis a partir de la teoría, además de ser sensible a observaciones extremas (Scippacercola and D’Ambra, 2013).

El objetivo de la metodología SFA es encontrar un punto de referencia estándar que le permita comparar los individuos. Para tal efecto, busca estimar un indicador sintético denominado como eficiencia o ineficiencia técnica para cada unidad productiva, determinada por la distancia entre la frontera estimada de mejores prácticas y la producción observada. La (in)eficiencia técnica, en esta perspectiva, es la variación en productividad entre productores maximizadores de producción homogéneos. SFA es un modelo de frontera paramétrico con un término de error especificado por dos componentes. Este método fue desarrollado en simultaneo por Aigner, Lovell y Schimdt (1997) y Meesun y van den Broeck (1977). Utilizar SFA requiere asumir una especificación a priori de la relación entre los inputs y los outputs, y un conjunto de suposiciones que varían en intensidad dependiendo del modelo.

Teniendo en cuenta la utilización de una base de datos de panel y la posibilidad de modelar la heterocedasticidad, la especificación seleccionada para el modelo es la de Máxima Verosimilitud (ML) con efectos aleatorios y efectos de ineficiencia variantes en el tiempo, modelo propuesto por Battese y Coelli (1992), y su posterior extensión Battese y Coelli (1995). Este modelo extiende el modelo de

Pitt y Lee (1981), quienes fueron los primeros en aplicar esta técnica en paneles de datos longitudinales.

Se parte de un modelo SFA básico para un panel de datos, en el que se asume que los efectos de la ineficiencia técnica son función de características de la firma y del tiempo:

$$Y_{it} = f(X_{it}; \beta) + \varepsilon_{it}, \quad i = 1, \dots, N, t = 1, \dots, T$$

$$\text{Donde, } \varepsilon_{it} = v_{it} + u_{it}$$

y_{it} se define como el output de la firma i en el periodo t , x_{it} es un vector que contiene las variables input, β es un vector de coeficientes, ε_{it} es el término de error, compuesto por un término estocástico (v_{it}) que describe el shock exógeno que afecta la frontera de producción para cada individuo y un término (u_{it}) que representa la ineficiencia del individuo.

La especificación empleada en este trabajo parte de una función de producción Cobb-Douglas expresada en logaritmos (las variables en minúsculas se encuentran en logaritmos para mejor entendimiento) de la siguiente forma:

$$\ln a_{it} = \alpha + b_1 \ln l_{it} + b_2 \ln k_{it} + \sum_{s=0}^q \delta_s \ln \text{sector}_{its} + v_{it} - u_{it}$$

Se asume que los efectos de la eficiencia técnica están definidos por:

$$u_{it} = b_1 DUMltemp_{it} + b_2 DUMltempd_{it} + b_3 DUMsubp_{it} + b_4 DUMsubs_{it} + b_5 DUMexpo_{it} + b_6 DUMmediana_{it} + b_7 DUMgrande_{it} + w_{it}$$

Donde $\ln a_{it}$ es el valor agregado, $\ln l_{it}$ es el personal ocupado, $\ln k_{it}$ es el stock del capital y $\ln \text{sector}_s$ son *dummies* que dividen los sectores en media-baja, media-alta y alta tecnología²⁸. La eficiencia técnica (u_{it}) está en función de: una *dummy* que toma el valor de 1 cuando la empresa contrata personal temporal indirecto ($DUMltemp_{it}$), una *dummy* que toma el valor de 1 cuando la empresa contrata personal temporal directo ($DUMltempd_{it}$), una *dummy* que toma el valor de 1 cuando la empresa

28 Comparan los efectos con sectores de baja tecnología

subcontrata procesos industriales ($DUM_{subp_{it}}$), una *dummy* que toma el valor de 1 cuando la empresa subcontrata servicios no industriales ($DUM_{subs_{it}}$), una *dummy* ($DUM_{expo_{it}}$) que toma el valor de 1 si la empresa exporta y *dummies* que indican el tamaño del establecimiento ($DUM_{mediana_{it}}$, $DUM_{grande_{it}}$).

A través de la prueba de Pesaran (2004) se concluye la no independencia *cross section* de los datos, por lo que se realizan pruebas de estacionariedad a partir de Levin, Lin y Chu (2002), que controlan por dependencia *cross section*. Las pruebas muestran la presencia de procesos estacionarios en el valor agregado, empleo y capital. El modelo se estima con errores estándares robustos que corrigen por heterocedasticidad (Ver anexo 1).

5.2. Resultados

Los resultados de la estimación se dividen en dos grupos, en el segmento superior se encuentra la función de producción y en el segmento inferior se encuentra la estimación de la ineficiencia técnica. Los signos y resultados del cuadro superior se pueden interpretar de la forma convencional, a modo de elasticidades en las variables que se encuentran en logaritmos, mientras que los resultados del modelo de ineficiencia se interpretan a partir del signo del coeficiente, siendo el signo negativo un resultado positivo para la función de producción.

Las elasticidades de los factores empleo y capital tienen los coeficientes y magnitudes esperadas, 0.698 para el primero y 0.359 para el segundo. Los coeficientes de las variables que representan los años son significativos y el año excluido es el 2004. Los coeficientes de las variables que representan el comportamiento sectorial y hacen referencia a sectores de alta (0.373) y media-alta tecnología (-0.0916) son significativos, sin embargo, el signo del sector de media-alta tecnología es contrario a lo esperado, teniendo en cuenta que el sector de referencia es el de baja tecnología (Tabla 3).

Del segundo segmento se observa un efecto positivo de las variables que miden la triangulación sobre la eficiencia de las firmas. Específicamente, **se encuentra que los establecimientos que tienen personal ocupado temporal directo e indirecto, y realizan subcontratación de procesos y servicios, alcanzan un mayor nivel de eficiencia que aquellos que no lo tienen**. El signo positivo en la función Z implica un efecto negativo en la función de producción. En cuanto a la estimación de

la relación de las demás variables con la eficiencia técnica se encuentra que las firmas son más eficientes en la medida que exportan y aumentan su tamaño (continuación Tabla 3).

Estos resultados difieren de los encontrados en el trabajo de Parra (2012), que utiliza la misma metodología y base de datos, pero con variaciones en las variables y en diferentes periodos. Parra (2012) estima un coeficiente de 0,0011 para la proporción de trabajo temporal, mientras que en este estudio los coeficientes de los indicadores de empleo temporal directo e indirecto son negativos, -0.508 y -0.536 sobre la (in)eficiencia respectivamente (continuación Tabla 3).

Tabla 3. Análisis de Frontera Estocástica

Variable dependiente: Valor agregado		
Función de producción	Coef.	Error estándar
Empleo	0.698***	(0.0212)
Capital	0.359***	(0.0115)
Indicador - Año 2005	-0.251***	(0.0271)
Indicador - Año 2006	-0.208***	(0.0269)
Indicador - Año 2007	-0.0800***	(0.0267)
Indicador - Año 2008	-0.147***	(0.0277)
Indicador - Año 2009	-0.125***	(0.0270)
Indicador - Año 2010	-0.137***	(0.0259)
Indicador - Año 2011	-0.108***	(0.0251)
Indicador - Año 2012	-0.0977***	(0.0246)
Indicador - Año 2013	-0.0811***	(0.0265)
Indicador - Año 2014	-0.105***	(0.0262)
Indicador - Año 2015	-0.142***	(0.0269)
Indicador - Año 2016	-0.103***	(0.0286)
Indicador - Año 2017	-0.126***	(0.0284)
Indicador - Sector Alta Tecnología	0.373***	(0.0396)
Indicador - Sector Media Alta Tecnología	-0.00579	(0.0337)
Indicador - Sector Media Baja Tecnología	-0.0916***	(0.0234)
Constante	7.452***	(0.108)

*** Variables significativas al 99%

Fuente: cálculos propios con base en la EAM, DANE

La interpretación de los coeficientes del modelo de ineficiencia técnica no es directa como en el caso de la función de producción, por lo que se procede a calcular la eficiencia con el estimador $E\{\exp(-\mu|\varepsilon)\}$ de Battese y Coelli (1988). El promedio simple de la eficiencia de todos los

establecimientos es de 0.641²⁹ para todo el periodo. Esta eficiencia técnica indica que las industrias podrían haber producido, en promedio, el mismo nivel de valor agregado utilizando solo el 64.1% de los factores productivos que usaron. Su evolución en el tiempo marca el punto más bajo en 2004 ubicándose en 0.55, alcanza un pico de 0.685 en el año 2005 y posteriormente presenta una reducción sostenida hasta llegar a un nivel de 0.610 en 2017.

Continuación Tabla 3. Análisis de Frontera Estocástica

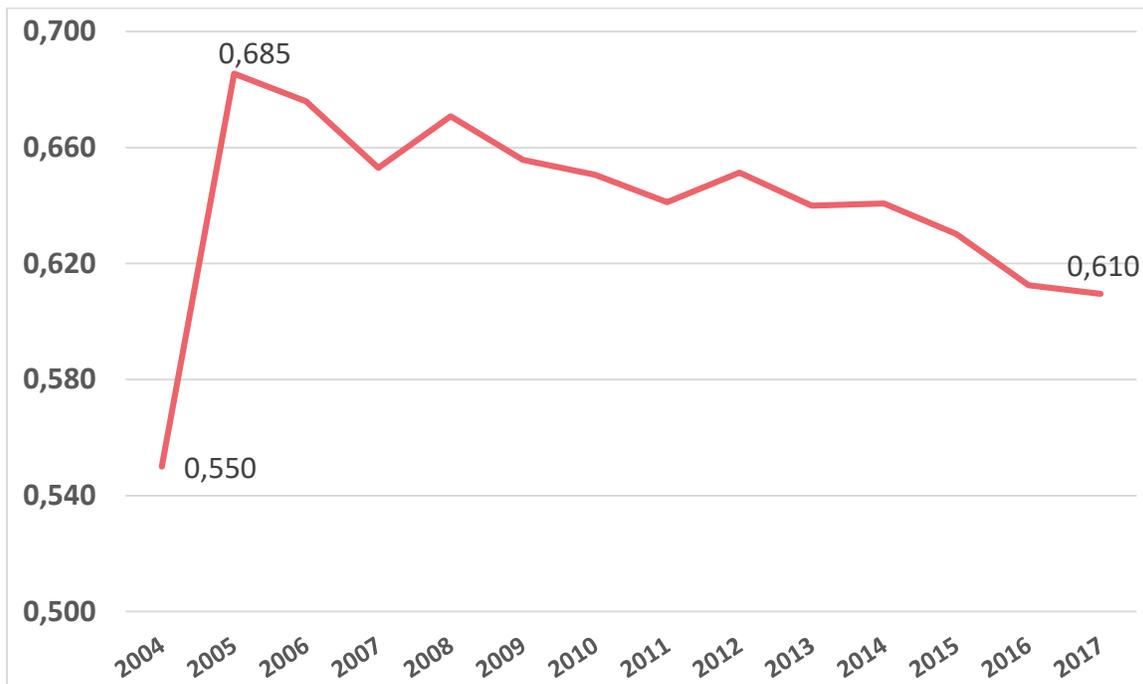
Modelo de ineficiencia técnica (Z)	Coef.	Error estándar
Indicador empleo temporal indirecto	-0.508**	(0.243)
Indicador empleo temporal directo	-0.536***	(0.199)
Indicador subcontratación procesos	-0.586***	(0.199)
Indicador subcontratación servicios	-1.730***	(0.283)
Indicador Grande	-1.619**	(0.741)
Indicador Pequeña	-0.799***	(0.267)
Indicador Exportadora	-2.283***	(0.365)
Indicador - Año 2005	-3.511***	(0.519)
Indicador - Año 2006	-3.265***	(0.500)
Indicador - Año 2007	-2.479***	(0.416)
Indicador - Año 2008	-2.978***	(0.472)
Indicador - Año 2009	-2.532***	(0.414)
Indicador - Año 2010	-2.411***	(0.378)
Indicador - Año 2011	-2.183***	(0.338)
Indicador - Año 2012	-2.423***	(0.342)
Indicador - Año 2013	-2.102***	(0.350)
Indicador - Año 2014	-2.145***	(0.346)
Indicador - Año 2015	-1.902***	(0.320)
Indicador - Año 2016	-1.402***	(0.302)
Indicador - Año 2017	-1.319***	(0.300)
Parámetros de la varianza		
Usigma - constante	1.095***	(0.104)
Vsigma - constante	-0.933***	(0.0384)
sigma_u	1.728***	(0.0897)
sigma_v	0.627***	(0.0120)
lambda	2.756***	(0.0934)

*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1, errores estándar robustos, número de observaciones 45.528, número de paneles 3,252, Prob > chi2 = 0.0000, Log pseudolikelihood = -5.483e+04, Wald chi2(12)= 14371.32.

Fuente: cálculos propios con base en la EAM, DANE

²⁹ El cálculo de la eficiencia promedio se realizó mediante un promedio simple, lo que el valor de eficiencia presentado por empresas grandes y pequeñas contribuyen de igual forma al promedio del total de la muestra y a los sectores y departamentos a los que pertenecen.

Gráfico 30. Eficiencia técnica estimada promedio



Fuente: Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EAM, DANE.

La eficiencia promedio estimada, en los casos en los que se realiza la contratación de trabajadores temporales indirectos, es de 0.721, en tanto que el promedio para los casos en los que se contrata personal temporal directo es de 0.66. La subcontratación de procesos industriales y de servicios incrementan la eficiencia promedio hasta 0.702 y 0.732, respectivamente. A nivel sectorial, se observa que las divisiones de químicos (0.669) y papel, edición e impresión (0.667) tienen los niveles de eficiencia más altos, mientras que los sectores de textiles y confecciones (0.613) y metalurgia (0.622) tienen los niveles más bajos (Ver Anexo 3).

El cálculo de la eficiencia a nivel departamental se encuentra viciado por el tamaño de la muestra en los departamentos más pequeños. El departamento que tiene una eficiencia más alta es el de Casanare, sin embargo, al revisar las empresas que hacen parte del cálculo se observa que, en este caso, solo se tienen 2 establecimientos que, en promedio, registraron niveles de producción de 50 mil millones de pesos en 2017. Excluyendo del análisis los departamentos más pequeños sobresalen los resultados de Cauca (0.698) y Bolívar (0.698) al ubicarse por encima departamentos con industrias

más robustas. En ambos casos podría inferirse que su desempeño es la consecuencia de industrias que se concentran en pocas empresas, de gran tamaño y con vocación exportadora (Ver Anexo 4).

Con el fin de mostrar de una forma clara y ejemplificada lo que representa esta eficiencia técnica en las firmas, en la siguiente tabla se muestra un caso hipotético de dos establecimientos promedio, con características relativamente iguales, pero con uno que realiza contratación de trabajadores temporales indirectos, y otro que no. Con una eficiencia de 0.66, el establecimiento que acude a la intermediación laboral debe utilizar \$21.815 millones en empleo y capital para generar \$15.600 millones de valor agregado. En el mismo caso hipotético, el establecimiento que contrata trabajadores temporales indirectos puede producir los mismos \$15.600 millones de valor agregado con \$19.969, es decir, un 8,5% menos de consumo de factores productivos para generar el mismo valor.

Tabla 4. Caso hipotético para 2 establecimientos promedio

	Establecimiento1: NO contrata personal temporal indirecto	Establecimiento 2: contrata personal temporal indirecto
<i>Eficiencia técnica</i>	0.660	0.721
<i>Producción</i>	\$37,400 millones	\$37,400 millones
<i>Valor agregado</i>	\$15,600 millones	\$15,600 millones
<i>Consumo intermedio (trabajo y capital)</i>	\$21,815 millones	\$19,969 millones
<i>Diferencia</i>	8,5% menos de consumo intermedio	

Fuente: cálculos propios con base en la EAM, DANE

Capítulo 6. Impacto en el mercado laboral colombiano

6.1. Metodología

Con el objetivo de estimar el efecto de los esquemas de triangulación sobre el mercado de trabajo, se construye un modelo de demanda de trabajo condicionada y aumentada, partiendo de los propuestos por Nickell (1987) y Hamermesh (1993). La demanda de trabajo, en estos modelos, se encuentra determinada por su dinámica, la de los salarios, el producto y el precio del factor capital, que en este caso se reemplaza por su stock y se asume como un factor cuasi-fijo. La variación en la especificación propuesta en este artículo es la incorporación de un conjunto de variables que representan las decisiones de utilización de esquemas de intermediación laboral y tercerización en su proceso productivo. Se adiciona una variable que hace alusión a la contratación de personal temporal indirecto (*DUMltemp*i**), una variable que representa la contratación de personal temporal directo (*DUMltemp*d**), una variable que indica la subcontratación de procesos industriales (*DUMsubp*) y una variable que mide la subcontratación de servicios (*DUMsubs*). La estimación se encuentra determinada por la siguiente especificación:

$$l_{it} = \alpha_0 + \rho_1 l_{it-1} + \sum_{s=0}^q \delta_s w_{it-s} + \sum_{s=0}^q \beta_s y_{it-s} + \sum_{s=0}^q \gamma_s k_{it-s} + u_{it} + \\ DUMltemp_{it-s} + DUMltempd_{it-s} + DUMsubp_{it-s} + DUMsubs_{it-s}$$

Donde l_{it} es el empleo del sector i en el periodo t , w_{it-s} es el salario, y_{it-s} es el producto, k_{it-s} es el nivel de capital, $DUMltemp_{it-s}$ toma el valor de 1 cuando el establecimiento contrata empleo temporal indirecto, $DUMltempd_{it-s}$ toma el valor de 1 cuando la empresa contrata personal temporal directo, $DUMsubp_{it}$ toma el valor 1 bajo la presencia de subcontratación de procesos industriales y $DUMsubs_{it}$ es el indicador de subcontratación de servicios no industriales. Salvo las variables asociadas a la triangulación laboral, que se ingresan al modelo como dummies, las demás variables fueron transformadas en logaritmos. El sufijo s indica la utilización de los rezagos de las variables en el modelo.

La dinámica presente en el modelo de demanda de trabajo plantea la necesidad de utilizar una metodología que permita realizar la estimación teniendo en cuenta el problema de endogeneidad. Una forma de solucionar este problema es por medio del estimador de variables instrumentales. En específico, en el estudio se utiliza el estimador propuesto por Blundell y Bond (1998) conocido en la literatura como el estimador GMM Sistémico (System Generalized Method of Moments), una extensión del estimador GMM que usa como instrumentos la variable endógena en diferencias, los niveles rezagados de la misma variable y las diferencias rezagadas de las variables consideradas endógenas en las ecuaciones en niveles. De esta forma, las condiciones de exogeneidad estarían dadas por las ecuaciones:

$$E[l_{it-k}, \Delta u_{it}] = 0$$

Para todo $t = 3, 4, \dots, T$ y $k \geq 2$

$$E[\Delta l_{it-k}, u_{it}] = 0$$

Para todo $t = 4, \dots, T$, y,

$$E[\Delta l_{i2}, u_{i3}] = 0$$

En línea con los trabajos de Arellano y Bond (1991), Blundell y Bond (1998) y Roodman (2009), se utiliza el estimador de dos-etapas con matriz de covarianzas estándar, robusta a autocorrelación específica del panel y heterocedasticidad. También se utiliza la corrección de Windmeijer (2005) implementada en el estimador de dos-etapas para solventar el problema de subestimación de errores estándar que se presenta por la utilización del GMM Sistémico³⁰.

Para la validación de la estimación se realizan los contrastes de hipótesis de Sargan y Hansen de restricciones sobreidentificadas y el test de Arellano-Bond que mide la correlación serial del término de error.

6.2. Resultados

El reporte de resultados recoge las estimaciones de la especificación propuesta utilizando las metodologías de Mínimos Cuadrados Ordinarios (OLS por sus siglas en inglés), Efectos Fijos (FE por sus siglas en inglés) y Método Generalizado de Momentos Sistémico (System GMM). Las estimaciones

³⁰ Las estimaciones se realizan a partir de la rutina Xtabond2 para Stata desarrollada por Roodman (2006) para el modelo GMM Sistémico en dos-etapas.

con OLS y FE son inconsistentes, pero recogen el signo del coeficiente y sirven como punto de referencia para comparar la estimación GMM Sistémica. El coeficiente estimado de la dinámica del empleo en la metodología GMM Sistémica debería ubicarse en el intervalo marcado por el de FE y el de OLS.

En la siguiente tabla se reporta la estimación de los resultados y los test de validación. Las elasticidades de corto plazo arrojan los signos esperados en el caso de la dinámica del empleo (0.554)³¹, el salario (-0.511), el capital (-0.0925) y el producto (0.427). El crecimiento en los salarios tiene un efecto negativo sobre la demanda de trabajo, el capital es un factor sustituto y el crecimiento en la producción estimula la demanda de trabajo. Estos resultados se encuentran en línea con los obtenidos por Medina y otros (2012), quienes realizan la estimación del modelo de demanda de trabajo condicionada para Colombia con la EAM y encuentran una elasticidad de la dinámica del empleo de 0.71, esta comprende los dos primeros rezagos de la misma variable (ver tabla anterior).

Las pruebas de Arellano Bond en primeras diferencias indican la ausencia de correlación serial de segundo orden, condición necesaria para validar los instrumentos, en tanto que el test de Hansen indica que no existe sobreidentificación de instrumentos.

³¹ Las elasticidades de corto plazo se calculan como la sumatoria de los coeficientes en el periodo y los rezagos y la elasticidad de largo plazo se calcula como la sumatoria de los coeficientes de la variable dividida el resultado de restar 1 menos los coeficientes de los rezagos del empleo.

Tabla 5. Estimación de panel dinámico GMM Sistémico en dos etapas

Variables	GMM Sistémico		FE		OLS	
	Coef.	Error estándar	Coef.	Error estándar	Coef.	Error estándar
Variable dependiente: Empleo						
Empleo (t-1)	0.554***	-0,0747	0.443***	-0,00518	0.678***	-0,0048
Empleo (t-2)	0,0489	-0,0509	0.0483***	-0,00518	0.235***	-0,00481
Salario	-0.245***	-0,0927	-0.304***	-0,00734	-0.304***	-0,00703
Salario (t-1)	0.434***	-0,145	0.119***	-0,00786	0.191***	-0,00802
Salario (t-2)	-0.700***	-0,23	-0,00733	-0,00749	0.0618***	-0,00715
Capital	0.0735***	-0,0197	0.102***	-0,00603	0.105***	-0,00573
Capital (t-1)	-1.194***	-0,283	-0.0748***	-0,00769	-0.103***	-0,0082
Capital (t-2)	1.028***	-0,252	0.0124**	-0,00559	0,0032	-0,00548
Producto	0.507***	-0,0156	0.485***	-0,00314	0.491***	-0,003
Producto (t-1)	-0.185***	-0,0442	-0.212***	-0,00426	-0.333***	-0,00425
Producto (t-2)	0.105**	-0,0528	-0,000137	-0,00411	-0.111***	-0,00387
Indicador empleo temporal indirecto	0.113***	-0,0161	0.104***	-0,00486	0.0504***	-0,00333
Indicador empleo temporal directo	0.0607***	-0,0135	0.0377***	-0,0042	0.0181***	-0,0029

*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1, errores estándar robustos, número de observaciones 39,018, número de paneles 3,252.

La estimación incluye variables dummy de tiempo que no se muestran en el cuadro.

Prob > F = 0.000

Arellano Bond test AR (1) en primeras diferencias z = -6.15 Pr > z = 0

Arellano Bond test AR (2) en primeras diferencias z = -0.07 Pr > z = 0.945

Test de Hansen Chi2(44) = 54.73 Prob > Chi2 = 0.129

Test de Sargan Chi2(44) = 91.1 Prob > Chi2 = 0

Fuente: Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EAM, DANE.

Respecto a las variables de triangulación, se observa que el indicador de empleo temporal indirecto tiene un efecto positivo (0.113) y estadísticamente significativo respecto a la demanda de trabajo en el corto plazo, el indicador de empleo temporal directo tiene un efecto positivo (0.0607) y también significativo, mientras los indicadores de subcontratación de procesos industriales y subcontratación de servicios no industriales no son significativos (Ver anexo 5).

Conclusiones

Esta investigación se orientó al análisis del efecto que tiene, sobre la productividad empresarial y el mercado de trabajo, la intermediación laboral y la tercerización de procesos y servicios. Se aprovecha, para tal fin, la información a nivel de firmas en el sector manufacturero, en el que se dispone de datos de contratación a través de agencias temporales e información de subcontratación de procesos industriales y servicios no industriales.

Previo al análisis empírico, se delimitó un marco teórico, de carácter jurídico y microeconómico, explicativo de la forma cómo el derecho entiende los procesos de tercerización e intermediación, así como de las razones por las cuales las empresas toman la decisión de emplear estas alternativas. Desde el punto de vista jurídico, se pudo constatar que, aunque durante los años 2010 a 2017 se presentó un fuerte debate sobre los contornos de validez que permiten diferenciar la intermediación laboral de la tercerización, a partir de 2018 las posiciones jurídicas se decantaron hacia la superación de los malentendidos. Como resultado de este campo en el que se sustentaron distintas posiciones discursivas, hoy es claro que:

- I. La intermediación laboral es perfectamente diferenciable de los procesos de tercerización, pues mientras que la primera consiste en el suministro de servicios laborales por parte de las EST, la segunda figura está vinculada a los encadenamientos productivos de los que se derivan, como resultado, bienes o servicios que una empresa contrata a un proveedor.
- II. La tercerización de procesos es lícita en Colombia, sean estos o no parte de las AMP de una compañía.
- III. Los procesos administrativos sancionatorios que adelanta el Ministerio de Trabajo deben enfocarse en la persecución de la intermediación laboral ilegal.
- IV. Los trabajadores cuentan con múltiples remedios, judiciales y administrativos, que les permiten la garantía de sus derechos.
- V. Adicionalmente, en lo que concierne al concepto de AMP, es posible concluir que el marco regulatorio no puede, en términos de validez, eficacia y legitimidad, trazar límites rígidos que obstaculicen el desarrollo económico.

En esta misma vía, siguiendo las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2014) sobre la política regulatoria colombiana, se recomienda a todos los actores involucrados en la confección de normas de carácter general en el ámbito laboral, implementar la metodología del Análisis de Impacto Regulatorio (AIR), en especial sobre aquellas disposiciones con fuerza normativa que, prima facie, puedan obstaculizar el avance de la economía y el desarrollo social. En tal sentido, más que rígidas definiciones concebidas, ex ante; sería aconsejable adoptar estándares normativos abiertos y objetivos que faciliten su evaluación ex post. Esta evaluación, que no solo compete al Legislativo y al Ejecutivo, sino, también, al poder judicial cuyas decisiones constituyen precedente, debería enfocarse en analizar los beneficios de las propuestas regulatorias, de suerte que se garantice que estos superen los costos sociales y económicos estimados. Por ejemplo, una concepción rígida de las AMP de las compañías, además de desconocer la realidad microeconómica de las empresas a nivel mundial, daría un saldo negativo si se tienen en cuenta los efectos positivos que generan, sobre la productividad y el mercado de trabajo, los esquemas de tercerización e intermediación.

Por otra parte, de la exploración de las fuentes de información empírica, se infiere que los diferentes esquemas de triangulación han tenido comportamientos independientes en los últimos años. Por un lado, la intermediación laboral ha venido cediendo su lugar a otras formas de empleo, lo que se refleja en la pérdida de participación en la proporción de personas con contrato que trabajaron en empresas diferentes a las que contrataron sus servicios. Entre 2008 y 2018 la proporción pasó de 12.4% a 11.0% respectivamente. Esta tendencia también se observó en el sector industrial, en el que se sustituyeron los contratos con agencias de empleo temporal por contratación directa temporal; los primeros, tuvieron una reducción en su proporción, al pasar de representar el 22.9% del personal ocupado en 2004 a representar el 15.5% en el año 2017³². La tercerización de procesos y servicios, en cambio, se ha venido consolidando como una estrategia de competitividad en la industria manufacturera, aunque aún parece tener un amplio margen de crecimiento. La subcontratación de procesos industriales se incrementó entre 2004 y 2017, pasando de representar el 1.9% al 2.31% del consumo intermedio (excluyendo el consumo de energéticos), mientras que la subcontratación de servicios no industriales pasó de representar el 0.52% a 0.82% en el mismo período.

³² Las proporciones referenciadas corresponden a los cálculos sobre el panel de datos utilizado en el modelo.

La revisión de la literatura apunta hacia resultados positivos de los procesos de tercerización sobre la productividad y eficiencia de los sectores y de las empresas. A nivel macroeconómico, las evidencias no son concluyentes, dependiendo de las metodologías implementadas y las variables utilizadas la tercerización puede tener efectos negativos o positivos sobre el empleo de diferentes grupos de personas. La intermediación laboral cuenta con un amplio inventario de estudios que miden las diferencias salariales y de calidad en el empleo que se presentan en el mercado laboral por la presencia de diferentes formas de empleo, lo que contrasta con el escaso estudio de su incidencia sobre el nivel de empleo y la productividad de las empresas.

El marco en el que se desarrolla el análisis se sustenta, desde la teoría de la firma y algunos elementos de los modelos de equilibrio neoclásico, partiendo de una función de producción en la que tanto los empleadores como los trabajadores buscan maximizar sus funciones de beneficio y utilidad y en la que se posibilitan las decisiones de tercerización o intermediación laboral. Para evaluar el impacto de los esquemas de triangulación sobre la productividad, se desarrolló la metodología de Análisis de Fronteras de Producción Estocásticas, en la que la medida de productividad (eficiencia) se encuentra determinada por los factores de producción y factores exógenos dentro de los que se incluyen las variables de interés. Por su parte, la aproximación a la medición de los efectos de la triangulación sobre el mercado de trabajo se realizó a partir de un modelo de demanda de trabajo condicionada y aumentada con la incorporación de la intermediación laboral y la tercerización como variables explicativas.

Los resultados indican que, tanto la intermediación laboral como la tercerización, tienen efectos positivos sobre la eficiencia de las firmas. En promedio, la eficiencia estimada de los establecimientos industriales que realizaron contratación de trabajadores temporales indirectos fue de 0.721, frente a 0.614 de los establecimientos que no utilizaron estas formas de contratación. Las firmas que subcontrataron procesos industriales tuvieron una eficiencia promedio mayor (0.702) que aquellas que no lo hicieron (0.591), de igual forma que pasa con las empresas que subcontrataron servicios, que alcanzaron una eficiencia promedio de 0.732, cifra que se compara con 0.635.

Desde la perspectiva de la generación de empleo, se encontró que los establecimientos industriales que utilizaron formas de contratación más flexibles, como la intermediación laboral, demandaron una mayor cantidad de trabajo en el sector. La subcontratación de procesos y servicios, en cambio, no

tuvo un efecto significativo sobre el empleo, lo que implicó descartarla del modelo. Los establecimientos que contrataron trabajadores temporales por medio de agencias tuvieron una demanda de trabajo 11.3% mayor que aquellos que no lo hicieron, mientras que las empresas que contrataron trabajadores temporales de forma directa tuvieron una demanda de trabajo 6.1% mayor que las empresas que no realizaron este tipo de contrataciones.

Los resultados arrojados por los modelos deben ser tomados con cautela, puesto que solo reflejan el comportamiento de un sector de la economía (industria manufacturera). El estudio de la subcontratación comenzó de la observación de la interacción entre el sector industrial y el de servicios, lo que indica que un análisis en este sentido debe tener presente esa interacción. La poca disponibilidad de información a nivel de firma limita este tipo de ejercicios, por lo que posteriores desarrollos deben incorporar información a nivel agregado como la que suministran las cuentas nacionales.

En suma, como ya había concluido la ANDI (2015), la inserción de Colombia en los mercados internacionales requiere de una apuesta por un mercado laboral competitivo, “con costos laborales competitivos en el contexto internacional, legislación laboral flexible, normatividad clara y estable, dialogo social fluido y transparente y un capital humano con toda la protección social y sujeto a una permanente capacitación” (ANDI, 2015).

Para finalizar, a manera de síntesis, veamos algunos “mitos”³³ y realidades que se ciernen sobre la tercerización y la intermediación laboral en Colombia.

³³ La expresión mito es equívoca y, en nuestro contexto, se le asigna un sentido desproporcionado. Contrario a lo que se cree, los mitos no son sinónimos de mentiras. Se trata, más bien, de ficciones construidas para dar cuenta del origen de algo o del devenir de la condición humana.



Mito

La tercerización y la intermediación laboral son figuras que surgen para desconocer los derechos de los trabajadores.

La tercerización y la intermediación laboral promueven la informalidad y afectan el mercado laboral.

La tercerización es ilegal en Colombia, más aún cuando recae sobre actividades misionales permanentes.

El concepto de actividad misional permanente se refiere al *core business*, giro ordinario u objeto social de una empresa.

El % de intermediación laboral en Colombia sobre el total de ocupados es de los más altos del mundo.

La tercerización y la intermediación laboral no representan ventajas competitivas para la economía del país.



Realidad

No, la tercerización y la intermediación responden a decisiones racionales de carácter microeconómico que favorecen la productividad de las empresas. Los trabajadores vinculados a través de EST o de empresas que proveen a otras un resultado final cuentan con todas las garantías laborales propias de un contrato de trabajo.

No, por el contrario, en contextos de alta informalidad, son mecanismos de flexibilización laboral que permiten la inserción de empleados informales en el sector formal. En todo caso, además de que promueven empleos en condiciones decentes, en los últimos años se evidencia un aumento en la contratación directa a término fijo e indefinido, en relación con el total de ocupados.

No, la tercerización es jurídicamente válida, sea que estemos hablando o no de actividades misionales permanentes de una compañía.

No, el concepto de actividad misional permanente no es equiparable a ninguna de estas categorías, corresponde a un concepto propio de la realidad productiva y nivel de especificidad de las actividades de cada compañía. Este concepto debe ser abandonado.

No, tanto en el campo de la intermediación laboral, como en el de la tercerización, Colombia tiene mucho que aprender de las experiencias internacionales y puede aumentar su margen de acción para mejorar la competitividad del país.

Por el contrario, como lo demuestra el modelo econométrico, las empresas que acudieron a procesos de tercerización o de intermediación laboral fueron más eficientes que aquellas que no lo hicieron.

Fuente: Elaboración propia

Recomendaciones

El presente trabajo fue creado con el objetivo principal de estimar el efecto de la tercerización y la intermediación laboral en el mercado de trabajo, así como en las dinámicas de productividad, eficiencia y competitividad de las empresas. En este se realiza una revisión de los referentes teóricos y empíricos, y se formaliza un ejercicio econométrico con resultados consistentes que se argumentan desde la utilización de metodologías robustas. Esta investigación es novedosa en la medida que aplica metodologías estadísticas a una temática que ha sido poco abordada en el país.

Las propuestas para nuevos estudios deben girar en torno a tres líneas: continuar despejando los malentendidos que generan incertidumbre jurídica, mejorar las limitaciones de información y avanzar en la formulación de nuevos estudios que permitan superar la escasez de conocimiento especializado que se presenta en esta materia.

Respecto al primer grupo, se considera que el marco regulatorio existente, si es interpretado adecuadamente, resulta suficiente tanto para fomentar la productividad empresarial como para mejorar los indicadores del mercado laboral. No obstante, debido a los problemas hermenéuticos que se pueden seguir presentando como consecuencia de un histórico de malentendidos y desinformación, resulta indispensable avanzar en una tarea pedagógica orientada a precisar el alcance conceptual, la validez, la eficacia y la legitimidad de los esquemas de tercerización e intermediación laboral. Las empresas y los trabajadores deben promover estrategias de capacitación en este sentido. Asimismo, se recomienda al Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Trabajo, precisar, a través de una directriz interna y un programa de capacitación, los lineamientos pedagógicos que permitan comprender, adecuadamente, estas figuras. En este sentido, la expedición de una circular interna y la reforma al Manual del Inspector de Trabajo podrían ser mecanismos útiles, así como la activación de una campaña educativa liderada por expertos independientes.

Respecto a las limitaciones de la información, se propone realizar un contraste de las mediciones de subcontratación en el país y lograr así homogenizar las definiciones y los datos.

Frente a la necesidad de superar la escasez de estudios, se expone la necesidad de seguir avanzando en la comprensión del tema a través de nuevos análisis que aprovechen otras fuentes de datos como

las que brindan las Cuentas Nacionales para investigar los efectos de las relaciones triangulares sobre otros sectores de la economía y utilizar nuevas metodologías para evaluar la robustez de los resultados obtenidos.

Este estudio es un primer paso motivado en esta dirección y, de los hallazgos, es posible recomendar:

- En primer lugar, el trabajo temporal contratado directamente por las empresas y el **contratado a través de agencias** tiene **efectos positivos sobre la productividad de las empresas y la demanda de trabajo**. La política de generación de empleo debe incorporar medidas que faciliten la utilización de este tipo de esquemas, que ayudan a estimular el crecimiento productivo y la generación de empleo.
- En segundo lugar, el trabajo temporal, contratado por medio de EST, contribuye a la dinamización del mercado laboral al proveer oportunidades a personas que difícilmente se engancharían a un empleo con otras características. Esta figura sirve de puente, especialmente a los desempleados, para ingresar al mercado laboral y, una vez se está adentro, es el camino hacia otras formas de empleo. Como política de formalización, el país debe apostar por el fomento y el fortalecimiento de las EST y la utilización de estas formas de empleo, aprovechando su capacidad de generación de empleos formales.

Siguiendo en la misma dirección, se deben **desarrollar políticas que mejoren las capacidades de “transición” que tienen los trabajos temporales indirectos**. La mejora de habilidades de los trabajadores que participan en este mercado debe ser una condición obligatoria para quienes sirven de intermediarios y para los trabajadores.

- En tercer lugar, es claro que el comportamiento cambiante y la innovación de los mercados supone un reto para un marco regulatorio que no tiene la misma velocidad de adaptación. Como parte de las políticas de flexibilidad laboral, la regulación debe procurar ser más simple. Teniendo en cuenta la validez de la tercerización y la claridad que se hace respecto a las actividades de intermediación laboral ilegales, en la normativa **no se debe hacer distinción entre actividades misionales o esenciales y otro tipo de actividades**. Hoy los modelos de producción son

descentralizados y abiertos al mundo, lo que se traduce en que las actividades pueden adquirir múltiples formas y las diferencias entre actividades pueden ser bastante difusas.

- En cuarto lugar, en relación con los datos de los que se dispone del mercado laboral, se debe tener en cuenta, para el siguiente cambio de **metodología de la GEIH**, la posibilidad de **detallar una variable relacionada con las relaciones triangulares**. Aunque es posible identificar la proporción de ocupados que trabajan en empresas diferentes a las que los contrataron, al dividirlo por tipo de empresa se observa que en el 50% de los casos no es posible identificarla. Ese 50% equivale aproximadamente a más de 667 mil personas en 2018, de las cuales se podría tener más información.
- En quinto lugar, las empresas que realizan subcontratación de procesos y servicios son más productivas que las empresas que no lo hacen, sin embargo, la magnitud de **la subcontratación es baja y crece de forma lenta**. Desde el sector público y privado se deben generar espacios que divulguen las mejores prácticas en esta dirección y les permita conocer los efectos que podrían generar en las empresas. En este sentido, aún **existe un campo de crecimiento importante para mejorar la productividad de las empresas por vía de la subcontratación de resultados (bienes o servicios)**. Ello, en consecuencia, podría mejorar las dinámicas de empleabilidad.
- En sexto lugar, los resultados a nivel sectorial señalan los departamentos de Cauca y Bolívar como los de mayor eficiencia en términos de productividad empresarial asociada a la subcontratación de procesos, sin contar los departamentos más pequeños. Aunque del estudio no se pueden realizar conclusiones acerca de las causas que explican las diferencias en la eficiencia departamental, es importante señalar que estos departamentos no representan el sector manufacturero más tradicional y que para ambos son importantes figuras como las **Zonas Francas**, en especial para el Cauca. En este sentido se deben **estimular políticas que atraigan inversión y que conviertan a Colombia en un país llamativo para las Cadenas Globales de Valor**.

Referencias

Bibliográficas

- Abraham, K. y Taylor, T. (1996). Firms' use of outside contractors: theory and evidence. *Journal of Labor Economics*, 14 pp. 394–424.
- Aigner D., Lovell K., Schimdt P. (1997). "Formulation and estimation of stochastic frontier production function models". *Journal of Econometrics*.
- Alexy, R. (1997). "Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Amiti M, Wey S. (2006). "Service offshoring and productivity: evidence from the United States". Nber Working Paper Series 11926.
- Amiti M, Wey S. (2006). "Does Service Offshoring Lead to Job Losses? Evidence from the United States".
- ANDI (2015). "Estrategia para una nueva industrialización". Editorial Nomos S.A.
- ANDI (2017). "Estrategia para una nueva industrialización II". Editorial Nomos S.A.
- ANDI (2019). "EOIC Encuesta de Opinión Industrial Conjunta Enero-Febrero 2019".
- ANIF (2015). "Costos no salariales en Colombia pos Ley 1607 de 2012". Estudio elaborado para ACOPI.
- Arenas, G. (2002). "La contratación de trabajadores a través de Empresas de Servicios Temporales". *Precedente*, 207-222.
- Aramburo, J. (2018). "Unidad de empresa y grupo empresarial". En *Varios, Derecho laboral, seguridad social y la empresa*, 3 (págs. 129-151). Medellín: Diké, EAFIT, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
- Arango L., Florez L. (2016). "Determinants of structural unemployment in Colombia. A search approach". *Borradores de Economía* No. 969.
- Arellano M., Bond S. (1991). "Some Tests of Specification for Panel Data: Monte Carlo Evidence and an Application to Employment Equations" *Review of Economic Studies*.
- Arnold, U. (2000). New dimensions of outsourcing: a combination of transaction cost economics and the core competencies concept. *European journal of purchasing & supply management*, 6(1), 23-29.

- Arrieta, E., Vélez, M., Sepúlveda, C., Arango, D., Fernández, C., & Tobón, J. (2019). "Manual sobre relaciones laborales colectivas: 1. Diálogo social y negociación convencional". Medellín: Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI).
- Arrow K. (1959). "Toward a Theory of Price Adjustment"
- Baccaro L., Rei D. (2005). "Institutional determinants of unemployment in OECD countries: A time series cross-section analysis (1960-98)". Discussion paper 160, International Institute for Labour Studies, Geneva.
- Baker D., Andrew G., Howell D., Schmitt J. (2005). "Labor market institutions and unemployment: Assessment of the cross-country evidence". En David Howell (ed.). "Fighting Unemployment: The Limits of Free Market Orthodoxy". Oxford University Press, New York.
- Banco Mundial (2018). "Doing Business 2018 Reforming to Create Jobs".
- Battese G., Coelli T. (1988). "Prediction of firm-level technical efficiencies with a generalized frontier production function and panel data. Journal of Econometrics".
- Battese G., Coelli T. (1992). "Frontier production functions, technical efficiency and panel data: With application to paddy farmers in India". Journal of Productivity Analysis
- Battese G., Coelli T. (1995). "A model for technical inefficiency effects in a stochastic frontier production function for panel data". Empirical Economics 20: 325-332.
- Berger, R., & Kalthoff, O. (1995). Kernkompetenzen-Schlüssel zum Unternehmenserfolg. Unternehmenspolitik und Unternehmensstrategie, Stuttgart, 159-174.
- Bermúdez, K. (Agosto de 2005). "Outsourcing y derecho laboral". Obtenido de Discurso laboral: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/DiscursoLab2.pdf>
- Bhattacharya, A. K., & Gibbons, A. M. (1996). Strategy formulation: Focusing on core competencies and processes. Business Change and Re-engineering, 3(1), 47-55.
- Blanchard O., Jaumotte F., Loungani P. (2014). "Labor market policies and IMF advice in advanced economies during the Great Recession". IZA Journal Labor Policy 3: 2.
- Blundell R., Bond S. (1998). "Initial Conditions and Moment Restrictions in Dynamic Panel Data Models" Journal of Econometrics.
- Cárdenas M., Mercer-Blackman V. (2006). "Análisis del sistema tributario colombiano y su impacto sobre la competitividad". Nueva Serie Cuadernos de Fedesarrollo, No. 19.
- Coase, R. (1937), "The Nature of the Firm", Econometrica, Vol. 4.
- Confederación de Cooperativas de Colombia. Confecoop. (Septiembre, 2018). Situación y desempeño del cooperativismo de trabajo asociado 2017. Disponible en:

- https://www.confecoopantioquia.coop/CkEditor//UserFiles/File/articulos/2018/nov/informe_cooperativismo-trabajo_asociado_2017.pdf
- Consejo Consultivo Laboral Andino. (2007). "Cuadernos de integración andina, 20. La subcontratación laboral: análisis y perspectivas". Lima: CCLA.
- Deloitte Consulting (2016). "Global Outsourcing Survey 2016".
- Duque-Ceballos, J., González-Campo, C., & García-Solarte, M. (2014). "Outsourcing y Business Process Outsourcing desde la Teoría Económica de la Agencia". *Entramado*, 12-29.
- Eamets R., Pass T. (2006). "Labour market flexibility and flexicurity". In book: *Labor Market Flexibility, Flexicurity and Employment: Lessons of the Baltic States*, Chapter: 3, Publisher: Nova Science.
- Ermida, O., & Colotuzzo, N. D. (2009). "Descentralización, tercerización, subcontratación". Lima: Oficina Internacional del Trabajo.
- Freenstra, R., Hanson, G. (1996). "Globalization, outsourcing, and wage inequality. Natinal Bureau of Economic Research"
- Fritsch, M., Stephan, A. (2006). *What Determines the Technical Efficiency of a Firm? The Importance of Industry, Location, and Size*.
- Geishecker I., Görg H. (2004). "International outsourcing and wages: Winners and losers".
- Gereffi G., Taglioni D., MiroudotJoining S. (2013). "Upgrading and Being Competitive in Global Value Chains: A Strategic Framework".
- Guastini, R. (2011). "Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho". Barcelona: Gedisa.
- Hafeez, K., Zhang, Y., & Malak, N. (2002). Core competence for sustainable competitive advantage: a structured methodology for identifying core competence. *IEEE transactions on engineering management*, 49(1), 28-35.
- Hamel, G., & Prahalad, C. K. (1990). The core competence of the corporation. *Harvard business review*, 68(3), 79-91.
- Hamermesh, D. (1993) "Labor Demand". Princeton University Press, Lexington.
- Heshmati A. (2003). "Productivity Growth, Efficiency and Outsourcing in Manufacturing and Service Industries." *J Economic Survey*.
- Im K., Pesaran M., Shin Y. (2003). "Testing for unit roots in heterogeneous panels", *Journal of Econometrics*"
- Insinga, R. C., & Werle, M. J. (2000). Linking outsourcing to business strategy. *Academy of Management Perspectives*, 14(4), 58-70.

- International Labour Office. (October de 2018). Room Document: 9. Multi-party work relationships; concepts, definitions and statistics. 20th International Conference of Labour Statisticians Geneva, 10-19 October 2018. Obtenido de International Labour Organization: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/meetingdocument/wcms_636045.pdf
- Intetics Corporate Blog. (2017). Strategic, Core and Non-Core Activities: What to outsource for best results? | Intetics. Recuperado de <https://intetics.com/blog/strategic-core-and-non-core-activities-what-to-outsource-for-best-results-2>
- Jaramillo, I. (2011). "Del Derecho laboral al Derecho del trabajo". Bogotá: Universidad del Rosario.
- Kumbhakar S., Parmeter C., Zelenyuk V. (2017). "Stochastic frontier analysis: foundations and advances"
- Krüger, W., & Homp, C. (1997). Kernkompetenz-Management: Steigerung von Flexibilität und Schlagkraft im Wettbewerb. Springer-Verlag.
- Levin A., Lin C., Chu. C. (2002). "Unit root tests in panel data: Asymptotic and finite-sample properties". Journal of Econometrics 108.
- López, A. (2013). "Outsourcing and firm productivity: a production function approach. Empirical Economics". Volumen 47.
- Lutz, J. (2009). Outsourcing Core Competencies [In person].
- Márquez G., Pagés C. (1998). "Ties that bind: Employment protection and labor market outcomes in Latin America." Informe elaborado para el Banco Interamericano de Desarrollo.
- Meeusen W., van den Broeck J. "Efficiency Estimation from Cobb-Douglas Production Functions with Composed Error"
- Medina C., Posso C., Tamayo J., Monsalve E. (2012). "Dinámica de la Demanda Laboral en la Industria Manufacturera Colombiana 1993-2009: una Estimación Panel VAR". Banco de la República Borradores de Economía número 694.
- Nickell, S. (1987) "Dynamic Models of labour Demand" Handbook of Labor economics, Volume 1, editado por O. Ashenfelter y R. Layard.
- Nieto, W. (2017). "Responsabilidad solidaria en los contratistas independientes". Ambiente Jurídico, 13-43.
- Nieto, W., & Sánchez, M. (2017). "La solidaridad en las empresas de servicios temporales". Criterio Libre Jurídico, 114-126.

- OCDE (1994). "Jobs Study: Evidence and Explanations". Organization for Economic Co-operation and Development, Paris.
- OCDE (2014), Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>
- OIT (1997). "Trabajo en régimen de subcontratación". Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo 85ª reunión. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Olsen K. (2006). "Productivity Impacts of Offshoring and Outsourcing: A Review". STI Working Paper. OCDE.
- Pérez, M. y Aragón, V. (1999). "Flexibilización laboral y outsourcing". Bogotá. Biblioteca Jurídica Dike.
- Parra M. (2012). "Trabajo temporal e indirecto: la pieza que faltaba para entender el mercado laboral colombiano". Premio Germán Botero de los Ríos. Convocatoria interna 2010. Fedesarrollo.
- Pérez, M. (17 de Septiembre de 2014). "Tercerización, intermediación, labores misionales permanentes y formalización". Obtenido de Ambito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/tercerizacion-intermediacion-labores-misionales-permanentes-y>
- Pérez, M. (2 de Agosto de 2018). "Tercerización e intermediación laboral: ¿en qué consisten? ¿cómo se diferencian?". Obtenido de Ambito Jurídico: https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/tercerizacion-e-intermediacion-laboral-en-que#_ftn2
- Pérez, M. (2016). "Contratación Laboral, intermediación y servicios". Bogotá: Legis.
- Puig, J., y Osorio, V. (2014). "El concepto de lo misional permanente y la tercerización ilegal. Análisis sociológico y de la jurisprudencia de las altas cortes colombianas. Ensayos laborales 22". Medellín: Escuela Nacional Sindical.
- Pesaran H. (2004). "General diagnostic test for cross section dependence in panels (Working Paper)". Cambridge: Trinity College.
- Rodgers G. (2007). "Labour Market Flexibility and Decent Work". Department of Economic and Social Affairs (DESA). Working Paper No. 47.
- Rojas, A. (2004). "La intermediación laboral". Revista de Derecho, 187-210.
- Santa María M., Steiner R., Schutt, E. (2010). "¿Cómo derrotar el desempleo y la informalidad?" Fedesarrollo, Colombia 2010-2014: Propuestas de política pública.
- Scippacercola S., D'Ambra L. (2014). "Estimating the Relative Efficiency of Secondary Schools by Stochastic Frontier Analysis"

- Sena, M., & Sena, J. (2011). "Make or Buy: A Comparative Assessment of Organizations that Develop Software Internally Versus those that Purchase Software". *Journal of Information Systems Applied Research*, 38-51.
- Siegel D., Griliches Z. (1992). "Purchased Services, Outsourcing, Computers, and Productivity in Manufacturing". National Bureau of Economic Research. p. 429 - 460).
- Silva, A. (2016). "El derecho al trabajo y la contratación temporal en Colombia". En P. Charro, A. Silva, & J. Espinoza, *El derecho del trabajo y los colectivos vulnerables. Un estudio desde las dos orillas* (págs. 183-196). Madrid: Dikynson.
- Solano, H. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Solow R. (1957). "Technical change and the aggregate production function". *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 39, No. 3 (Aug., 1957), pp. 312-320.
- Superintendencia de Sociedades. (Abril de 2018). "Boletín jurídico de la Superintendencia de Sociedades". Obtenido de [supersociedades.gov.co: https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Documents/2018/boletin-abril-2018.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Documents/2018/boletin-abril-2018.pdf)
- Raa T., Wolf E. (1990). "Outsourcing of Services and the Productivity Recovery in U.S. Manufacturing in the 1980s and 1990s".
- Roodman, D. (2009) "How to Do xtabond2: An Introduction to Difference and System GMM in Stata" *Stata Journal*, Stata Corp LP.
- Rohm, C. (1998). "Prozeßmanagement als Fokus im Unternehmenswandel: ein ganzheitlicher Ansatz zur strategieorientierten Identifikation, Analyse und Gestaltung von Unternehmungsprozessen". Ferber.
- Schmitt J., Wadsworth J. (2002). "Is the OECD jobs strategy behind US and British employment and unemployment success in the 1990s?". CEPA working paper, no. 2002-06, Center for Economic Policy Analysis, New School University, New York.
- Toyama, J. (2004). "La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del outsourcing". *Ius et Veritas*, 148-165.
- Voss E., Vitols K., Farvaque N., Broughton A., Behling F., Dota F., Salvo L., Naedenoen F. (2013). "The Role of Temporary Agency Work and Labour Market Transitions in Europe: Institutional frameworks, empirical evidence, good practice and the impact of social dialogue". Joint Eurociett / UNI Europa Project.

Zucchini, M. (1992). "The Four-S Outsourcing Mode. Managing Information Systems Through Strategic Alliances". Harvard Business School Case Teaching Note, 5-193.

Bases de datos

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) – Colombia:

- Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH).
- Encuesta Continua de Hogares (ECH).
- Encuesta Anual Manufacturera (EAM).

Banco de la República de Colombia: Índices de precios.

Ministerio de Trabajo. (2019): Oficio con radicado 08SE2019330300000011079 del 27 de marzo de 2019, en respuesta a solicitud con radicado 11EE201830000000698311.

Organización Internacional del Trabajo (OIT):

- ILOSTAT estimaciones modeladas de empleo total.

Confederación Mundial del Empleo (WEC, 2019). Economic report 2019, pp. 9

Normativas

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1429 (2010). Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo.

Colombia. Congreso de la República. Ley 50. (1990). Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Ley 10. (1991). Por la cual se regulan las empresas asociativas de trabajo.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1233. (2008). Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y

a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1258. (2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1437. (2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1438. (2011). Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1610. (2013). Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1636. (2013). Por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto Ley 2663. (1950). Por el cual se expide el Código Sustantivo del Trabajo.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 3115. (1997). Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de intermediación laboral.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 4369. (2006). Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 4588. (2006). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 4588. (2006). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 1072. (2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 583. (2016). Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto número 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 683. (2018). Por el cual se deroga el Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo y el Decreto 583 de 2016.

-
- Colombia. Ministerio de Trabajo. Resolución 321. (2013). Por la cual se establecen las condiciones y requisitos para la realización de los Acuerdos de Formalización Laboral previstos en el Capítulo II de la Ley 1610 de 2013.
- Colombia. Ministerio de Trabajo. Resolución 2021. (2018). Por el cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.
- Corte Constitucional. (2011). Bogotá D.C. Sentencia T-457 de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2011). Bogotá D.C. Sentencia C-901 de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional. (2014). Bogotá D.C. Sentencia C-593 de 2014. Magistrado ponente: Jorge Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. (2014). Bogotá D.C. Sentencia C-054 de 2016. Magistrado ponente: Jorge Pretelt Chaljub.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (1994). Bogotá D.C. Sentencia SL -6047 del 21 de abril de 1994. Magistrado ponente: Ramón Zúñiga Valverde.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2016). Bogotá D.C. Sentencia SL6228-2016 del 11 de mayo de 2016. Magistrado ponente: Gerardo Botero Zuluaga.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2016). Bogotá D.C. Sentencia SL- 17025 del 16 de noviembre de 2016. Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2018). Bogotá D.C. Sentencia SL2520-2018 del 15 de agosto de 2018. Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2019). Bogotá D.C. Sentencia SL467-2019 del 6 de febrero de 2019. Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Consejo de Estado. (1996). Bogotá D.C. Sentencia del 14 de junio de 1996. Exp. 7450. Consejero ponente: Delio Gómez Leyva.
- Consejo de Estado. (2005). Bogotá D.C. Sentencia del 6 de julio de 2005. Exp. 11575. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado. (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 6 de julio de 2017. Exp. 2218-2016. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Consejo de Estado. (2018). Bogotá D.C. Sentencia del 19 de febrero de 2018. Exp. 1482-11. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter.
-

Organización Internacional del Trabajo. (2006). Recomendación sobre la relación de trabajo. (núm. 198).

Organización Internacional del Trabajo. (1997). Recomendación sobre las agencias de empleo privadas. (núm. 188)

Organización Internacional del Trabajo. (1997). Convenio sobre las agencias de empleo privadas. (núm. 181).

Anexos

Anexo 1: Pruebas dependencia cross-section y de estacionariedad

Tabla 6. Prueba de dependencia cross-section

Pesaran's test of cross sectional independence = 155.416, Pr = 0.0000
 Average absolute value of the off-diagonal elements = 0.292

Fuente: Cálculos propios

Tabla 7. Pruebas de estacionariedad sobre el valor agregado

Levin-Lin-Chu unit-root test for v

Ho: Panels contain unit roots

Number of panels = 3252

Ha: Panels are stationary

Number of periods = 14

AR parameter: Common

Asymptotics: $N/T \rightarrow 0$

Panel means: Included

Time trend: Included

Cross-sectional means removed

ADF regressions: 1 lag

LR variance: Bartlett kernel, 7.00 lags average (chosen by LLC)

	Statistic	p-value
Unadjusted t	-1.6e+02	
Adjusted t*	-64.8845	0.0000

Fuente: Cálculos propios

Tabla 8. Pruebas de estacionariedad sobre la producción
Levin-Lin-Chu unit-root test for y

Ho: Panels contain unit roots	Number of panels =	3252
Ha: Panels are stationary	Number of periods =	14
AR parameter: Common	Asymptotics: N/T ->	0
Panel means: Included		
Time trend: Included	Cross-sectional means removed	
ADF regressions: 1 lag		
LR variance: Bartlett kernel, 7.00 lags average (chosen by LLC)		

	Statistic	p-value
Unadjusted t	-1.5e+02	
Adjusted t*	-61.8686	0.0000

Fuente: Cálculos propios

Tabla 9. Pruebas de estacionariedad sobre el empleo
Levin-Lin-Chu unit-root test for l

Ho: Panels contain unit roots	Number of panels =	3252
Ha: Panels are stationary	Number of periods =	14
AR parameter: Common	Asymptotics: N/T ->	0
Panel means: Included		
Time trend: Included	Cross-sectional means removed	
ADF regressions: 1 lag		
LR variance: Bartlett kernel, 7.00 lags average (chosen by LLC)		

	Statistic	p-value
Unadjusted t	-1.5e+02	
Adjusted t*	-66.6971	0.0000

Fuente: Cálculos propios

Tabla 10. Pruebas de estacionariedad sobre el capital

Levin-Lin-Chu unit-root test for **k**

Ho: Panels contain unit roots	Number of panels =	3252
Ha: Panels are stationary	Number of periods =	14
AR parameter: Common	Asymptotics: N/T ->	0
Panel means: Included		
Time trend: Included	Cross-sectional means removed	
ADF regressions: 1 lag		
LR variance: Bartlett kernel, 7.00 lags average (chosen by LLC)		

	Statistic	p-value
Unadjusted t	-2.5e+02	
Adjusted t*	-2.0e+02	0.0000

Fuente: Cálculos propios

Tabla 11. Pruebas de estacionariedad sobre el salario

Levin-Lin-Chu unit-root test for **w**

Ho: Panels contain unit roots	Number of panels =	3252
Ha: Panels are stationary	Number of periods =	14
AR parameter: Common	Asymptotics: N/T ->	0
Panel means: Included		
Time trend: Included	Cross-sectional means removed	
ADF regressions: 1 lag		
LR variance: Bartlett kernel, 7.00 lags average (chosen by LLC)		

	Statistic	p-value
Unadjusted t	-1.5e+02	
Adjusted t*	-58.6280	0.0000

Fuente: Cálculos propios

Anexo 2: Eficiencia técnica estimada por sectores

Tabla 12. Eficiencia técnica estimada promedio sectorial

Sector	Subcontratación				Promedio total
	Procesos		Servicios		
	No tiene	Tiene	No tiene	Tiene	
Alimentos y Bebidas	0.614	0.733	0.669	0.773	0.662
Textil confecciones	0.560	0.647	0.623	0.681	0.613
Papel, Edición e Impresión	0.625	0.714	0.634	0.742	0.667
Química	0.621	0.689	0.669	0.778	0.669
Caucho y Plástico	0.590	0.715	0.642	0.748	0.651
Minerales	0.583	0.683	0.644	0.707	0.627
Metalurgia	0.534	0.699	0.605	0.761	0.622
Bienes de Capital	0.585	0.680	0.637	0.713	0.639
Otros	0.578	0.689	0.633	0.727	0.623
Total general	0.591	0.702	0.635	0.732	0.641

Sector	Trabajadores temporales				Promedio total
	Temporal directo		Temporal indirecto		
	No tiene	Tiene	No tiene	Tiene	
Alimentos y Bebidas	0.595	0.675	0.633	0.747	0.662
Textil confecciones	0.586	0.623	0.608	0.663	0.613
Papel, Edición e Impresión	0.640	0.683	0.627	0.752	0.667
Química	0.616	0.674	0.655	0.752	0.669
Caucho y Plástico	0.636	0.668	0.572	0.760	0.651
Minerales	0.593	0.645	0.601	0.682	0.627
Metalurgia	0.529	0.665	0.557	0.728	0.622
Bienes de Capital	0.592	0.661	0.629	0.710	0.639
Otros	0.572	0.650	0.598	0.711	0.623
Total general	0.594	0.660	0.614	0.721	0.641

Fuente: Cálculos propios en base al modelo de eficiencia técnica

Anexo 3: Eficiencia técnica estimada por departamentos

Tabla 13. Eficiencia técnica estimada promedio departamental

Sector	Subcontratación				Promedio total
	Procesos		Servicios		
	No tiene	Tiene	No tiene	Tiene	
Antioquia	0.606	0.695	0.659	0.725	0.657
Atlántico	0.614	0.702	0.660	0.758	0.656
Bogotá D.C.	0.577	0.685	0.621	0.720	0.620
Bolívar	0.637	0.745	0.701	0.775	0.698
Boyacá	0.548	0.762	0.592	0.792	0.652
Caldas	0.547	0.731	0.599	0.746	0.650
Casanare	0.669	0.773	0.000	0.850	0.793
Cauca	0.640	0.677	0.623	0.791	0.698
Cesar	0.678	0.770	0.719	0.717	0.701
Córdoba	0.537	0.784	0.649	0.795	0.693
Cundinamarca	0.604	0.722	0.623	0.730	0.663
Huila	0.625	0.791	0.602	0.773	0.653
Magdalena	0.622	0.646	0.625	0.682	0.637
Meta	0.599	0.646	0.622	0.727	0.634
Nariño	0.542	0.678	0.605	0.689	0.597
Norte Santander	0.564	0.709	0.674	0.744	0.603
Otros departamentos	0.602	0.709	0.000	0.000	0.621
Quindío	0.570	0.747	0.652	0.757	0.621
Risaralda	0.593	0.693	0.625	0.710	0.642
Santander	0.611	0.720	0.619	0.709	0.635
Sucre	0.393	0.799	0.454	0.837	0.505
Tolima	0.521	0.700	0.510	0.664	0.596
Valle	0.589	0.706	0.638	0.749	0.643
Total general	0.591	0.702	0.635	0.732	0.641

Fuente: Cálculos propios en base al modelo de eficiencia técnica

Tabla 14. Eficiencia técnica estimada promedio departamental

Sector	Trabajadores temporales				Promedio total
	Temporal directo		Temporal indirecto		
	No tiene	Tiene	No tiene	Tiene	
Antioquia	0.628	0.675	0.618	0.722	0.657
Atlántico	0.609	0.653	0.619	0.716	0.656
Bogotá D.C.	0.584	0.648	0.616	0.706	0.620
Bolívar	0.568	0.691	0.690	0.772	0.698
Boyacá	0.520	0.745	0.644	0.741	0.652
Caldas	0.519	0.664	0.565	0.744	0.650
Casanare	0.777	0.802	0.855	0.842	0.793
Cauca	0.632	0.666	0.582	0.756	0.698
Cesar	0.568	0.733	0.654	0.769	0.701
Córdoba	0.512	0.677	0.688	0.763	0.693
Cundinamarca	0.596	0.683	0.618	0.735	0.663
Huila	0.617	0.691	0.647	0.697	0.653
Magdalena	0.583	0.621	0.649	0.710	0.637
Meta	0.590	0.600	0.625	0.716	0.634
Nariño	0.571	0.580	0.541	0.715	0.597
Norte Santander	0.536	0.601	0.594	0.661	0.603
Otros departamentos	0.584	0.760	0.694	0.701	0.621
Quindío	0.537	0.698	0.555	0.725	0.621
Risaralda	0.571	0.677	0.617	0.688	0.642
Santander	0.599	0.626	0.610	0.700	0.635
Sucre	0.295	0.584	0.201	0.798	0.505
Tolima	0.556	0.574	0.595	0.681	0.596
Valle	0.592	0.664	0.615	0.737	0.643
Total general	0.594	0.660	0.614	0.721	0.641

Fuente: Cálculos propios en base al modelo de eficiencia técnica

Anexo 4: Panel dinámico GMM Sistémico en dos etapas

Tabla 15. Estimación de panel dinámico GMM Sistémico en dos etapas

Variables	GMM Sistémico		FE		OLS	
	Coef.	Error estándar	Coef.	Error estándar	Coef.	Error estándar
Variable dependiente: Empleo						
Empleo (t-1)	0.469***	-0.0602	0.469***	-0.0602	0.469***	-0.0602
Empleo (t-2)	0.110***	-0.0364	0.110***	-0.0364	0.110***	-0.0364
Salario	-0.262***	-0.0665	-0.262***	-0.0665	-0.262***	-0.0665
Salario (t-1)	0.268***	-0.0917	0.268***	-0.0917	0.268***	-0.0917
Salario (t-2)	-0.329**	-0.129	-0.329**	-0.129	-0.329**	-0.129
Capital	0.0794***	-0.0156	0.0794***	-0.0156	0.0794***	-0.0156
Capital (t-1)	-0.650***	-0.168	-0.650***	-0.168	-0.650***	-0.168
Capital (t-2)	0.542***	-0.147	0.542***	-0.147	0.542***	-0.147
Producto	0.502***	-0.0124	0.502***	-0.0124	0.502***	-0.0124
Producto (t-1)	-0.172***	-0.035	-0.172***	-0.035	-0.172***	-0.035
Producto (t-2)	0.0207	-0.0316	0.0207	-0.0316	0.0207	-0.0316
Indicador empleo temporal indirecto	0.110***	-0.0141	0.110***	-0.0141	0.110***	-0.0141
Indicador empleo temporal directo	0.0608***	-0.0114	0.0608***	-0.0114	0.0608***	-0.0114
Indicador subcontratación procesos	-0.0153*	-0.00885	-0.0153*	-0.00885	-0.0153*	-0.00885
Indicador subcontratación servicios	-0.0063	-0.0083	-0.0063	-0.0083	-0.0063	-0.0083
Constante	-0.186	-0.918	-0.186	-0.918	-0.186	-0.918

Arellano Bond test AR (1) en primeras

Pr > z =

diferencias

z = -7.66

0.102

Arellano Bond test AR (2) en primeras

Pr > z =

diferencias

z = -1.63

0.102

Observaciones

39,018

39,018

39,018

Número de paneles

3,252

3,252

3,252

*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1

Fuente: Cálculos propios

Sobre los autores

Cristian Camilo Vargas Isaza

Economista de la Universidad EAFIT y candidato a magíster en Economía de la misma universidad. Perfil investigativo con enfoque en economía matemática, modelación y econometría y experiencia en investigación económica aplicada. Ha sido consultor de la Secretaría de Cultura Ciudadana de Medellín, consultor de la ANDI, consultor de EAFIT, Especialista del Área Estudios Económicos de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI, Asistente de Gerencia de Industrias Hariom, Cofundador y Gerente de Antelia S.A.S. Tiene publicaciones en EAFIT (Presentación en LACEA) y Fundación Konrad Lorenz.

Enán Arrieta Burgos

Abogado, especialista en Derecho Procesal y doctor *summa cum laude* en Filosofía por la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia). Actualmente se desempeña como director del Centro de Estudios Sociales y Laborales de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) y es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), en donde coordina el Departamento de Fundamentación e Investigación. Su ejercicio profesional como abogado se ha enfocado en el área de prevención y protección de los derechos humanos. En su calidad de investigador, posee más de 25 publicaciones especializadas en temas que giran en torno de las formas de constitución jurídica del individuo a través de las prácticas normativas de subjetivación y objetivación, así como alrededor de las relaciones de incidencia mutua entre el derecho y la sociedad.

Camilo Fernández Londoño

Economista de la Universidad EAFIT, actualmente se desempeña como investigador del CESLA.

Juanita Vieco Giraldo

Abogada de la Universidad EAFIT, estudiante de la Especialización en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, y actualmente se desempeña como investigadora del CESLA.

The ANDI logo consists of a stylized circular emblem above the word "ANDI" in a bold, sans-serif font.

ANDI

The "MÁS PAÍS" logo features the words "MÁS" and "PAÍS" stacked vertically in a bold, sans-serif font, separated by a vertical line.

**MÁS
PAÍS**

www.andi.com.co

The CESLA logo features the word "CESLA" in a large, bold, sans-serif font.

CESLA

Centro de Estudios Sociales y Laborales