

Bogotá, D. C. 20 de julio de 2018

Doctor
GREGORIO ELJACH PACHECO
Secretario General
Senado de la República

Asunto: Radicación de proyecto de ley *“Por la cual se dictan normas para suprimir y prohibir la contratación laboral, mediante cooperativas de trabajo asociado y demás formas de tercerización laboral”*.

Respetado Secretario General:

En cumplimiento de nuestro deber constitucional y legal, y particular actuando en consecuencia con lo establecido en la Ley 5ª de 1992, en nuestra calidad de Congresistas de la República, radicamos ante su despacho, para que se inicie el trámite legislativo respectivo, el siguiente proyecto de ley:

Proyecto de ley *“Por la cual se dictan normas para suprimir y prohibir la contratación laboral, mediante cooperativas de trabajo asociado y demás formas de tercerización laboral”*.

Por los honorables congresistas,



PROYECTO DE LEY ___ DE 2018

“POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS PARA SUPRIMIR Y PROHIBIR LA CONTRATACIÓN LABORAL, MEDIANTE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y DEMÁS FORMAS DE TERCERIZACIÓN LABORAL”.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

ARTICULO 1. A partir de la promulgación de la presente ley y sin perjuicio del objeto social de las empresas temporales legalmente constituidas, queda prohibido en el territorio nacional, la contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado y cualquier otro tipo de asociación, sociedad o esquema legal que permita, contenga o encubra prácticas de intermediación laboral destinadas a favorecer a beneficiarios y/o empleadores. Tampoco se permitirá la contratación a través del Contrato sindical para el desarrollo de labores misionales y permanentes, en ningún sector de la económica nacional público o privado.

Esta prohibición incluye todas las actividades y modalidades de enganche laboral que afecten los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes y que guarden relación directa con el suministro y adecuación permanente de grandes volúmenes de materias primas e insumos indispensables, además del desarrollo de procesos y servicios misionales y esenciales para la producción industrial, la gran minería, la agricultura, el transporte, las comunicaciones, las actividades comerciales, logísticas y portuarias a gran escala y la prestación de los servicios básicos esenciales a cargo del Estado.

Parágrafo 1° A partir de la expedición de esta ley, se prohíbe el fraccionamiento sucesivo de los contratos a término fijo o de obra en la contratación de personal para la construcción, adecuación y mantenimiento de las obras de infraestructura en la industria petrolera y en obras de infraestructura vial, energética, portuaria o aeroportuaria. En todos los casos se respetará la continuidad de los contratos de obra y lo dispuesto en la ley laboral sobre el contrato a término fijo en la materia.

ARTICULO 2. Los trabajadores que se encuentren vinculados al momento de expedición de esta ley, mediante cooperativas de trabajo asociado, contratistas, operadores o mediante contratos sindicales para el desarrollo de labores misionales o permanentes, se les aplicará sin solución de continuidad, el principio de “contrato realidad” establecido por la Corte Constitucional, en lo referido a sus derechos laborales y con el propósito de su enganche a la entidad, bajo la figura de un contrato formal de trabajo.

Los empleadores que hayan contratado personal con estas cooperativas, sin perjuicio de los compromisos suscritos con estas entidades, deberán vincular a estos trabajadores y trabajadoras mediante lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo y el derecho



AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

laboral administrativo en lo pertinente. Lo anterior con el propósito de garantizar una relación laboral formal conforme a la ley para estos casos.

El Gobierno Nacional reglamentara el período de transición que en ningún caso podrá exceder el periodo de máximo hasta 180 días calendario a partir de la promulgación de esta ley, para que aquellas personas que se encuentren laborando bajo cooperativas de trabajo asociado sean vinculadas por sus empleadores, tanto en el sector público como privado, conforme lo dispone la ley laboral y el derecho laboral administrativo, vigente.

En todo caso las autoridades competentes no autorizarán despidos sin justa causa o retiro de personal de las cooperativas de trabajo asociado con ocasión de lo dispuesto en esta ley.

ARTÍCULO 3. El Ministerio de Trabajo, a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMLMV) a las instituciones y/o empresas públicas y/o privadas, que no cumplan con lo establecido en esta ley.

ARTÍCULO 4. El artículo 1 de la Ley 1258 del 5 de diciembre del de 2008 “*Por medio de las cuales se crea las sociedades simplificadas por acciones*” quedara así;

Artículo 1° Constitución- La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta por el monto de sus respectivos aportes.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas serán responsables solidariamente y exclusivamente por las obligaciones laborales y tributarias, en que incurra la sociedad.

ARTÍCULO 5. Esta ley complementa, deroga y modifica las disposiciones legales y reglamentarias que le sean contrarias.

ARTICULO 6. La presente ley rige a partir de la fecha de su sanción promulgación.

De los honorables congresistas,

EXPOSICION DE MOTIVOS

Introducción

El Congreso de la República con la ley 456 de 1998, pretendió darle un marco conceptual y una estructura orgánica al sector solidario de la economía colombiana, pero en ese propósito también incluyó a las Cooperativas de Trabajo Asociado o “Ctas”, sobre las cuales configuró la posibilidad de convertirlas en entidades de intermediación laboral, que permiten a algunos empleadores birlar la Constitución y la ley laboral para lucrarse de manera irregular.

Esto a pesar que el 27 de agosto de 2004 mediante la CIRCULAR CONJUNTA No. 0067, el Gobierno Nacional en este momento a través del MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL- SUPERINTENDENCIA DE ECONOMIA SOLIDARIA preciso la distinción entre los servicios que pueden prestar las Empresas de Servicios Temporales (EST) y las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA).

Esta decisión obedeció en su momento, al hecho de que bajo la figura de Trabajo Asociado se vienen constituyendo una gran cantidad de cooperativas y pre-cooperativas para desarrollar inapropiadamente su objeto social, ofreciendo actividades propias de las Empresas de Servicios Temporales o para operar como Agrupadoras en Salud, situación contraria a lo dispuesto en la Ley 79 de 1988 y Decreto 468 de 1990; Ley 50 de 1990, Decretos 024 de 1998, 503 de 1998, 1703 y 2400 de 2002.

Posteriormente en el 2008 el Congreso de la República, aprobó la ley 1233, cuyo objetivo era obligar a las cooperativas y pre-cooperativas de trabajo asociado, a responder por los aportes a la seguridad social y los parafiscales de sus asociados, pero ante todo a ponerle fin a la intermediación laboral en la cual incurrieron estas Ctas, pero el fenómeno no se logró contener y hasta en los escenarios internacionales se habla del “dumping laboral” que realiza Colombia a través del uso indebido de estas entidades denominadas como cooperativas. Las organizaciones sindicales y de trabajadores las han denunciado como instrumentos de los empleadores para no cumplir con lo dispuesto en la ley laboral y los tratados suscritos por el Estado colombiano con la OIT, mientras que la Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha declarado que las cooperativas de trabajo asociado no pueden usarse para ocultar el contrato “realidad” definido en el Código Laboral Sustantivo que subyace a este tipo de contratación.

Ante esta situación le corresponde al Congreso de la República actuar y en consecuencia, el objeto de este proyecto de ley es saldar de una vez por todas las cuentas que esta figura (y sus posteriores desarrollos en materia del outsourcing como manifestación extrema de las teorías más recientes de la administración de empresas y el “management”) ha generado en nuestro ordenamiento jurídico, proponiendo su eliminación como modelo de contratación laboral, a fin de separar claramente la actividad solidaria cooperativa, (cuya esencia es la ausencia de ánimo de lucro), de la actividad laboral, cuyo propósito es la contratación de mano de obra por parte del empleador, a cambio de un salario o sueldo a favor del trabajador, con el propósito de que realice una actividad bajo condiciones de subordinación y en un espacio-tiempo determinado.

A esto se le suma que si bien el Gobierno Nacional ha venido implementando medidas en este sentido, como es el caso del decreto 2025 del 8 de junio del 2011 “*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010*”; estas medidas resultaron insuficientes en tanto que no definen sobre la fase de transición que debe acompañar un verdadero desmonte del sistema de intermediación laboral construido a partir de las “*Ctas*”. Y no se diseñan aún medidas que verdaderamente garanticen que el final de las cooperativas de trabajo asociado no signifique el deterioro aún mayor de las condiciones laborales de los trabajadores vinculados mediante esta figura cooperada y que podrían recaer en formas de intermediación laboral aún más gravosas o en la situación de verse despedidos sin justa causa con ocasión de esta reglamentación.

Una figura jurídica contraria Constitución

Las cooperativas de trabajo asociado se crearon con el objetivo de asociar un grupo de trabajadores en pro del mejoramiento de su calidad de vida mediante el ofrecimiento de su fuerza laboral, objetivo que se ha desdibujado completamente a tal punto que buena parte de las cooperativas de trabajo asociado se han convertido en una forma de explotación laboral por debajo de los derechos consagrados en la norma superior.

Según el artículo 3º de la Ley 79 de 1988, el acuerdo cooperativo es un contrato que se celebra entre un número plural de personas con el objetivo de crear una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben desarrollarse con fines de interés social y sin ánimo de lucro.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-211 de 2000 identificó como características relevantes de las cooperativas de trabajo asociado las siguientes: (i) asociación voluntaria y libre, (ii) igualdad de los cooperados, (iii) ausencia de ánimo de lucro, (iv) organización democrática, (v) trabajo de los asociados como base fundamental, (vi) desarrollo de actividades económico sociales, (vii) solidaridad en la compensación o retribución, y (viii) autonomía empresarial.

En la sentencia citada, la Corte recogió el siguiente concepto alrededor de la noción y régimen de funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado:

*“Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente”.*¹

Es decir que en cada una de las personas asociadas recaen las calidades de trabajador y de asociado cooperado que convergen en sus miembros y esta característica los ubica en un plano horizontal en el que no es posible hablar de empleadores por un lado y de

¹ Corte Constitucional, en Sentencia C-211 de 2000

trabajadores por el otro, ni considerar relaciones de dependencia o subordinación en la ejecución del objeto de la cooperativa. Por eso es que las relaciones de trabajo en estas cooperativas escapan del ámbito de aplicación de la legislación laboral y se sometan a lo que libre y voluntariamente dispongan los cooperados en los estatutos, gozan de autonomía configurativa para definir, entre otras materias, el régimen de trabajo, seguridad social y compensaciones, sin que, por ello, se encuentren libres de la exigencia de sujetarse a los principios y derechos constitucionales, de forma que se salvaguarden los derechos fundamentales de las personas vinculadas a las actividades cooperativas.

Así es como idealmente funciona una CTA, pero la Corte Constitucional ha señalado que en los eventos en que el cooperado no trabaja directamente para la Cooperativa sino que lo hace para un tercero respecto del cual recibe órdenes, cumple horarios y la relación con este último surge por mandato de aquella, puede predicarse la existencia de un vínculo subordinado que da lugar a la aplicación de la legislación laboral, como quiera que la relación del cooperado permite colegir la existencia de un contrato realidad por el encubrimiento de la vinculación a través de un contrato cooperativo, en el que se reúnen los elementos esenciales del contrato de trabajo. (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Por fortuna, la Corte ha establecido algunos elementos identificadores de la mutación de la relación horizontal entre trabajadores cooperados a una de naturaleza vertical, en los siguientes términos:

“En relación con los elementos que pueden conducir a que la relación entre cooperado y cooperativa pase de ser una relación horizontal, ausente de subordinación, a una relación vertical en la cual una de la dos partes tenga mayor poder sobre la otra y por ende se configure un estado de subordinación, se pueden destacar diferentes elementos, como por ejemplo (i) el hecho de que para que se produzca el pago de las compensaciones a que tiene derecho el cooperado éste haya cumplido con la labor en las condiciones indicadas por la cooperativa o el tercero a favor del cual la realizó; (ii) el poder disciplinario que la cooperativa ejerce sobre el cooperado, de acuerdo con las reglas previstas en el régimen cooperativo; (iii) la sujeción por parte del asociado a la designación [que] la Cooperativa [haga] del tercero a favor del cual se va a ejecutar la labor contratada y las condiciones en las cuales trabajará; entre otros”.²

De estas sentencias de la Corte se puede concluir que la empresa cliente de la cooperativa de trabajo asociado, tiene la potestad de determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se van a desarrollar las actividades laborales contratadas y goza de la facultad de definir la forma en la que se va a realizar el pago por los servicios prestados, de manera que resulta claro que las “Ctas”, y las empresas a las cuales les prestan el servicio de intermediación laboral, actúan ambas como empleadores de los trabajadores, quienes lejos de tener una relación horizontal con los actores, presentan un vínculo de subordinación que está regulada por la legislación laboral y no por las normas del sector solidario.

Al respecto y conforme a la manera como se desvirtúa la relación laboral a partir de la instrumentalización del modelo cooperativo y formas afines de vinculación de trabajadores se señala lo siguiente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-614/09 que regula el CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS en el sector oficial y que refrenda en su

² Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

fallo la prohibición de celebración de vinculaciones laborales para el ejercicio de funciones de carácter permanente en el sector público a partir de las distintas formas de intermediación laboral incluyendo las cooperativas de trabajo asociado;

“Así las cosas, en el análisis probatorio del caso concreto, deberá tenerse en cuenta factores como: i) la voluntariedad con la que las partes acuden a la forma contractual escogida. Dicho, en otros términos, por ejemplo, si un asociado debe afiliarse a una cooperativa para obtener un contrato de trabajo, es claro que dicha decisión no es libre y, por ese hecho, ese acto constituye una desviación de la forma asociativa legal y constitucionalmente autorizada. ii) la finalidad con la que se acude a la forma contractual, pues si se celebran contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones permanentes de la entidad, o si se acuerda la prestación de servicios personales subordinados a cambio de una remuneración económica con una cooperativa de trabajo, de tal forma que puedan retirarse trabajadores de sus nóminas, o recortarse plantas de personal, o se celebran contratos con empresas de servicios temporales para el desempeño de funciones propias del giro ordinario de los negocios empresariales, es evidente que se ha utilizado una forma contractual legal para desnaturalizar la relación laboral”

Tal es la situación que se ha venido presentando en el último periodo, en el cual a pesar de los múltiples compromisos suscritos por el Gobierno Nacional y la puesta en marcha de la legislación mencionada, que obliga a desmontar el sistema de intermediación laboral soportado en la figura de las Cooperativas de trabajo asociado, se siguen presentando notorias inconsistencias en el proceso de desmonte de este proceso, que sigue en esencia implementándose, recurriéndose en muchos casos, a nuevas figuras de hecho, creadas con el propósito de mantener el fenómeno de intermediación o recreando la misma a partir de tipos como el caso del Contrato sindical, que ya existen en el ordenamiento jurídico.

Es así como se hace urgente intervenir y legislar en materia de controlar la creación de figuras como los operadores logísticos, los contratistas, el outsourcing, las Sociedades anónimas simplificadas, la figura de los proveedores de servicios, en sectores productivos, en el suministro de materias primas esenciales y de demanda permanente, en las tecnologías de la información y las comunicaciones, en la agro industria, en los servicios públicos domiciliarios, en fin, en toda una serie de sectores de la economía nacional en los cuales ha venido floreciendo la tercerización laboral con perjuicio evidente de lo dispuesto por las leyes laborales vigentes.



Según publicación de la revista Portafolio, los estudios especializados hechos en Estados Unidos ponen al país en el año 2013 y 2014 entre los 30 del outsourcing a nivel mundial, especialmente en el servicio de BPO e ITO (Business process management).

“Colombia es la joya escondida del outsourcing en Latinoamérica”, enfatiza un estudio de la firma Tholons, contratado por el Banco Interamericano de Desarrollo, que define al país como una nación atractiva para las empresas que contemplen, a corto y medio plazo, la internacionalización de servicios BPO, una industria que ha crecido más del 60 por ciento, en los últimos cuatro años. Sin ir muy lejos, hoy existen más de 2.600 empresas de software, servicios de Tecnologías de la Información (TIC) y BPO que tienen presencia en el país, de las cuales 11 son españolas.

“Este sector, del que forman parte operadores de call centers y empresas de tecnologías de la información y software sitúa a Colombia como el tercer país de Latinoamérica en ventas de TICs”. “Pero de los call centers y contact centers o de los servicios básicos de voz, la industria ya está pasando a puntos mucho más sofisticados como el de Offshoring en Tecnologías de la Información (ITO), el de Offshoring en Procesos Empresariales (BPO) y el Offshoring en Procesos del Conocimiento (KPO), que hoy generan unos 120 mil empleos”.

De tal forma, que lo que se propone es avanzar sobre la legislación vigente, teniendo como referente no solamente aquellas disposiciones que regulan sobre las cooperativas de trabajo asociado sino sobre el fenómeno de la tercerización en su conjunto y en particular, se trata de fortalecer lo dispuesto en la ley 1429 del 2010 que en su artículo 63 establece lo siguiente;

*“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.” **Artículo 63 de la ley 1429***

Es el caso en el sector Salud, en el cual a pesar que la Corte Constitucional desde el año 2009 mediante la Sentencia C. 614, confirmada por las sentencias C.690, C.901 de 2010 y C.171 de 2012, estableció que las actividades o funciones permanentes del Estado deben ser ejecutadas por personas que deben estar vinculadas en las plantas de personal respetando todos los derechos laborales establecidos en la Ley y en los convenios de la OIT para su caso, se siguen adoptando medidas tendientes a burlar dicha disposición mediante la reciente proliferación de los llamados Contratos Sindicales en el Sector Salud. Con los cuales se viene desnaturalizando a las organizaciones sindicales colocándolas como intermediarios laborales con descuentos al trabajador “sindicalizado” que en promedio ascienden al 15% del valor del contrato del trabajador;

Es así como a través de la figura del contrato sindical en este caso se ha venido igualmente desconociendo lo señalado en la ley 1438 que legisló en contra de la tercerización laboral en el sector salud y que obligó en su momento a la formalización laboral en el sector. La norma precitada establece lo siguiente;

Artículo 103 Ley 1438 de 2011. Contratación del personal misional permanente. 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.

Durante el periodo 2011 al 2012. el archivo Sindical del Ministerio del Trabajo reportó la inscripción de 379 organizaciones sindicales nuevas pertenecientes al sector salud a nivel nacional; 101 de ellas creadas en el año 2012. Se trata de más de 100 sindicatos, organizados por los empleadores y por quienes eran los dueños de las Cooperativas de Trabajo Asociado en el sector para asumir a la manera de un relevo, los contratos de intermediación laboral que estaban asignados a las Ctas.

Por más de 20 años se desnaturalizo a las cooperativas, ahora se quiere hacer lo mismo con los sindicatos, para que hagan de intermediarios laborales y de los servicios públicos; Es el caso, por ejemplo, de la CTA Coosalud, hoy Sindicato Darser, uno de los más grandes del sector salud con 1.100 trabajadores en Antioquia, entre enfermeras, auxiliares de enfermería, instrumentadores quirúrgicos, camilleros, nutricionistas, terapeutas respiratorios, etc. Desde el 11 de junio de 2011 cambió su razón social a sindicato, al que de un día para otro trasladó a todos sus trabajadores. Hasta hace poco sólo prestaba servicios a la IPS Universitaria, pero recientemente también extendió sus servicios a un hospital de Barranquilla, donde cuenta con 1.006 empleados-

Afiliando forzosamente a más de 50.000 trabajadores de la salud a estos nuevos sindicatos y operadores en salud, para falsear los compromisos sobre formalización laboral, aspecto que ha sido avalado por el Gobierno como sucedió con la circular

No. 042578 del 22 de marzo de 2012 suscrita por el Ministro del Trabajo y la Ministra de Salud que terminó reconociendo estas maniobras.

Tan es así, que la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014 señaló que “la llamada tercerización se *utiliza* para evadir las obligaciones laborales y esconde verdaderos contratos realidad para desarrollar las funciones o labores que le son propias para cumplir su objeto social”. *Cursiva fuera de texto.*

En el caso del sector portuario, la Escuela Nacional Sindical reportó en su informe del año 2015 sobre la crítica situación de tercerización laboral en los puertos entregados en concesión en Colombia y en los cuales ha florecido la tercerización laboral que se originó en la Cooperativas de trabajo asociado y que ha migrado a nuevas formas de burlar la ley y establecer nuevas formas de enganche laboral ilegal;

“Sector portuario: tragedia laboral que no cesa

El de los puertos colombianos es uno de los casos que mejor describe la ineficacia de la actuación estatal en materia laboral. Hace 4 años la situación en los puertos estaba dominada por la intermediación laboral ilegal. Para 2011 la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta contaba con 537 trabajadores directos (20% mujeres) y 2.500 indirectos. Es decir, solo el 21.4% de los trabajadores tenía un vínculo laboral directo, mientras el otro 78.5% se enganchaba mediante CTA y otras formas de “prestación de servicios”. Tal situación se replica en los otros puertos del país, y aún en peores condiciones.

Las consecuencias de tan agresiva intermediación laboral son más que evidentes: exclusión del Sistema de Seguridad Social (salud, pensiones, riesgos laborales), ausencia de pago de horas extra, vacaciones, parafiscales, licencias de maternidad, y así un largo etcétera. Por otra parte, una ingente masa de trabajadores portuarios sólo tiene contrato “de palabra” por semanas, días e incluso horas.

Cuanto la intermediación laboral mediante el uso de las CTA fue prohibida, pero sólo para ser reemplazadas por nuevas y “creativas” figuras de intermediación, como las SAS y las Empresas de Servicios Temporales. En últimas, cambios meramente cosméticos.”³

El mismo informe de la Escuela Nacional Sindical nos señala una situación igualmente caótica para el caso de la industria de la floricultura, que también hace parte de los compromisos explícitos del Plan de Acción laboral suscrito entre los Presidentes de Colombia y los Estados Unidos. Al respecto señala el informe de la ENS

“Los más de 180.000 personas que prestan su fuerza de trabajo en el sector floricultor (el 60% mujeres) son víctimas de una salvaje expoliación económica por parte del empresariado, que en parte lo justifica por la coyuntura económica de los últimos años, como la revaluación del peso, que afectó de manera importante los beneficios del sector, que exporta el 95% del total producido.

Es importante anotar que cuando la tasa de cambio es favorable a los exportadores de flores, como ocurre en este 2015, ello no se traduce en mejora en los ingresos y los derechos laborales de los y las trabajadoras. En parte se debe a la hiperproductividad que se les exige a los trabajadores de las 7.500 hectáreas cultivadas en flores en la Sabana de Bogotá. Esto a pesar de que los déficits que las empresas reportaron por la

³ ESCUELA NACIONAL SINDICAL INFORME 2015

revaluación del peso fueron subsidiados por créditos del Estado, los cuales tenían como cláusula la permanencia de la mano de obra en condiciones legales.

Para lograr tal hiperproductividad de la mano de obra las empresas echaron mano de una masiva tercerización laboral. En los años 90 fue por el sistema de contratistas; en la década pasada mediante las CTA, y ahora mediante Empresas de Servicios Temporales y SAS. En todos los casos ocurre lo mismo: a las y los trabajadores les hacen “exámenes de desempeño”, que consisten en que deben trabajar una o dos semanas, que no se les remunera, con lo cual las empresas obtienen una importante cantidad de trabajo gratuito.”⁴

Ahora bien, no ha sido ajeno el Consejo de Estado a esta realidad, en ese sentido, en la sentencia que declaró la nulidad de los numerales 4.º y 6.º del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015 señaló que la tercerización laboral “no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana”. Es decir, que existe actualmente un vacío legal que necesita con urgencia ser llenado.

Recientemente, en el mes de junio de 2017, la OIT realizó visita especial de seguimiento al país, para evaluar la situación laboral y sindical de los colombianos. En su informe publicado en Julio de esta anualidad, enfatiza el estado de las libertades sindicales, la intermediación laboral ilegal, el incremento de los pactos colectivos en detrimento de la negociación colectiva, las funciones del Ministerio del Trabajo, la violencia antisindical y la impunidad, entre otros temas contemplados en las recomendaciones que hizo la Comisión de Alto Nivel en 2011.

Entre los diferentes aspectos se puede destacar que:

Intermediación con Cooperativas de Trabajo Asociado:

Recomendación: “Renovar la legislación e implementar medidas para poner fin a la intermediación laboral por parte de las CTA y todos los otros obstáculos en la legislación y en la práctica al ejercicio de la asociación y la negociación colectiva”.

Cumplimiento: Tras la expedición de la ley 1429 de diciembre 2010, han decrecido las CTA. En 2009 se crearon 1.538 CTA, en el 2016 no se creó ninguna. Sin embargo, en las entidades de salud del sector público las CTA se reemplazaron por los contratos sindicales; en el sector privado se suplieron con sociedades por acciones simplificadas (SAS), entre otras; figuras estas que también obstaculizan el derecho de asociación y negociación colectiva. Por fortuna el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el Decreto 583, que autorizaba la intermediación laboral con cualquier figura.

Pactos Colectivos:

Recomendación: “Acciones efectivas en la legislación y en la práctica, que garanticen que los pactos colectivos no serán usados para obstaculizar el ejercicio del derecho de asociación y la negociación colectiva”.

⁴ ibídem

Cumplimiento: En vez de decrecer, el número de pactos colectivos aumentó y creció en cobertura. En 2011 se firmaron 170 pactos, que cobijaron a 38.420 trabajadores; en 2015 fueron 215, que cobijaron unos 100 mil. En cuanto a sanciones por el uso ilegal de pactos, de los 50 casos que registra el Ministerio, el 40% aún está en averiguación preliminar, y solo 7 empresas fueron sancionadas: BBVA, Bavaria, Lindalana, Papelsa, Comercial Nutresa, Abocol y Pelpac, con \$64 millones cada una. Multa tan baja que no tiene efectos disuasivos. De esa manera, hoy tenemos que la mayoría de casos de negociación colectiva se concentran en pactos colectivos y contratos sindicales. En 2015, de cada 100 convenios colectivos en los sectores público y privado, 73 fueron contratos sindicales, 19 convenciones colectivas y 8 pactos.

Estado de la inspección laboral:

Recomendación: “Mayores esfuerzos para fortalecer la inspección del trabajo. Imponer sanciones efectivas frente a los actos de discriminación, incluida la prevención en casos de despidos e intimidaciones, y que se cuente con procedimientos efectivos, accesibles y expeditos para los casos que deban ser remediados”.

Cumplimiento: En 2011 el Ministerio de Trabajo contaba con 410 inspectores, en octubre de 2016 tenía 830, más del doble, pero su efectividad deja mucho que desear. Mientras que en 2010 se hicieron 24.631 inspecciones administrativas, en 2015 hubo 9.066 visitas, y en 2016, con una planta de inspectores duplicada, sólo se adelantaron 1.063 visitas. También se encontró que el Ministerio no impone sanciones a los empleadores que violan la libertad sindical. En el 76% de los casos se niega el derecho, se archiva o se declara incompetente.

La creación del Ministerio del Trabajo ha generado muchas expectativas, pero hasta la fecha no se ha avanzado de forma real en el desarrollo de mecanismos reales y efectivos de política pública para garantizar realmente los derechos contractuales y convencionales de los trabajadores. El Ministerio en su corta trayectoria y por falta de una política pública de transición ha terminado avalando una serie de mecanismos que preservan de manera improvisada un contexto propicio para la intermediación laboral, (tanto en el sector público como el privado) y que contradicen el espíritu y las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia existente en la materia; así ha sucedido con la preservación de las Cooperativas de trabajo asociado mediante distintas figuras neo empresariales, tales como las empresas “espejo” (operadores - intermediarios que impiden relaciones laborales directas entre empleadores y empleados), los contratos sindicales, las Sociedades anónimas simples y los pactos colectivos que han venido relevando a las cooperativas de trabajo asociado para negar relaciones laborales regulares y el derecho a la negociación colectiva en el último periodo para más de 300 mil trabajadores “ex – cooperados” en sectores tales como palma de aceite, azúcar, minas, puertos, flores y el sector salud oficial. Lo cual se hace posible ante la falta de instrumentos legales que definan con claridad el final de estas figuras y la regularización de estos contingentes de trabajadores tercerizados.

Ante el avance de las distintas formas de la tercerización laboral en el país, la demanda por nulidad simple constitucional de la Central Unitaria de Trabajadores ante el Consejo de Estado en contra de la expedición del decreto 583 del 2016 por parte del Ministerio del

Trabajo, destaca en su texto con respecto a las cifras de trabajadores tercerizados en el país, la existencia de más de tres millones de trabajadores tercerizados.

“En Colombia desde los años 90s se estimuló el uso de formas ambiguas y disfrazadas de vinculación para encubrir la relación laboral, constituyendo violación de derechos laborales. Para 2015 la proporción de trabajadores sometidos a relaciones laborales ilegales es del 17,3%1, es decir, en Colombia hay 3.813.880 trabajadores en situación de relaciones laborales ilegales, 351.680 más de los que había en 2011. De acuerdo con la Gran Encuesta de Hogares del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas - DANE

Esta situación ha sido duramente objetada tanto a nivel nacional por las organizaciones representantes de trabajadores, especialmente entre las centrales sindicales, la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia-CUT, como por organismos internacionales como la OIT por medio de sus órganos de control y a través de las Conclusiones de la Misión Tripartita de Alto Nivel a Colombia; la Organización para Cooperación y el Desarrollo OCDE, y la Unión Europea.”⁵

La denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores en contra del Decreto 583 igualmente destaca los compromisos convencionales contraídos por Colombia ante distintas organizaciones internacionales en la materia.

- “MISIÓN ALTO NIVEL DE LA OIT 22-28 febrero 2011: Llevar a cabo acciones de control para acabar con la intermediación laboral llevada a cabo por las cooperativas de trabajo asociado, así como todos los demás obstáculos legales y prácticos a la libertad sindical y negociación colectiva que puedan resultar de la existencia de dichas cooperativas.”

- “OCDE: Revisar diferentes contratos atípicos del mercado laboral para evitar abusos y promover la formalización. En particular, monitorear de cerca los contratos a través de empresas de servicios temporales y prohibir el mal uso de contratos civiles que socavan los derechos laborales de los trabajadores involucrados.”

- “HOJA DE RUTA DE DERECHOS HUMANOS Y LABORALES CON UE (RESOLUCIÓN 2628) 13 junio 2012: Eliminación de los Pactos Colectivos u otras medidas que ignoran y/o niegan los trabajadores sus derechos sindicales o los beneficios de una relación laboral directa.” CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES DE COLOMBIA CUT Personería Jurídica No. 01118 de abril 13 de 1987 ITUC CSI IGB”⁶

Con ocasión de esta demanda en el mes de marzo de 2017 el Consejo de Estado decidió suspender provisionalmente el Decreto Reglamentario 583, que autorizaba a las empresas públicas y privadas tercerizar actividades laborales (incluso las misionales permanentes) mediante cooperativas, contratos sindicales, SAS, entre otras modalidades de contratación tercerizada.

Según el Consejo de Estado, con el Decreto 583 el Gobierno excedió los límites que le impuso ley 1429 del 2010, que rige el tema de la tercerización laboral. Por eso decidió la

⁵ DEMANDA POR NULIDAD SIMPLE DECRETO 583 DEL 2106, Central Unitaria de Trabajadores

⁶ ibidem

suspensión provisional de este decreto reglamentario, mientras prepara una resolución de fondo.

De tal suerte que queda vigente la norma contenida en el artículo 63 de la ley 1429 del 2010, que dice que la tercerización laboral es ilegal cuando en una empresa pública y/o privada se vincula personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes a través de un proveedor, o cuando se vincula personal de una forma que afecte los derechos laborales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

El Gobierno Nacional, a través de su Ministerio del Trabajo ha reconocido en el caso de las Cooperativas de trabajo asociado que además no es política oficial su prohibición como mecanismo de vinculación laboral, tan solo su adecuación a los nuevos marcos legales, que las prescriben para ciertos casos. Lo cual ha permitido que gracias a la interpretación jurídica de la ley 1429 de 2010 “De Primer Empleo” y la ley de Plan Nacional de Desarrollo, las llamadas CTAs sobrevivan de forma precaria en sectores tales como el sector Salud, aquel de la Palma de Aceite y el sector del Transporte aéreo, en particular en grandes aerolíneas que expresan una posición dominante en el sector del transporte aéreo. En este sentido, apenas se estaría recolectando información en torno a la situación de aquellos que aún subsisten como trabajadores cooperados, sin que, a la fecha, se hayan tomado medidas concretas gubernamentales para controlar este fenómeno ni la fase de transición de más de 1. 2 millones de estos trabajadores (cifra oficial) a un contrato regular de trabajo. Para el caso del sector oficial, por cada servidor público con una vinculación oficial al nivel central del Gobierno existen 1.7 servidores públicos vinculados mediante mecanismos de intermediación laboral, que aún a la fecha, no se han regularizado al interior del propio Estado.⁷

El Gobierno Nacional igualmente reconoce que la regularización de estos puestos de trabajo en el sector privado corresponde a la iniciativa de las empresas, lo cual se presta para una serie de abusos y desviaciones de poder con aquellos trabajadores que desempeñándose como trabajadores misionales y permanentes bajo esquemas de intermediación laboral, quedan hoy básicamente en manos de la autonomía de la voluntad de sus empleadores (tanto en el sector público y privado) para formalizar su relación laboral, sin mayor control gubernamental ni amparo legal en materia de la salvaguarda de sus derechos adquiridos por mérito del contrato realidad, causado en estos casos.

A esto se suma el mensaje contenido con la expedición del decreto 583 de 2016 por parte del Ministerio del Trabajo de la actual administración Santos y que ha sido rechazado por las organizaciones sindicales más representativas del país por no haber sido concertado con los trabajadores y por contener una orientación que permite reducir lo que son claras conductas y fenómenos de tercerización ilegal del trabajo proscritas actualmente por las leyes laborales en meros indicios que admiten la prueba en contrario que podrían conducir al aval administrativo de prácticas que podrían ser formalmente legalizadas y que niegan la existencia del contrato laboral formal y su exigibilidad. Lo que nos ubica en una suerte de contra reforma laboral que modifica el orden público laboral y que invierte la carga de la prueba sobre el extremo del empleado y a favor del empleador, revirtiendo la tendencia a proteger en materia legal a la parte más vulnerable de la relación laboral y los principios de primacía de la realidad sobre la formalidad que favorecen al operario.

⁷ Cifras del Ministerio del Trabajo

La Recomendación No. 198 de la organización Internacional del Trabajo (OIT) supera el criterio de la subordinación jurídica y basa la aplicación del derecho del trabajo en el principio de la realidad, o sea, en la forma en que se ejecuta el trabajo, superando así las debilidades del criterio de la subordinación jurídica.

Las consideraciones de esta Recomendación expresan que:

...Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente;

Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación; Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho...

Y recomiendan a sus Estados parte que:

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:

(a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;

(b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

(c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador

en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

A este tipo de escenarios que debe atender el ordenamiento jurídico es que responde este proyecto en consideración del Congreso de Colombia y que busca definir de forma clara el debate sobre la informalidad laboral en pro de la salvaguarda de los derechos de los trabajadores colombianos y su régimen jurídico contractual bajo las limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes, que deben acompañar esta materia y tratando de acompasar la realidad con los principios que rigen el derecho laboral.

Una decisión de desmontar este sistema de intermediación necesita de un consenso que necesariamente conduce a su consumación en una norma legal discutida y aprobada por el legislador, quien representa de forma comprensiva a la sociedad y quien es quien debe asumir el desenlace de esta discusión y la formulación de una política pública ; legislando y ordenando no solamente el final del sistema cooperado como forma de contratación laboral sino además previendo las consecuencias y las escenarios futuros para los trabajadores bajo estos esquemas informales en todas sus variantes, quienes deberán ser contratados mediante las disposiciones de orden laboral y administrativo vigente, que no desconozcan los derechos de los asalariados y que finalmente los inserten en el marco de relaciones estables, conforme lo establece el ordenamiento jurídico para el caso del trabajo asalariado.

“En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional. En otras palabras, las autoridades competentes evitarán la desviación inconstitucional de las normas protectoras de los derechos de los trabajadores y exigirán la responsabilidad solidaria que se deriva del incumplimiento de las reglas legales “⁸

El presente proyecto de ley está conformado por 6 artículos que se refieren en su orden a;

⁸ Corte Constitucional C 614 de Septiembre de 2009

Su objeto o propósito: suprimir la figura de la intermediación laboral a través de cooperativas de trabajo asociado estableciendo que el personal requerido en por las empresa públicas o privadas para el desarrollo de sus actividades misionales, no podrá vincularse a través de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral ni bajo ninguna otra modalidad de vinculación que menoscabe lo derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Por eso, la norma expresamente señala que a partir de su promulgación, queda prohibido en el territorio nacional, la contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado y cualquier otro tipo de asociación que pretenda hacer intermediación laboral.

Evitando con ocasión de esta prohibición que grandes conglomerados corporativos pretendan que procesos industriales consustanciales a la operación productiva, comercial o de servicios a gran escala sean considerados no misionales y con ello se habiliten procesos irregulares de enganche de trabajadores mediante las mencionadas formas de intermediación laboral.

Con el propósito de conciliar los fallos de la Corte Constitucional con nuestra legislación el proyecto de ley establece que los trabajadores que se encuentran vinculados a alguna cooperativa de trabajo asociado, se les aplicará el principio de “contrato realidad” establecido por la Corte Constitucional, sobre los derechos laborales y las empresas que hayan contratado con estas cooperativas, deberán proceder a contratar el personal vinculado mediante contratos laborales directos, sin intermediación laboral.

El proyecto no desconoce la realidad actual y por eso establece una transición que facilite la aplicación de la norma al ordenar que las instituciones y/o empresas públicas y/o privadas, que hayan suscrito contratos comerciales con cooperativas de trabajo asociado, podrán continuar con ellos hasta la fecha de su terminación, pero no podrán prorrogarlos en virtud de la intermediación laboral y contarán con un plazo de 180 días para darlos por terminados y proceder a la contratación laboral directa, tal como lo establece el Código Laboral colombiano.

De la misma manera, el proyecto de ley elimina las salvedades existentes en la ley 1258 de 2008 “Por medio de las cuales se crean las sociedades por acciones simplificadas” a cargo de los accionistas de este tipo de empresas, a quienes se eximía de las obligaciones laborales y tributarias en que incurrieran estas entidades.

Lo cual constituía un alto riesgo para trabajadores enganchados bajo este tipo de figura mercantil, quienes podrían eventualmente ver frustradas sus acreencias con sus empleadores, al carecer la empresa de suficiente respaldo patrimonial para responder por sus obligaciones y eximirse legalmente a sus socios de la responsabilidad de asumir las mismas. En el actual proyecto, se garantiza en todo caso, las obligaciones laborales a cargo de las llamadas empresas SAS, quienes al no contar con los activos suficientes para pagar estas deudas, apelarían al patrimonio de sus socios, tal como sucede en estos casos, en el régimen legal de las sociedades colectivas. Evitándose que las empresas por acciones simplificadas se conviertan en un refugio para desconocer las acreencias laborales.



AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Para que la norma no vaya a quedar sin fuerza, el proyecto incluye sanciones por su incumplimiento, señalando expresamente que el Ministerio de Trabajo, a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMLMV) a las instituciones y/o empresas públicas y/o privadas, que no cumplan con lo establecido en esta ley.

Las CTA, que hasta el momento tenían un régimen especial debido a que sus asociados son al mismo tiempo dueños, trabajadores y gestores (lo que les permitía no tener un contrato de trabajo y no estar regidas por el código laboral), desaparecen del ordenamiento jurídico laboral, porque son contrarias a la Constitución y se erigieron en instrumentos para violar la ley laboral y se habían convertido en el blanco de críticas por parte de los sindicatos tanto del país como del exterior, que las acusan de pauperizar el trabajo y de intermediar labor para descargar a las empresas de sus obligaciones.

De los honorables congresistas,