

El Contrato sindical en Colombia: ¿un mecanismo de promoción de la sindicalización o de violación de derechos laborales?

Martha Elisa Monsalve Cuéllar¹

Camilo Piedrahita Vargas²

Introducción

El contrato sindical se define como aquél que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados, art. 482 del Código sustantivo de Trabajo (CST).

A través de esta figura los sindicatos de gremio, afilian personas para ejecutar dichos convenios, sin que entre ellas y el sindicato exista una relación laboral regulada por el (CST) y mucho menos entre ellas y la empresa beneficiaria de la obra o servicio contratado.

Se trata pues de un híbrido por medio del cual una empresa puede obtener mano de obra sin que exista un vínculo laboral con las personas que la ejecutan, y por ende ni la empresa ni el sindicato que los asocia, deben cumplir con los derechos mínimos laborales establecidos legalmente para los trabajadores dependientes como prestaciones sociales, vacaciones, aportes a

¹ Profesora de pregrado y posgrado en Derecho Laboral y Derecho de la Seguridad Social de la Escuela de Derecho de la Universidad Gran Colombia (Bogotá, Colombia) y otras instituciones nacionales e internacionales. Abogada y asesora en los temas mencionados. Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Expositora. malisa29mon@hotmail.com

² Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Profesor de pregrado y posgrado en materia de Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social y Derecho y Economía. Abogado y asesor en los temas mencionados. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Expositor. cpiedra8@eafit.edu.co

seguridad social etc., utilizándose así la sindicalización como un mecanismo de ineficacia de los derechos de los trabajadores.

El Contrato Sindical

El artículo 482 del CST define el contrato sindical, así: *“Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio de Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo”.*

De la anterior definición se desprende entonces que este contrato colectivo laboral, permite a las organizaciones sindicales de gremio³ (pues es un contrasentido que una empresa contrate a sus propios empleados afiliados a un sindicato de base o empresa para que éstos le presten servicios), asociar trabajadores para realizar obras o prestar servicios a empresas o sindicatos de empleadores, con autonomía administrativa e independencia financiera⁴

Bajo esta figura, la organización sindical, asocia a los trabajadores para cumplir con el servicio contratado, siendo responsable de realizar la afiliación, reporte

³ Conformados por trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad.

⁴ Art. 1º decreto 1429 de 2010.

de novedades y pago de la seguridad social⁵, además de todas las obligaciones pactadas en el mismo:

“ARTICULO 483. RESPONSABILIDAD. El sindicato de trabajadores que haya suscrito un contrato sindical, responde tanto por las obligaciones directas que surjan del mismo como por el cumplimiento de las que se estipulen para sus afiliados, salvo en los casos de simple suspensión del contrato, previstos por la ley o la convención, y tiene personería para ejercer tanto los derechos y acciones que le correspondan directamente, como las que correspondan a cada uno de sus afiliados. Para estos efectos, cada una de las partes contratantes debe constituir caución suficiente; si no se constituyere, se entiende que el patrimonio de cada contratante responde de las respectivas obligaciones”.

A pesar de que los afiliados partícipes (los que ejecutan el contrato) no tienen un vínculo laboral dependiente con el sindicato ni con la empresa contratante, cada contrato sindical debe contar con un reglamento con el fin de establecer al menos: un tiempo mínimo de afiliación al sindicato para participar en la ejecución de un contrato sindical⁶; el procedimiento para el nombramiento del coordinador o coordinadores y a los afiliados partícipes; la forma de distribuir el valor del trabajo (al menos equivalente al salario mínimo legal mensual vigente); las causales y procedimiento de retiro y de reemplazo de los afiliados; mecanismos de solución de controversias; porcentaje del excedente que se destinará a educación, capacitación y vivienda;

⁵ Art. 5º decreto 1429 de 2010.

⁶ Para impedir el uso indebido de esta figura, el decreto 36 de 2016 estableció un requisito de tiempo mínima de existencia del sindicato que pretenda suscribir un contrato sindical de 6 meses.

Naturaleza del contrato sindical

La mencionadas normas, así como la jurisprudencia ordinaria y constitucional apuntan a caracterizar la relaciones jurídicas entre el sindicato y los afiliados partícipes y entre éstos y la empresa contratante, como una relación sin subordinación, en la cual la organización sindical negocia y acuerda en un contexto de igualdad las condiciones de la prestación del servicio. Veamos:

“Para todos los efectos legales, el representante legal de la organización sindical que suscriba el contrato sindical ejercerá la representación de los afiliados que participan en el Contrato Sindical”⁷.

“Dado el plano de igualdad en la que intervienen los afiliados partícipes entre sí y con el Sindicato en la ejecución del contrato sindical, el reglamento deberá incluir lo pertinente a las compensaciones o participaciones y deducciones para los afiliados partícipes a que haya lugar⁸.

Desde 1981, la Corte Suprema de Justicia reconoció el carácter *sui generis* de esta modalidad contractual; en sentencia del 25 de julio de 1981, radicación 7707, esa corporación anuncia la imposibilidad de que exista una relación laboral entre los afiliados partícipes y la organización sindical, pues el patrono es quien recibe o se beneficia de los servicios de trabajador, lo cual para dicha corporación no ocurre en esta figura. En la mencionada providencia, citó también la del 28 de octubre de 1949 de Tribunal Supremo del Trabajo, en la cual se homologa la organización sindical a un contratista independiente, razón por la cual, no habría tampoco relación laboral entre los afiliados partícipes y la empresa contratante, sólo la solidaridad consagrada en el art. 34 del CST

⁷ Art. 4º decreto 1429 de 2010

⁸ Art. 5º decreto 1429 de 2010.

cuando el objeto contratado a aquél, es similar al que ejerce el contratista (y ¿cuál es el objeto social de una organización sindical?):

“.....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 trabajadores⁹”.

El reconocimiento de la posibilidad de que el sindicato actúe como contratista, se funda en el argumento de que ello puede favorecer la libertad sindical y el derecho de asociación, es decir, propiciar sindicatos libres y sólidos y contrarrestar la tendencia de tercerización¹⁰. No obstante, al reconocerse como un empleador sin ánimo de lucro, se contradice el mandato del artículo 355 del CST: *“Los sindicatos no pueden tener como objeto la explotación de negocios o actividades con fines de lucro”.*

Cita además sentencia del 27 de octubre de 1975, en la cual se exalta la diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato sindical; entre otras se menciona que en el último, se contrata una obra o servicio, independientemente de las personas que la ejecuten, por lo cual resulta indebido aplicar el régimen del contrato individual de trabajo al contrato sindical.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en forma similar a la ordinaria; en sentencia T 457 de 2011, la Corte Constitucional expresa que los

⁹ Art. 34 CST.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 25 de julio de 1981, Rad. 7707.

afiliados partícipes no tienen un contrato de trabajo con la organización sindical; considera la corporación que no existe el elemento esencial de la subordinación pues el sindicato se encuentra en un plano de igualdad frente al contratante. Sería entonces un contrasentido que quienes se agrupan para defender sus intereses laborales frente a un empleador, tuviesen a su vez el carácter de patrono. Así mismo, la relación jurídica entre el contratante (empresa) y el contratista (sindicato) es equitativa¹¹.

El contrato sindical se trata pues de una figura a través de la cual las empresas pueden contratar servicios u obras, e indirectamente la mano de obra de quienes las ejecutan, sin que exista una relación laboral; tampoco existe entre la organización sindical y sus afiliados, situación que la hace proclive a la utilización indebida, en aras de menoscabar derechos laborales.

Tercerización e uso indebido del contrato sindical

En Colombia puede tercerizarse la mano de obra de manera directa o indirecta a través de las siguientes figuras:

Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA).

Son personas jurídicas conformadas por “asociados” cuyo principal aporte es el trabajo. Son pues, un híbrido entre empresario y trabajador, que confluyen en una misma persona. Partiendo de ese supuesto, en un principio, la ley de cooperativas de Colombia excluía a estas entidades de la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo; de esta manera, el régimen laboral y prestacional de

¹¹ Sentencia T 303 de 2011.

estos “trabajadores asociados” era aquél que ellos mismos se daban por medio de sus estatutos y que podía coincidir o no con aquél establecido para los trabajadores dependientes. Este escenario propició un uso indebido de la figura por parte de ciertos empresarios para crear cooperativas con nuevos trabajadores o incluso para migrar trabajadores dependientes a este tipo de asociaciones, con el fin de obtener mano de obra barata. Sólo entre el año 2.000 y el 2006 las cooperativas pasaron de 577 a 1881.

El escenario político de la negociación del tratado de libre comercio con Estados Unidos permitió el control de este tipo de contrataciones por la solicitud del gobierno norteamericano de intervenir estas modalidades de producción y las bajas tasas de sindicalización, que le permitirían a Colombia producir más barato y afectar la balanza comercial a su favor en un escenario de libre comercio.

Así, paulatinamente las CTA fueron perdiendo atractivo para los empresarios; se les impuso la obligación de pagar compensaciones cuyo valor fuera al menos equivalente al salario mínimo, se les prohibió el envío de trabajadores en misión, siendo obligadas a contratar procesos o subprocesos completos y no misionales y se les prohibió contratar con sociedades simplificadas por acciones, para finalmente aplicarles la legislación laboral ordinaria en la ley 1429 de 2010, artículo 63:

“Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores

realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo”.

Empresas de Servicios Temporales

Se trata de sociedades autorizadas para enviar trabajadores en misión a empresas usuarias bajo 3 supuestos: 1). En casos de reemplazo de licencias o incapacidades. 2). Picos productivos o temporadas altas – por 6 meses prorrogables por 6 meses más. 3) Trabajo Ocasional (duración de máximo 30 días para labores distintas a las del giro ordinario del empleador). En estos casos, partiendo del ahorro en términos de costos de transacción (búsqueda, selección, enganche, gestión etc.) la ley autoriza a ciertas sociedades, a enviar trabajadores en misión a trabajar para otras, no obstante, el empleador para todos los efectos (excepto los derivados de la subordinación como la facultad directiva y reglamentaria) sigue siendo la empresa de servicios temporales, quien cobra a la usuaria el costo legal directo e indirecto de un trabajador dependiente (pues a estos trabajadores se les aplica plenamente el CST) más una comisión.

El uso inadecuado de estas figuras ha estado usualmente asociado a la permanencia de los trabajadores en misión por más tiempo del permitido (1 año en el caso de picos productivos o temporadas altas) a través del “carrusel” (se cambia de persona o de empresa temporal cada año, pero el puesto de trabajo pasa más de un año ocupado por trabajadores “temporales”) o por no estar cubriendo efectivamente ninguna incapacidad o licencia y genera consecuencias tan diversas como la declaración de existencia de un contrato

de trabajo entre el trabajador en misión y la empresa usuaria, hasta multas o cierres definitivos o temporales (para la EST).

La contratación de mano de obra por medio de estas empresas transita por la eficiencia que se deriva del ahorro de los costos de transacción (selección, enganche, etc.) de trabajadores para períodos de tiempo muy cortos, pero además porque los trabajadores enviados en misión no gozan de beneficios extralegales o convencionales otorgados a los trabajadores vinculados directamente a la empresa usuaria, excepto los de transporte, recreación y alimentación.

Contratos sindicales

Finalmente, como ya se explicó, y se analizará más adelante, estos contratos colectivos de trabajo se celebran entre uno o varios sindicatos de trabajadores (usualmente de gremio o industria) con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores ya sea para prestar un servicio o ejecutar una obra con sus propios afiliados.

Tercerización laboral ilegal

El abuso de las figuras de tercerización, especialmente de las CTA, no solo ha llevado al Estado no solo a combatir dichas entidades sino a restringir de manera general las operaciones de *outsourcing*. Estas medidas se materializaron de manera general en la expedición de la ley 1429 de 2010, la cual, en su artículo 63 establece:

“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.

(...) El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave”.

En particular y para reglamentar el mencionado artículo el gobierno expidió el decreto 583 de 2016 y dar cumplimiento al artículo 74 del Plan Nacional de Desarrollo, ley 1753 de 2015.

El objetivo principal del decreto es dar claridad sobre lo que constituye tercerización ilegal. De acuerdo con la norma en mención, la tercerización es ilegal si reúne dos requisitos: 1) si versa sobre actividades misionales permanentes de la empresa contratante y 2) la misma vulnera derechos laborales constitucionales y legales.

A pesar de lo loable de este fin, deben hacerse algunas consideraciones:

1. La prohibición debe hacerse bajo el entendido que algunos procesos o actividades de una empresa pueden ver justificada su tercerización bajo la racionalidad de la eficiencia de la especialización empresarial, esto es, aquélla debe dedicarse a las actividades que son su ventaja competitiva y tercerizar las que otro puede hacer con más calidad y a un mejor precio. Esto es aún más comprensible en productos de alta complejidad como obras de infraestructura o la producción de un avión, pues es fácticamente imposible que una empresa pueda ejecutar con su propia mano de obra la totalidad del bien o proyecto.
2. Una empresa económicamente racional, o eficiente, no necesariamente tomará la decisión de tercerizar la mayor parte de sus procesos o actividades. Debe tenerse en cuenta que no contratar personal directamente sino acudir al mecanismo del mercado (tercerizar) tiene costos, llamados costos de transacción, tales como la búsqueda, selección, contratación del proveedor y de cumplimiento de lo contratado, y que el trabajo, al igual que todo factor de productor padece de los efectos de los rendimientos marginales decrecientes, esto es, una empresa no es necesariamente más eficiente por tener más trabajadores¹².
3. En un intento de aclarar qué son actividades misionales permanentes, el decreto enuncia calificativos absolutamente amplios, genéricos y vagos que no ofrecen claridad al respecto y que dejarán a la autoridad administrativa del trabajo en total discrecionalidad para multar a las

¹² Para más información véase Ronald H. Coase. The Nature of the firm.

empresas. Se definen como aquellas esenciales, inherentes o consustanciales o como aquéllas actividades sin las cuales se afectaría la producción del bien o servicio.

4. El decreto tampoco resuelve la cuestión acerca de lo que se considera afectar los derechos constitucionales, legales y prestaciones consagrados en las normas laborales vigentes, siendo éste el elemento que configura la tercerización ilegal. En el evento en que en la empresa contratante existan derechos extralegales ausentes en la nómina del contratista la situación parecería más clara, pero si simplemente el contratista paga un salario menor (pero superior al mínimo legal) a sus trabajadores que aquél que paga el contratante a los suyos, ¿estamos frente a una violación de normas laborales? ¿del principio de igualdad?

Por estas y otras razones de forma (extralimitación de funciones del poder ejecutivo), este decreto fue demandado ante el Consejo de Estado, corte de cierre en materia contencioso administrativa, y se encuentra actualmente suspendido mientras se decide su constitucionalidad.

Análisis concreto

Existen indicios de una posible indebida utilización de la figura del contrato sindical. En primer lugar aparece el aumento desmesurado e inexplicable de contratación sindical, reportadas por la Escuela Nacional Sindical y el Ministerio de Trabajo: mientras que para el año 2010 se reportaron sólo 50 casos de contratación sindical, en 2015 esta cifra ascendió a 1975. Según datos no

oficiales del Ministerio de Trabajo, entre el año 2013 y 2015 se firmaron 2066 acuerdos de este tipo¹³.

En segundo lugar, existe un gran número de organizaciones sindicales ejecutando este tipo de contratos, que vienen de ser cooperativas de trabajo asociado, figura cuyo abuso provocó con nombre propio la obsesión del gobierno por perseguir toda forma de tercerización. Solo en 2011, el Ministerio de Trabajo reportó 17 organizaciones sindicales ejecutando contratos sindicales en el sector de la salud que venían de ser cooperativas de trabajo asociado anteriormente, tercerizando el empleo de más de 3.700 personas.

No resulta coherente entonces que el Estado formule (acertadamente o no) una estrategia de restricción de la tercerización laboral (de actividades misionales permanentes con violación de derechos laborales) pero la permita a pseudo organizaciones sindicales, que se han convertido en verdaderas empresas con ánimo de lucro (de sus dirigentes).

¹³ Informes SISLAB. En: <http://www.ens.org.co/lee-y-aprende/lee-y-descarga-nuestras-publicaciones/informes-sislab/>

Bibliografía

Ospina, Edgar. Derecho colectivo de trabajo. Ed Ibañez, Bogotá, 2005.

Derecho Laboral, seguridad social y empresa. Vol 2. Bogota, Ed. Diké.

Informes SISLAB. Escuela Nacional Sindical.