

IX CONGRESO IBERORAMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

ASOCIACION IBEROAMERICANA DE JURISTAS DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL –FILIAL GUATEMALA

“LA SUBCONTRATACION Y EL AMBIENTE JURIDICO LEGAL.LA
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LA SUBCONTRATACION “

Guatemala, febrero 26, 27,y 28 de 2014

Martha Elisa Monsalve Cuèllar

Presidenta ILTRASS

Docente Investigadora

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

CONTENIDO TEMATICO

- 1- INTRODUCCION
- 2- ALCANCES Y RESPONSABILIDADES
- 3- SIMPLE INTERMEDIARIO
- 4- EFECTOS JURIDICOS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA
- 5- PASO A LA EXTERNALIZACION Y TERCERIZACION
- 6- PROYECTO DE LEY QUE PROHIBE LA TERCERIZACION EN COLOMBIA
- 7- PROHIBICION EN OTROS PAISES
- 8- CONCLUSIONES

1- INTRODUCCION

Conviene para efectos del desarrollo del tema propuesto para este panel y a modo introductorio revisar la etimología de la palabra SUB: por debajo de

En referencia a la sub-contratación entonces, pretendemos significar que es aquella que está por debajo de la contratación y que en consecuencia adolece de garantías para quien es sujeto de esa figura y que se impone necesariamente analizar su naturaleza jurídica a todas luces incompleta y carente de las garantías de la contratación, siendo necesario subsanar esa deficiencia estableciendo garantías o responsabilidades que vengán a buscar u equilibrio en una situación que a todas luces resulta deficitaria

No habiendo estallado el “boom” de la globalización de 1980 y en referencia a la naturaleza jurídica de esta figura, debemos destacar el Convenio 88 de la O.I.T de 1948¹ que se refiere al servicio del empleo como sistema nacional bajo control de una autoridad nacional, razón por la cual no entendemos como pudieron cometerse abusos como los que citaremos dentro de la figura de la sub –contratación

Es precisamente en dicho Convenio donde se menciona el “mercado del empleo” indicando que el servicio de empleo será un sistema nacional de oficinas de empleo encargadas de garantizar la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, no se expresa bajo que figura, y de ayudar a los trabajadores a encontrar empleo conveniente y a los empleadores a encontrar trabajadores apropiados a las necesidades de la empresa Artículo 6 del Convenio mencionado

Se menciona el empleo conveniente mas no se recalca en el reconocimiento de los derechos y garantías. Lo importante es la consecución del empleo

Sin los efectos de la globalización, la mundialización de los mercados, los tratados de libre comercio como producto de las aperturas económicas de los últimos 30 años, nuestra normatividad laboral, en el caso de Colombia, ya presentaba una figura donde claramente quedaba establecida la subcontratación y con ello igualmente determinando la responsabilidad

¹ ILOLEX Biblioteca de la Organización Internacional del Trabajo

generada y la forma de afrontar dicha responsabilidad.

No podremos situar como fundamento de nuestra legislación Convenios internacionales sobre la materia porque fueron posteriores como lo veremos

Es por ello que para los fines de esta intervención que se nos ha solicitado, tomaremos como punto de partida lo previsto en el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 ² que se ocupa del Contratista Independiente y el Simple Intermediario esbozando la figura de la subcontratación al referirse al simple intermediario.

Alrededor de esa figura legal que se consagra en nuestro lineamiento y al cual se han referido algunos tratadistas colombianos cuando se hace énfasis en las consecuencias jurídicas en cuanto a la responsabilidad que de esta modalidad se desprende

Para ello tenemos que acudir al artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo³ de aquí en adelante C.S.T, para deducir que quienes son agrupados por personas que coordinan trabajadores para ejecutar diferentes trabajos utilizando los locales, materia, prima, herramientas ,u otros elementos de un empleador son simple intermediarios de ese empleador que conserva la calidad y responsabilidad por ser dueño de la obra y que por tanto se le generan obligaciones y responsabilidades que en ningún momento asumirá quienes han contratado servicios en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador

Esta figura se desprende de la denominación del CONTRATISTA INDEPENDIENTE como verdadero empleador aunque ejecute una obra o prestación de servicios en beneficio de un tercero dándose paso a dos situaciones jurídicas diferentes

En el año 1975 se adopta en la Conferencia Internacional del Trabajo el Convenio 142⁴ sobre desarrollo de los recursos humanos (hoy talento humano

² Código Sustantivo del Trabajo 31ª edición LEGIS 2013

³ Código Sustantivo del Trabajo 31ª edición LEGIS 2013

⁴ Ilollex Biblioteca de la O.I.T

o capital humano) en el cual se señala la importancia de su desarrollo mediante políticas y programas de orientación y formación profesional estableciendo una estrecha relación y el empleo mediante los servicios públicos de empleo referidos en el Convenio 88 no ratificado por Colombia

Estos igualmente constituyen antecedentes de la actividad de la intermediación laboral existente en nuestro país

2- ALCANCES Y RESPONSABILIDADES

Para comprender mejor el momento en que se genera la sub contratación en esta figura de la legislación colombiana, debemos empezar por definir al contratista independiente como aquel que con autonomía técnica, administrativa, de dirección, contrata la ejecución de una obra o prestación de servicios a favor de un tercero, dueño de la obra o beneficiario de los servicios asumiendo todos los riesgos y en consecuencia conservando su calidad de verdadero empleador

En esa condición deberá actuar como empleador y garantizar a ese trabajador el reconocimiento de todos los derechos y garantías consagrados en nuestro C.S.T que conlleva la obligación de afiliarlo al sistema integral de seguridad social y asumiendo el pago de los parafiscales a cargo de todo empleador que establece vínculos a través de un contrato de trabajo o relación laboral

No obstante existiendo desde 1988 el Convenio 168 de la O.I.T que promueve el empleo y la protección al desempleo fomentando el empleo pleno, productivo y libremente elegido incluida la seguridad social que desde el Convenio 102 de 1957 ya consagraba unos mínimos, muchos trabajadores al servicio de estos contratistas independientes sufrieron las consecuencias de la desprotección especialmente en cuanto a riesgos en el trabajo en el sector de la construcción debiendo el dueño de la obra responder solidariamente por las consecuencias de accidentes de trabajo en un sector de alto riesgo laboral

La figura del contratista independiente no puede usarse indiscriminadamente.

Para ello es condición SINE QUANOM que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio, beneficiario de los servicios o dueño de la obra siendo, solidariamente responsable de los salarios, prestaciones o indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores contratados o vinculados, pudiendo a su vez el beneficiario o tercero solicitar al contratista las garantías necesarias o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores por cuenta de la solidaridad establecida

Vale la pena acotar que bajo esa modalidad empezaron en Colombia las actividades de las Empresas de Servicios Temporales que empezaron a florecer a partir de 1961, sin ninguna regulación y copiando el modelo gringo

del trabajo por horas⁵ pero muy posterior al auge de la actividad en Colombia y sin ninguna norma regulatoria en nuestra legislación de esa modalidad de trabajo y que al promulgarse el decreto 2351 de 1965 reglamentario de la Ley 6ª de 1945 que en su artículo 3º estableció la figura del Contratista independiente abrió paso a la legalización de esta actividad que en nuestro país alcanzo un auge insospechado en la década de los 80 y 90 e Hoy a través de esas empresas se proporcionan mas de un millón de trabajadores en misión a empresas usuarias⁶

Resulta pertinente mencionar que dicho Convenio no aparece ratificado por Colombia precisamente por el anticipo legislativo que se registra en nuestra normatividad laboral sobre esos aspectos y sobre la regulación de las Agencias Privadas de Empleo⁷ que consagra muchos elementos de las normas que ya habían sido promulgadas en Colombia regulando el equivalente, las Empresas de Servicios Temporales

3- SIMPLE INTERMEDIARIO

Es el mismo texto legal el que entra a definir el carácter de simple intermediario cuando se trata de personas que contratan esos servicios para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador

En consecuencia se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de trabajadores para la ejecución de trabajos para un tercero, verdadero dueño de la obra conservando este el carácter de empleador y adquiriendo todas las obligaciones legales y contractuales frente a los trabajadores Es decir es el verdadero empleador

Es la figura de la INTERMEDIACION LABORAL la que en Colombia ha sido materia de grandes controversias y que inclusive una figura legal de gran contenido social como las Cooperativas de Trabajo Asociado que tienen su régimen legal especial y que no se rigen por el C.S.T. y por tanto los vinculados no reciben el tratamiento de trabajadores sino de afiliados a la cooperativa, se utilizaran como instrumento de intermediación para de manera fraudulenta desconocer los derechos y

⁵ Convenio 175 de 1994 O.I.T ILOLEX Biblioteca de la O.I.T

⁶ Revista ACOSET Año 2 No 5 pag 16

⁷ Convenio 181 de O.I.T de 1997 ILOLEX

garantías laborales a los trabajadores vinculados mediante esta figura⁸ dando lugar de la Corte Constitucional protegiendo los derechos del “pseudotrabajador” como lo denomina el autor citado y la aparición de normas de choque que obligaron al Ministerio de Trabajo a promulgar los decretos 4369 de 2006 reglamentando la actividad de las empresas de servicios temporales pues muchas de ellas se habían convertido en Cooperativas de Trabajo asociado desvirtuando completamente su objetivo principal y el Decreto 4588 de 2006 que reglamento la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que sin tener autorización legal estaban intermediando y que funcionaban como empresas de servicios temporales de manera ilegal lo que diò origen airadas protestas de las organizaciones sindicales que elevaron quejas, inclusive ante el Comitè de Libertad Sindical y lo denunciaron públicamente en las sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo

Es igualmente importante resaltar que estos fenómenos resultan a consecuencia de la inminente necesidad de buscar la flexibilidad laboral mal entendida desde el punto de desconocer los derechos y garantías a los trabajadores y no acudir a medios idóneos como la competitividad y la productividad en la cual tanto empleadores como trabajadores se pueden comprometer, seria y responsablemente para lograr la sostenibilidad de las empresas, una de las formas de lucha frontal al flagelo del desempleo y en consecuencia a sus graves consecuencias como son el aumento de la informalidad, el desempleo de los jóvenes y el crecimiento de la pobreza absoluta que marca peligrosamente aspectos de inequidad, dando paso y no pocas veces a la sub-contratación y la consecuente desmejora de derechos y garantías a quienes se vinculan por este medio

4- EFECTOS JURIDICOS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Al conservar el carácter de verdadero empleador en la figura del simple intermediario se deduce su absoluta y única responsabilidad frente a los trabajadores del cumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación laboral

En la figura del contratista independiente se establece la responsabilidad solidaria entre el dueño de la obra o tercero beneficiario de las misma o como beneficiario de los servicios contratados a través de ese empleador

⁸ Introducción al concepto de derecho del trabajo y su vinculo con las formas de trabajo independiente, parasubordinado y autogestionario JORGE ELIECER MANRIQUE VILLANUEVA Externado de Colombia 2013

A través de una póliza o cualquier otro tipo de garantía el contratista independiente, responderá frente a sus trabajadores pudiendo repetir lo pagado contra el dueño de la obra o beneficiario de los servicios contratados

Cuando en nuestra legislación colombiana se reglamento por primera vez en el año de 1983 y mediante el Decreto 1433 la actividad de las Empresas de Servicios Temporales, que para esa fecha habían proliferado como negocios verdaderamente florecientes, se estableció para esa intermediación una póliza de garantía que se otorgaba por determinado monto y con el fin de responder por las acreencias laborales de los trabajadores temporales como se denominaron inicialmente a los enviados a prestar servicios en beneficio de un tercero, evidenciando la intermediación en una figura de subcontratación puesto que ya se presentaba el no reconocimiento de la indemnización por despido al no figurar esta como causal de terminación del contrato al finalizarse este por la causa legal de finalización de la obra o labor contratada

Existe en el C.S.T el artículo 36 que consagra la RESPONSABILIDAD SOLIDARIA de” todas las obligaciones que emanan del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre si en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio y los condueños o comuneros de una misma empresa entre, si mientras permanezcan en la indivisión “

5- PASO A LA EXTERNALIZACION Y TERCERIZACION

Consideramos entonces que estas dos figuras protegidas por la ley e institucionalizadas en ella con los antecedentes de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que hemos citado, dieron paso a la externalización de los servicios o procesos, mal llamada “out sourcing “ que corresponde a un anglicismo pues en busca de una especialización y mejoramiento, eliminando costo de error y disminuyendo costos por volumen de compras de insumos o materia prima, se utiliza nuevamente la figura del contratista independiente y la solidaridad allí prevista, renunciando prácticamente al carácter de verdadero patrono o empleador que había quedado tan claramente establecida en la Ley 50 de 1990 artículos 71 al 94 precisando en el artículo 71 ese carácter Allí dedicado a las Empresas de Servicios Temporales este amplio detalle normativo que vino a enseriar esta actividad que ha contribuido al enorme auge de la tercerización en nuestro país que ha sido objeto de críticas como que atenta contra el derecho de sindicalización, no permite la estabilidad y en ocasiones, por la falta de control y vigilancia por parte de la Inspección de Trabajo, se violan muchos derechos a los trabajadores en misión como los denominó la citada ley

Con respecto a esas críticas podemos afirmar que son infundadas por dos razones de peso: el artículo 38 de nuestra Constitución Nacional ⁹ como efecto de la ratificación del Convenio 87 de la O.I.T consagró el derecho de sindicalización para TODOS LOS TRABAJADORES haciendo la salvedad de las Fuerzas Militares y de Policía Consagrado así el derecho de constituirse en sindicato u organizaciones de trabajadores, pierde pues todo peso dicha crítica

Además la Corte Constitucional en muchas sentencias ha fortalecido con interpretaciones que muchas veces no compartimos, el Convenio 87 de O.I.T luna reciente del Magistrado Jorge Ivan Palacio con aclaración de voto del magistrado Nilson Pinilla Sentencia T 917 de Noviembre /12 referida al preaviso a Contratista con vínculo indefinido que no limita la asociación sindical

En cuanto a la falta de estabilidad, los hechos demuestran que se ha logrado un nivel de especialización en los trabajadores en misión que han adquirido niveles de competencias laborales muy solicitadas lo que hace que permanezcan mucho tiempo en las E.S.T enviados como trabajadores en misión a diferentes usuarios

No obstante se ha generalizado mucho el uso del CONTRATO SINDICAL otra forma de sub contratación o tercerización con base en el artículo 482 del C.S.T. que consiste en la celebración por parte de uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados

Altamente criticado por la Central Unitaria de Trabajadores porque afirma desvirtúa la naturaleza del sindicato No obstante han tomado mucho auge estos contratos que inicialmente se utilizaron para trabajos urgentes cuando estallaba la huelga para evitar daños graves a la empresa o la maquinaria del empleador

6-PROYECTO DE LEY QUE PROHIBE LA TERCERIZACION EN COLOMBIA

Consideramos que más con fines proselitistas en vísperas de elecciones parlamentarias se presentó un proyecto de Ley 81 de 2012 por parte del Senador Alexander López por “la cual se dictan normas para suprimir y prohibir la contratación laboral mediante cooperativas de trabajo asociado y demás formas de tercerización laboral “

Dicho proyecto de ley fue aprobado en primer debate a similitud de lo que existe en Ecuador,

7- PROHIBICION EN OTROS PAISES

⁹ Constitución Nacional de Colombia de 1991 Legis 2010

Gracias al colega ecuatoriano, Pedro Cruz Rodriguez,, quien nos hizo llegar un documento en que explica la forma en que esta ley se aplica en su país. Dice el colega: "En Ecuador Correa lanzó el tema como promesa de campaña y ganó e implemento en la Constituyente que, mediante MANDATOS se eliminarà la tercerización y el trabajo por horas y dispuso mediante Mandato No 8 de la Constituyente se terminara el trabajo "negrero" según èl y en la nueva Constitución, vigente desde el año 2009 se dispuso que toda relación de trabajo es BILATERAL Y DIRECTA "

Sin embargo, agrega el Dr Cruz "que a los pocos años el mismo Correa tercerizó los servicios médicos y de alimentación en el sector de la salud pública. Además dejó para el sector privado los llamados servicios complementarios en el área de seguridad, guardianía, alimentación, mensajería y limpieza pero les cambio el nombre "

No es de dudar cuánta subcontratación existirá en el fondo de medidas tan radicales

Igualmente en Venezuela esta prohibida la intermediación y la tercerización coincidentalmente en dos países con regímenes totalitarios abiertamente de izquierda

Por ello no nos resulta coherente este proyecto de ley en un país como Colombia que se ha abierto al Comercio Internacional firmando múltiples tratados de libre comercio y en donde la inversión extranjera esta en auge presentando porcentajes del 4.8% dato que obtuvimos del Conferencista Hernando José Gómez en el pasado certamen académico llevado a cabo por ACRIP para celebrar el DIA DEL EJECUTIVO DE GESTION HUMANA, el pasado 5 de Febrero en Bogotá

El fenómeno de descredito que afrontan una gran parte de parlamentarios en nuestro país, que los hará ocuparse, al iniciar las sesiones en el mes de Marzo únicamente de garantizar su curul, nos dice claramente que la labor legislativa poco o nada avanzará por lo cual pensamos que este proyecto de ley no alcance a ser aprobado en segundo debate, lo que celebramos por considerarlo abiertamente en contravía de la tendencia mundial y la realidad en Colombia, que por el crecimiento económico requiere de una gran flexibilidad laboral, reafirmando nuestra convicción de que siempre y cuando se respeten los derechos de los trabajadores

El Ministerio de Trabajo mediante Decreto 2798 de 2013 precisa las modalidades que hace referencia la prohibición de contratar personal a través de las CTA prevista en el artículo 3 de la Ley 1429 de 2010 Este decreto tiene el carácter de reglamentario hace precisiones muy concretas sobre la prohibición a sociedades, asociaciones, corporaciones o fundaciones y

la contratación de servicios de colaboración o manejo de recurso humano (subcontratación) que utilicen modalidades de vinculación que impliquen desconocimiento de derechos constitucionales, legales, extralegales de carácter individual o colectivo de asociación sindical, negociación o huelga insistiendo en la responsabilidad solidaria y la prestación de garantías suficientes para amparar los derechos relativos a esos trabajadores que prestan servicios mediante las diversas modalidades de tercerización e intermediación laboral

Esta medida nos satisface pues esta en perfecto lineamiento con lo expresado anteriormente

“

8- CONCLUSIONES

Hemos podido precisar como nace una responsabilidad solidaria en la figura del contratista independiente y dueño de la obra la cual ha sido acogida en muchas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional cuando se menciona que a través del contrato realidad se establece que en casos fraudulentos u ocultamiento de la relación laboral desemboca en la existencia de un vínculo que da paso a la responsabilidad solidaria y que en consecuencia se deben reconocer los derechos y garantías del trabajador

Es la primacía de la realidad la que pone en evidencia la existencia de un vínculo jurídico generador de derechos y garantías en beneficio del trabajador lo que nos lleva a reiterar que no es mediante estos mantos que tratan de ocultar la verdadera existencia de una realidad, de un vínculo laboral

La necesidad urgente y la mejor forma de construir una sólida relación de cooperación basada en la credibilidad y la confianza entre empleador y trabajador que evidencia la importancia de ese binomio CAPITAL –TRABAJO que permita recomponer unas relaciones basadas en la identificación de intereses comunes