

ESTUDIO SOLICITADO POR FESOVALLE AL DOCTOR FRANCISCO MOLANO TORRES, EN RELACIÓN CON LA INCIDENCIA QUE PARA LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO, PUDIERAN TENER LOS CONTRATOS SINDICALES-RECIENTEMENTE REGLAMENTADOS POR EL DECRETO 1429 DE 2010

PE-467-010

Santiago de Cali, 15 de junio de 2010

Apreciaciones del doctor Molano:

- 1.** En primer lugar, asumo que la preocupación pueda existir en relación a las CTA de servicios y no de producción, bajo el entendido de que los contratos sindicales puedan ser una forma de competencia para aquellas, por ello estimo pertinente hacer un análisis previo desde el punto de vista jurídico y sobre la función económica que cumplen los contratos sindicales.

Estos contratos, debe advertirse, existen en el panorama jurídico de tiempo atrás, toda vez que están consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo (CST) en el artículo 373 numeral 3 y los artículos 482 a 484, de manera que sin que hubiesen sido reglamentados, desde antes al citado decreto existe la posibilidad de celebrarlos.

Pero si bien existía la opción de celebración de dichos contratos, no ha sido una forma de contratación muy utilizada, por varios factores, entre ellos podemos citar que para las organizaciones sindicales no resulta muy atractivo asumir responsabilidades patronales, relevando a los empresarios de ellas. Adicionalmente los contratos sindicales, pueden comportar algunas limitaciones o dificultades desde el punto de vista operativo y organizacional, como posteriormente se verá, luego de analizar su naturaleza y función económica.

2. De acuerdo con el artículo 482 del CST, “Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores, con uno o varios patronos o sindicatos patronales, para la prestación de servicios o la ejecución de una obra, por medio de sus afiliados”: posteriormente el Decreto 1429 de 2010 en su art 1º, complementa la definición con algunos elementos, como son la autonomía administrativa y financiera del sindicato.

Luego de observar la definición legal, se concluye que la finalidad económica del contrato, es proporcionar la posibilidad a los empresarios de tercerizar algunos procesos con las organizaciones sindicales y allí es donde puede surgir el temor para las CTA de prestación de servicios, de encontrar en las organizaciones sindicales un factor de competencia. Pero debe también advertirse que siempre ha existido la posibilidad de que los empresarios tercericen parte de sus procesos, aún desde antes de existir en el panorama jurídico las CTA, ya que la tercerización se puede llevar a cabo con otras empresas que societariamente no estuviesen integradas por los propios trabajadores. También es importante recordar que no fue con la aparición de las CTA luego de la expedición de la Ley 798 de 1.988 que tuvieron su auge, este vino mucho después cuando por las condiciones de la economía, los empresarios optaron por tercerizar parte de sus procesos productivos, y encontraron en las CTA una opción y ello sin hacer referencia al fenómeno del mal uso de la figura de las CTA para hacer intermediación laboral.

Retomando la definición del contrato sindical, es importante distinguir algunos elementos:

- a) Que las partes en el contrato son el empleador y la organización sindical, la cual se obliga a favor de aquel, a la ejecución de una obra o a la prestación de un servicio.
- b) Que la ejecución del contrato, esto es la realización de la obra o la prestación del servicio, la debe realizar la organización sindical con sus propios afiliados. Este elemento característico del contrato sindical comporta una dificultad, en cuanto a que el recurso humano que se debe ocupar en la realización de los trabajos, se limita a los miembros de la organización sindical. Esta limitación puede tener serias complicaciones para la operatividad y organización de los trabajos, ya que se supone que

el trabajador debe cumplir sus labores bajo la relación directa que tiene con el empleador y adicionalmente desempeñar las labores que le demanda la organización sindical, para cumplir los compromisos del contrato sindical; es decir, que siempre habrá una limitación en la disponibilidad de tiempo de los trabajadores. Pero adicionalmente, puede que para la ejecución de los trabajos, la organización sindical requiera de recurso humano que no encuentre dentro de la base sindical, lo cual también se convierte en una complicación de carácter operativo. Estas limitaciones, estimo se traducen en una gran dificultad para las organizaciones sindicales de asumir obligaciones derivadas de contratos sindicales, para poder cumplir satisfactoriamente con la ejecución de las obras o la prestación de los servicios. De los anterior se deduce que ante la tendencia de la tercerización, los contratos sindicales no son la gran alternativa de los empresarios, ya que probablemente serán procesos menores u ocasionales, los que pueda contratar con la organización sindical. En este sentido si las CTA no tiene limitación en cuanto a la posibilidad de vinculación de recurso humano, es de entender que tienen mayor campo de acción para asumir los compromisos de ejecución de obras o de prestación de servicios, frente al auge de la tercerización.

- c) Aunque las normas del CST, no son suficientemente claras en cuanto a definir la naturaleza jurídica de las relaciones entre el sindicato y sus afiliados que estén vinculados a la ejecución del contrato sindical, existe jurisprudencia en la que se señala que el sindicato se convierte en un patrono de su afiliados trabajadores; por consiguiente se deduce que esta relación de servicios se regula por las normas generales del CST. Como se verá más adelante, esta es una diferencia sustancial con las CTA, que están reguladas fundamentalmente por sus propias normas internas y otras normas de carácter legal, pero que no están sometidas a los parámetros rígidos de regulación contenidos en el CST.
- d) En cuanto a las formalidades del contrato sindical, este es un contrato solemne que debe constar por escrito y ser depositado en el Ministerio de Protección Social, junto con un reglamento que debe elaborarse por cada contrato sindical y que debe contener los 10 (Diez) rigurosos requisitos que se señalan en el artículo 5º del Decreto 1429 de 2010. Aunque bien, desde el punto de vista de la seriedad y la claridad que implican, siempre es

recomendable que los contratos de prestación de servicios o de ejecución de obra, que se celebren con las CTA, se hagan constar por escrito, estos contratos no están sometidos a las formalidades y solemnidades acabadas de señalar para los contratos sindicales, lo cual le resta un poco de competitividad, frente a los contratos de ejecución de obras o prestación de servicios que los empresarios celebren con las CTA.

3. En este punto me ocuparé de analizar las cargas económicas que gravitan a los sindicatos que ejecutan contratos sindicales y a las CTA que realizan ejecución de obras o prestación de servicios con empresarios:

- a) Como consecuencia de lo anteriormente señalado, en el sentido que los sindicatos se convierten en empleadores de sus afiliados, obligándose en los términos consagrados en el CST, se establece que los principales costos laborales que gravitan en los contratos sindicales son los siguientes:

Salario Mínimo	El pago que haga el sindicato al trabajador, no podrá ser inferior al salario mínimo legalmente establecido para una jornada diurna de 8 horas y proporcionalmente por fracción (\$515.000 para el 2010).
Auxilio de transporte	\$61.500 para el 2010
Salario Mínimo integral	\$6.695.000, así: \$5.150.000 salario y \$1.545.000 factor prestacional para el 2010
Pago Parafiscales	Sena 2% del valor de la nomina mensual. ICBF 3% del valor de la nomina mensual. Cajas de Compensación Familiar 4% del valor de la nomina mensual.
Carga prestacional	Cesantía 8.33 % Prima de servicios 8.33% Vacaciones 4.17% Intereses sobre las cesantías 1% mensual
Seguridad Social	Salud: 12.5% Empresa 8.5%, Empleado 4% Pensión 16% Empresa 12%, Empleado 4% Pensión 16% Empresa 12% Empleado 4%
Riesgos profesionales	Protege al trabajador contra accidentes de

	trabajo y enfermedades profesionales, el aporte depende del nivel de riesgo y lo paga todo el empleador. Las empresas utilizan por lo general el 0,522%.
Horas extras y Recargo nocturno	<p>Hora trabajo nocturno</p> <p>Hora ordinaria x 1.35</p> <p>Hora extra diurna que se realiza entre las 6:00 a.m. y las 10:00 p.m.</p> <p>Hora ordinaria x 1.25</p> <p>Hora extra nocturna comprendido entre las 10:00 p.m. y las 6:00 a.m.</p> <p>Hora ordinaria x 1.75</p> <p>Hora ordinaria dominical o festivo</p> <p>Hora ordinaria x 1.75</p> <p>Hora extra diurna en dominical o festivo</p> <p>Hora ordinaria x 2.00</p> <p>Hora extra nocturna en dominical o festivo</p> <p>Hora ordinaria x 2.50</p>

OPCIONES DE CONTRATO DE TRABAJO

Contrato de trabajo a término fijo:

El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

Contrato de trabajo a término indefinido

El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido

JORNADA DE TRABAJO

Trabajo ordinario y nocturno

1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).
2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).ARTICULO 160 CST

Pagos que constituyen salario (Que son factor salarial)

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (ARTICULO 127 CST)

Pagos que no constituyen salario (Que no son factor salarial)

No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (ARTICULO 128 CST).

- b)** En cuanto a las CTA, ellas por no estar sometidas al régimen laboral del CST, sus costos laborales y tomando los mismos parámetros anteriormente señalados para los demás empresarios, son los siguientes:

Salario mínimo: El pago que haga la CTA al trabajador asociado, no podrá ser inferior al salario mínimo legalmente vigente (\$515.000 para el 2010), pero la duración de la jornada laboral se determina por el régimen interno de trabajo asociado.

Auxilio de transporte: (\$61.500 para el 2010); No aplica para la CTA.

Salario mínimo integral: (\$ 6.695.000 así: \$ 5.150.000 salario y \$ 1.545.000 factor prestacional, para el 2010): No aplica para las CTA.

Pagos Parafiscales:

Sena	2%
ICBF	3%

Se calculan sobre el valor de la compensación ordinaria mensual, o sea que excluye la compensación extraordinaria, que de acuerdo con el Decreto 3553 de 2008 es cualquier otro pago que se haga como retribución del trabajo.

NOTA: Se observa que la base de liquidación excluye otros pagos hechos al trabajador, como no ocurre para los demás empleadores, entre ellos los sindicatos bajo los contratos sindicales.

Cajas de Compensación Familiar: 4% del valor de la compensación ordinaria mas la extraordinaria.

Hay exoneración de estos parafiscales cuando la facturación anual es menor a 435 SMLV, excepción que no opera para los demás empleadores.

Carga Prestacional

Cesantía	8.33%	No aplica para C.T.A.
Prima Servicios	8.33%	No aplica para C.T.A.
Vacaciones	4.17%	No aplica para C.T.A. en los mismos términos de los demás empleadores
Intereses sobre cesantías	1% mensual	No aplica para C.T.A.

		Empresa	Trabajador asociado
Seguridad social			
Salud	12.5%	8.5%	4%
Pensión	16%	12%	4%

Régimen de Riesgos Profesionales: Protege al trabajador contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el aporte depende del nivel de riesgo y lo paga todo el empleador. Las empresas utilizan por lo general el 0,522%. Este aplica para CTA.

Para el cálculo, la base es la suma de la compensación ordinaria más la extraordinaria, lo cual resulta equivalente para lo que ocurre con los demás empleadores, incluidos los sindicatos bajo los contratos sindicales.

Horas extras y recargo nocturno: La regulación la da el Régimen de Compensaciones y no opera bajo los parámetros del CST.

OPCIONES DE CONTRATO DE TRABAJO: No aplican las regulaciones de contrato bajo las modalidades de contrato a término fijo o a término indefinido establecidas en el CST y por consiguiente tampoco aplican las indemnizaciones por despido injustificado.

Contrato de trabajo a término fijo: No aplica
 Contrato de trabajo a término indefinido: No aplica

JORNADA DE TRABAJO

Trabajo ordinario y nocturno: No aplica en las regulaciones del CST, sino las autorregulaciones de la Cooperativa.

Pagos que constituyen salario (Que son factor salarial): No aplica para CTA.

Pagos que no constituyen salario (Que no son factor salarial): No aplica para CTA.

4. Como se puede observar del análisis comparativo contenido en el numeral anterior, si bien es cierto, en cuanto a parafiscales, las cargas económicas para las CTA son más o menos equivalentes a las que afectan a los demás empleadores, entre ellos los sindicatos cuando actúan en desarrollo de contratos sindicales, sin embargo en cuanto al ICBF y SENA, la base para el cálculo del aporte, es la compensación ordinaria mensual, es decir no incluye la compensación extraordinaria, que comparativamente con lo que ocurre con los demás empleadores, es más benévolo el régimen, toda vez que para estos, la base es el valor total de la nómina

Adicionalmente, cuando la facturación es inferior a 435 SMLV, no hay lugar al pago de estos aportes.

Estos aspectos acabados de analizar, indudablemente son una pequeña ventaja de las CTA frente a los demás empleadores, que pueden favorecer su competitividad, así sea que comparativamente las diferencias no sean sustancialmente mayores.

De otra parte, en cuanto a los parámetros legales que definen las cargas económicas para los demás empleadores, incluidos los sindicatos cuando actúan como empleadores, según lo analizado en el numeral anterior, las CTA cuentan con más flexibilidad para definir sus propias cargas o costos laborales, lo que en cierta manera también favorece la competitividad de estas, frente a otros actores del mercado. No obstante no puede perderse de vista que las CTA no deben ser un instrumento para desmejorar los ingresos de los trabajadores, porque lo deseable es que los asociados de las CTA, perciban por lo menos un ingreso equivalente al del mercado.

Quizás un aspecto que no ha sido aprovechado por las CTA, es la posibilidad de proporcionar ingresos a sus asociados trabajadores, no por las vías convencionales del pago de compensaciones, bien sean ordinarias o extraordinarias, si no utilizando el mecanismo del pago de auxilios y beneficios a través de fondos sociales, como puede ser el fondo de Bienestar Social. Estos fondos son susceptibles de alimentarse, tanto con

excedentes como con partidas del presupuesto, tal como se prevé en el artículo 56 de la ley 79 de 1988. Las CTA podrían apropiarse partidas del presupuesto para los fondos sociales y con cargo a estos otorgar auxilios y beneficios a los asociados, para sustituir con estos el pago de compensaciones; así se obtiene que la base para el pago de parafiscales se disminuya y en cuanto a los pagos de seguridad social también.

Ahora bien, como al reducir el pago de la seguridad social en pensión se le afecta la cuantía del derecho futuro del asociado trabajador, la diferencia puede ser pagada en aportes voluntarios para pensión, con cargo a los fondos sociales.

Surgiría la inquietud, de que como la remuneración por vía de compensaciones no es igual para todos los asociados trabajadores, cómo hacer para que por el mecanismo antes mencionado no se altere la valoración del trabajo según calidad, cantidad y demás factores que lo determinan?

La solución en mi opinión no es tan compleja ya que los auxilios y beneficios que se otorgan con cargo a los fondos sociales, también podrían asignarse acogiendo criterios similares a los que se tienen en cuenta para fijar el valor de las compensaciones. Este estudio no pretende desarrollar plenamente esta idea, pero por lo menos se deja planteada como una alternativa que puede favorecer la competitividad frente a otros empleadores, entre ellos los sindicatos cuando actúan como tal, en desarrollo de contratos sindicales.

CONCLUSIONES:

Según lo anteriormente analizado, es fácil concluir

- ✓ Que la expedición del Decreto 1429 de 2010, no comporta una mayor amenaza para la CTA de prestación de servicios, en primer lugar, porque como se indicó al comienzo, los contratos sindicales están consagrados en la legislación laboral de tiempo atrás y el citado decreto lo que hace es reglamentar las normas del CST que lo consagran y dichas reglamentaciones no contienen aspectos que se alejen de la naturaleza con la cual fue creado el contrato sindical.

- ✓ Por otra parte también, según se ha mencionado en el estudio, las CTA por no estar inmersas en las regulaciones del CST, conservan ciertas ventajas que las pueden aun hacer competitivas en el mercado de la prestación de servicios, en tal sentido, considero que no hay lugar a mayores temores frente a la competencia que pueda constituir las organizaciones sindicales en dicho mercado.

En los anteriores términos doy por concluido el estudio solicitado, confiando en que resuelva las inquietudes que motivaron la solicitud y sin perjuicio de cualquier aclaración o complementación que se requiera.

Original firmado:

FRANCISCO ANTONIO MOLANO TORRES

Abogado

TP 25579 de CSJ.

Asesor Jurídico Externo Fesovalle

fesovalle@emcali.net.co