

Cooperativas de trabajo asociado

ANÁLISIS INTERPRETATIVO DEL DECRETO 2025 DE 2011

24 de junio de 2011

Fesovalle renueva el llamado a las 38 CTAS Asociadas, para que participen en la reunión del 30 de junio de 2011

Para evaluar el impacto en las cooperativas de trabajo asociado, la Confederación de Cooperativas de Colombia Confecoop, se dio a la tarea de analizar el contenido de esta nueva norma, fundamentalmente con los doctores Belisario Guarín Torres, Carmen Beatriz Anzola y Antonio José Sarmiento Reyes, abogados especializados en la materia y cercanos al sector, y con el Comité Nacional de Trabajo Asociado de Confecoop, coordinado por Ascoop.

Aspectos de fondo y de forma

Del estudio se establecieron aspectos de fondo y de forma, con base en los cuales Confecoop remitió una comunicación al Ministerio de la Protección Social solicitando: a) La modificación del Decreto, debido principalmente a que excede la potestad reglamentaria; b) Aclaración frente a muchos de sus artículos, en razón a su redacción porque puede originar diversas interpretaciones.

Independientemente del resultado que se obtenga con esta acción y de las inconformidades y preocupaciones que pueda generar el contenido del Decreto Reglamentario 2025 de 2011, lo cierto es que éste se encuentra vigente, lo que significa que goza de presunción de legalidad y, en esa medida, es de obligatorio cumplimiento.

Conocemos de demandas contra el decreto y también de otras nuevas que han sido anunciadas. Pero, sólo si el Consejo de Estado suspende o anula total o parcialmente su texto, dejará de ser obligatorio; mientras tanto, tiene que ser aplicado en su integridad en todo el territorio nacional.

INTERPRETACIÓN CONFECOOP A LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DEL DECRETO

Esta interpretación de la Confecoop, está basada en los conceptos recibidos de los abogados externos antes mencionados, y en los diversos análisis realizados.

Artículo 1º:

Intermediación laboral

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto, se entiende como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

En este aspecto el Decreto limita la intermediación laboral sólo a la labor desarrollada por las Empresas de Servicios Temporales –EST-, dejando por fuera la simple intermediación prevista en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, existe la posibilidad de que los inspectores de trabajo, al momento de examinar si se configura un contrato de trabajo real, es decir, que hay relación de subordinación o dependencia del trabajador asociado frente al contratante, sancionen esta circunstancia basados en que se está utilizando la “simple intermediación”, con lo cual podría verse comprometida la responsabilidad de la CTA.

Para evitar lo anterior, deben la CTA actuar con total independencia y autonomía.

Actividad misional permanente

Son las actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa. Con base en esta definición, consideramos que a cada empresa contratante le corresponde determinar, de acuerdo con el estatuto, cuáles son sus actividades misionales. Las CTA también deben revisar este aspecto y ser muy cautelosas a la hora de contratar para no incurrir en la conducta prohibida por el Decreto y limitarse a ofrecer servicios para desarrollar actividades o procesos no misionales.

Sociedades por Acciones Simplificadas –SAS

De acuerdo con el Decreto, actividad permanente es cualquiera que éstas desarrollen. En consecuencia, se interpreta que las CTA no pueden contratar con dichas sociedades.

Artículo 2º Prohibición para las CTA:

Prohíbe a las instituciones públicas o privadas, a partir de la vigencia del artículo 63 de la Ley 1429, contratar procesos o actividades misionales permanentes con CTA.

Como se observa en el texto del citado artículo, la prohibición se refiere a nuevos contratos y así debería entenderse desde un punto de vista estrictamente jurídico. No obstante, hay interpretaciones y opiniones diferentes, en el sentido que la norma se refiere a todos los contratos, incluidos los que están en curso.

Por ello y teniendo en cuenta el impacto que puede tener entre los contratantes de las CTA el elevado monto de las sanciones, y el hecho de que el decreto no estableció plazos ni regímenes de transición, Confecoop elevó un derecho de petición al Ministerio de la Protección Social, buscando un pronunciamiento específico sobre este tema, cuya respuesta estaremos informando oportunamente.

Artículo 3º: Conductas objeto de sanción

Se establecen conductas específicas que son objeto de sanción para las CTA.

Al respecto, es importante dejar en claro que el decreto extendió a las cooperativas la sanción de hasta 5.000 smlmv, prevista en la Ley 1429 de 2010 únicamente para los terceros contratantes, con lo cual se presenta un desbordamiento de la facultad reglamentaria.

No obstante, es importante que las CTA sean cautelosas para que no incurran en alguna de estas conductas, debido a que, además de la sanción pecuniaria, quedarían incursas en causal de disolución y liquidación, sobre todo, considerando que dichas conductas son ambiguas y quedan a la interpretación del respectivo funcionario encargado de verificar su cumplimiento.

Artículo 4º: Derechos laborales

Establece que ningún trabajador podrá contratarse sin los derechos y garantías laborales previstos en la Constitución y en la ley, incluidos los trabajadores asociados a las CTA. La norma no precisa cuáles son específicamente estos derechos, generando confusión y dejando al criterio del respectivo funcionario, la determinación de los mismos, lo cual puede resultar riesgoso para las CTA.

Es importante tener en cuenta que el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 únicamente se refirió a la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, para efectos de retribuir las labores realizadas. Por lo anterior, hemos radicado un derecho de petición ante el Ministerio, con el propósito de obtener un pronunciamiento que aclare esta situación. La respuesta que obtengamos será dada a conocer oportunamente, por este mismo medio.

Como se mencionó anteriormente, con las gestiones adelantadas ante el Ministerio tratamos de obtener mayor claridad frente al contenido del Decreto 2025 de 2011; no obstante, reiteramos, dicho decreto se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento mientras no se produzca un fallo del Consejo de Estado, suspendiéndolo o anulándolo, total o parcialmente.

Ante esta situación recomendamos a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado:

- Revisar sus contratos y lograr acercamientos con sus entidades contratantes, con el fin de evaluar distintas alternativas para el desarrollo de sus actividades.
- En lo que tiene que ver con las CTA de Salud, la Confederación radicó otro derecho de petición ante la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social, solicitando un pronunciamiento frente a la situación de las mismas, teniendo en cuenta que, de una parte, el artículo 63 de la ley 1429 de 2010 entró en vigencia con la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y, de otra, que el artículo 103 de la Ley 1438 de 2011, referido a la contratación de CTA con Instituciones Prestadoras de Servicios –IPS- públicas, entra a regir el 1 de julio de 2013. En cuanto tengamos la respuesta, la haremos conocer por esta misma vía.

Comunicación remitida por la Confecoop al Ministerio de la Protección Social, para dejar sentada la posición del gremio frente al contenido del Decreto 2025 de 2011

CCC.11.P.142

Bogotá D.C., junio 22 de 2011

Doctor

MAURICIO SANTAMARÍA SALAMANCA

Ministro de la Protección Social

Ciudad

Apreciado señor Ministro:

Este gremio ha venido evaluando el impacto que tiene frente al subsector de trabajo asociado cooperativo, el contenido del Decreto 2025 del 8 de junio de 2011, mediante el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 1233 de 2008 y 1429 de 2010. Es de anotar, que con anterioridad a la expedición de dicho decreto, remitimos a esa entidad dos comunicaciones con nuestra posición en cuanto a la futura reglamentación.

Al respecto, le manifestamos lo siguiente:

1º. Observaciones esenciales frente a la reglamentación expedida

Nuestra primera gran preocupación se origina en que, en la práctica, la entrada en vigencia del mencionado decreto restringe sustancialmente el campo de acción de las CTA, incluso para las que han venido desarrollando sus actividades de acuerdo con la ley y la doctrina cooperativa, al punto que muchas de ellas desaparecerán. Lo anterior, pese a los anuncios del gobierno según los cuales se incrementaría el control sobre estas entidades pero no se eliminarían. De hecho en el acuerdo suscrito entre los gobiernos de Estados Unidos y Colombia, se establecieron unos compromisos concretos para este último, orientados a aumentar la supervisión de las CTA, motivo por el cual se contrataron nuevos inspectores de trabajo.

Nuestro interés como gremio siempre ha sido defender este modelo, como alternativa legítima de generación de trabajo, y lograr la depuración del subsector, para que se mantengan las auténticas CTA, pero no podemos compartir medidas extremas que a la postre se traducen en su extinción.

La anterior afirmación resulta de la situación de inequidad que crea el decreto para las cooperativas de trabajo asociado, en la medida en que prohíbe su contratación, por parte de las instituciones y/o empresas públicas y/o privadas, para la realización de actividades misionales permanentes, excluyéndolas, sólo a ellas, de la posibilidad de participar en la tercerización de servicios, tendencia empresarial que se impone en todo el mundo, lo que significa que, en adelante, las empresas pueden tercerizar bajo cualquier modalidad, menos con CTA.

Adicionalmente, esta situación extralimita lo establecido en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que claramente prohíbe la contratación del personal requerido para el desarrollo de actividades misionales permanentes, **con cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral**, de lo cual se desprende forzosamente que las cooperativas que no hacen intermediación laboral, no están cubiertas por dicha prohibición.

Sin embargo, el artículo 2 del Decreto 2025 establece que las instituciones o empresas públicas y/o privadas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, pero no aclara que la prohibición procede únicamente frente a las CTA que realicen prácticas de intermediación laboral, lo cual significa que se extendió a todas las CTA. Al respecto, de acuerdo con criterios generales de interpretación, las normas que contienen prohibiciones o limitaciones, no pueden extenderse a otros sujetos no previstos expresamente en ellas.

Así las cosas, de mantenerse vigente el citado artículo, el campo de acción de estas cooperativas se reduce a las actividades misionales transitorias o no permanentes y a las que no tienen carácter de misionales, es decir, las labores de apoyo o, en los términos del artículo 1 del decreto, las actividades que no estén directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Tampoco puede dejarse de lado el hecho de que con la vigencia de este artículo las CTA que se encontraban desarrollando sus actividades de acuerdo con la normatividad vigente, resultan incumpliendo de la noche a la mañana, en razón a que no se estableció un período de transición. En este sentido, aunque desde la óptica jurídica resulta claro que la norma aplicaría para los contratos que se celebren con posterioridad a su vigencia, dado que no puede ser aplicada retroactivamente, sería conveniente aclarar este aspecto para evitar incertidumbre por parte de las CTA y de los terceros contratantes.

También observamos que el artículo 4 del decreto extiende a las CTA la sanción de 5.000 smlmv, prevista en el inciso tercero del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 exclusivamente para las instituciones públicas y/o privadas que incumplan lo establecido, sobre lo la cual reiteramos los argumentos antes expuestos frente al artículo 2.

De acuerdo con la jurisprudencia de las altas cortes del país, la facultad sancionatoria se ejerce a través de la ley y no en desarrollo de un decreto reglamentario. Al respecto, dijo la Corte Constitucional: *“Una multa constituye, por regla general, una sanción pecuniaria impuesta al particular como consecuencia de una conducta punible o por el incumplimiento de un deber y, como toda sanción, sus elementos esenciales deben estar determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, incluyendo la cuantía y el respectivo reajuste”*. Sentencia C-390 del 22 de mayo de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Adicionalmente, el artículo 4 del decreto establece causales nuevas de disolución y liquidación, excediendo así lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 79/88. Además, dicha sanción se extiende a las conductas descritas en el artículo 3 del decreto, cuando la Ley 1233 sólo la prevé para la intermediación laboral, desbordando en este punto la ley.

En conclusión, lo expresado en este punto justifica una modificación al Decreto 2025/11, dado que excede la potestad reglamentaria afectando a las cooperativas de trabajo asociado, las cuales prácticamente desaparecerán debido a que no se limitó la prohibición a las que hagan intermediación laboral, creando al mismo tiempo una situación desigual frente a otros actores de la tercerización de servicios, los cuales podrán continuar realizando estas labores sin restricción alguna.

Otras observaciones frente al Decreto

En forma adicional, consideramos necesario que se precisen otros aspectos del decreto, que pueden originar indebidas interpretaciones:

Artículo 3

- Literal b). Es importante definir lo que se entiende por falta de independencia financiera de la cooperativa.
- Literal c). Se refiere únicamente a la “propiedad” sobre los medios de producción. Con el fin de que las personas encargadas de hacer cumplir la norma, no entren en indebidas interpretaciones de tipo jurídico, solicitamos que se aclare que se refiere a la propiedad, posesión o tenencia, de los medios de producción o de labor, de conformidad con el Decreto 4588 de 2006.
- Literal d). Qué significa para la cooperativa tener “vinculación económica” con el tercero contratante.
- Literal g). A qué se refiere esta norma cuando establece que los trabajadores asociados no participen de “los rendimientos económicos” de la cooperativa.
- Literal j). Es demasiado amplio y ambiguo, por lo cual prácticamente cualquier conducta podría incluirse allí para ser sancionada, debido a que se refiere a “otras conductas” definidas como faltas en otras normas legales.

Artículo 4

Dispone que ningún trabajador podrá contratarse sin los derechos y las garantías laborales establecidas en la Constitución Política y en la ley, incluidos los trabajadores asociados a las CTA y PCTA, los cuales, como es bien sabido, no se rigen por las normas laborales sino por sus propios regímenes, salvo en temas como las contribuciones especiales al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, aportes a la seguridad social, el monto mínimo de la compensación (1 smlmv), los derechos de la maternidad y del menor trabajador (Ley 1233 de 2008). Lo anterior, en razón a que se trata de una tercera modalidad de trabajo, diferente al independiente y al asalariado, como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-211 de 2000.

Por otra parte, el contenido del inciso segundo del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, se refiere únicamente a retribuir las labores realizadas de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual no tiene el alcance establecido en este decreto y no parece ser la norma que se está reglamentando. Por lo anterior, consideramos indispensable hacer las aclaraciones pertinentes, en razón a que el hecho de ser tan amplio, conduce a que cada persona le de su propia interpretación en cuanto a los derechos y garantías a que se hace referencia.

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO DE SALUD

Finalmente, reiteramos lo expresado por Confecoop en las comunicaciones del 10 y 25 de mayo de 2011, en cuanto a las CTA de salud, en consideración a que el artículo 103 de la Ley 1438 de 2011, mediante la cual se reforma el sistema de salud, consagra una disposición casi idéntica a la del artículo 63 de la Ley de formalización y generación de empleo, específicamente para la contratación de CTA con IPS públicas, disposición cuya vigencia se mantiene a partir del 1º de julio de 2013.

Resultaría incoherente prohibir la contratación de CTA para realizar prácticamente cualquier tipo de actividad, y al mismo tiempo permitir que las entidades públicas del sector salud, que son precisamente las que más han aportado a la indebida utilización de este modelo, continúen contratándolas hasta el 1º de julio de 2013.

Con base en las anteriores consideraciones, respetuosamente solicitamos a ese Ministerio modificar el Decreto 2025 de 2011, particularmente en lo concerniente a las observaciones esenciales incluidas en el numeral 1º de esta comunicación.

Reciba un cordial saludo

CLEMENCIA DUPONT CRUZ

Presidenta Ejecutiva Confecoop

c.c. Doctor Ricardo Echeverri López - Viceministro de Relaciones Laborales