

FACTIBILIDAD DE SINDICALIZACION DE LOS EMPLEADOS TEMPORALES

Presentado por:

GINA FAISURY CASTAÑEDA GUEVARA

Trabajo de grado para optar por el título:

ESPECIALISTA EN DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Tutora: Stefanny Bravo Gonzalez

Universidad de San Buenaventura

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Cali, Enero 31 de 2017

INTRODUCCION

La Libertad sindical y la libertad de Asociación son un derecho humano fundamental establecido en el artículo 39 de la constitución colombiana que promueve la democracia y garantizan a toda persona la posibilidad de poder constituir voluntariamente todo tipo de asociaciones civiles y comerciales, y representa un valor medular de la OIT. Con el fin de mantener la igualdad en las condiciones de trabajo y de vida, la vinculación a través de empresas de servicios temporales con contrato a término definido o por obra o labor determinada no debe imposibilitar al trabajador en misión la alternativa de crear este tipo de asociaciones pero constituye un riesgo para los empleadores.

Esta investigación se llevará a cabo de manera descriptiva con enfoque cualitativo, estudiando los pronunciamientos realizados por la O.I.T acerca de los empleos “atípicos” como es la vinculación a través de las empresas de Servicios temporales y de acuerdo a la normatividad vigente en Colombia.

FACTIBILIDAD DE SINDICALIZACION DE LOS EMPLEADOS TEMPORALES

En Colombia el mercado laboral actual considera trabajos formales e informales y diversas posibilidades de vinculación y tipos de contratos. Una persona puede ser vinculado de manera directa o a través del modelo denominado tercerización, que hace parte del llamado “empleo atípico”, que es cuando una empresa lo contrata siendo ella el empleador pero para que preste su servicio en otra entidad, conocida como empresa usuaria.

Las empresas utilizan esta modalidad que está autorizada por el decreto 4369 del 4 de diciembre de 2006 expedido por el Ministerio de Protección Social y con el cual se reglamentan los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990. Esta práctica generalmente busca reducir costos y flexibilidad para los empleadores, ya que el empleado en misión no obtiene las mismas prebendas o beneficios del denominado trabajador directo o de planta.

El empleo atípico ofrece flexibilidad a los empleadores y también puede permitir que los trabajadores accedan al mercado de trabajo y concilien la vida profesional y la personal. Pero el empleo atípico, con frecuencia está asociado con una mayor inestabilidad para los trabajadores.

El artículo 6 del decreto 4369 y el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 señalan que sólo debido a estos eventos las empresas usuarias pueden realizar contrataciones de empleos temporales (Ministerio del Trabajo, 2006):

1. Para labores ocasionales, accidentales o transitorias a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Por incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios.

Los Trabajadores en misión deben tener las mismas condiciones remunerativas de los trabajadores directos que desarrollen actividades similares. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación. (Ministerio del Trabajo, 2006)

Dentro de las desventajas para las empresas usuarias se encuentran: reprocesos en las curvas de aprendizaje que conllevan a pérdida de productividad, inversión en formación sin retorno a corto plazo, afectación en la confidencialidad de los proyectos en curso de la compañía, puede perderse el control sobre el producto final viéndose afectada la calidad y poco sentido de pertenencia hacia la empresa usuaria.

Se observa entonces que la empleabilidad a través de las empresas temporales es considerada por la empresa usuaria como un mecanismo de flexibilidad y bajo impacto de responsabilidad en lo que concierne a la vinculación de personas que hagan trabajos puntuales, y que este beneficio prima sobre la desventaja mencionada.

Para el trabajador que está en búsqueda de una oportunidad laboral y de solventar sus necesidades económicas, el ser contratado por una empresa temporal es aceptable, pese a que con conocimiento de causa saben que no contarán con los mismos beneficios otorgados a quienes estén contratados directamente por la empresa usuaria.

Según el decreto 583 del 8 de abril/2016, Capítulo 2, *artículo 2.2.3.2.1 numeral 6*: “La tercerización laboral es ilegal cuando en una empresa se vincula personal para actividades en misión permanente a través de un proveedor y dicha vinculación afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagradas en las normas laborales vigentes”. Sin embargo, el decreto 583 en su *artículo 2.2.3.2.3 numeral 1*: “Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que se realizaban para el beneficiario y los trabajadores no fueron expresamente informadas por escrito”; y según el *numeral 6* “Que el

trabajador no realice el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales oportunamente o no cumpla con las obligaciones en materia de seguridad social". Todos los trabajadores en misión se encuentran en una situación de permanente incertidumbre y de completa inseguridad en el evento en que el proveedor no cumpla con el pago de las obligaciones.

La inseguridad está relacionada con su empleo y no poder planear su vida en el corto y mediano plazo. Para los trabajadores es muy importante contar con salud, vivienda, seguridad social y educación provenientes de sus ingresos de una relación laboral que les proporcione garantías para asegurar el derecho a estos beneficios básicos definidos en la constitución política de Colombia.

Haciendo referencia al Derecho a la igualdad, la constitución Política de Colombia en su artículo 13 manifiesta: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica." Y el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 10 (Modificado por el art. 2, Ley 1496 de 2011), dice: "Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley". De esta manera, estando todos los trabajadores en igualdad de condiciones, no se establece una diferenciación de acuerdo a su tipo de vinculación, por ende podrían todos los tipos de trabajadores poder ejercer su derecho de libre asociación.

La Corte Constitucional ha considerado en Sentencia C-063/08 que los Convenios 87 y 98 ratificados por Colombia ante la OIT (Organización internacional del Trabajo), son parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido.

El artículo 2 del convenio 87 de la OIT ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976 establece que "los trabajadores y los empleadores *sin ninguna distinción* y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones que

estimen convenientes así como el de afiliarse a éstas en la condición de observar los estatutos de las mismas”;

En el Convenio 98 se declara que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Cualquier disposición del código sustantivo del trabajo relativo a la organización sindical y la negociación colectiva que sea contraria a los convenios de la OIT serán disposiciones inconstitucionales.

El derecho a la libre asociación es promovido por la OIT en todos los países, incluido Colombia, a través de proyectos financiados por países europeos con un presupuesto de U\$ 1'500.000 de dólares: “Desarrollo de capacidades para promover la afiliación sindical y la cobertura de la negociación colectiva en Colombia” y que buscan fortalecer las capacidad de gestión de las centrales sindicales (Organizacion Internacional del Trabajo, 2016).

Por otro lado, es relativamente sencillo conformar o crear una organización sindical. El Código Sustantivo del Trabajo ha determinado en su artículo 359 (Ministerio del Trabajo, 2006) norma declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-201 de 2002, que el número mínimo de afiliados que requiere un sindicato para constituirse o subsistir no debe ser inferior a (25) veinticinco afiliados.

Adicionalmente el “fuero sindical” es considerado como ventaja de peso, ya que es la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo. (Art. 405 C.S.T).

Estudiada las incertidumbres de los trabajadores en misión contratados a través de empresas temporales, donde hoy tienen el trabajo pero no la seguridad de que mañana siga contando con él, y las garantías que ofrece el pertenecer a una asociación sindical, en cuanto al aseguramiento de tener un trabajo fijo y estable,

es probable una alta inclinación que puede tener un trabajador temporal de pertenecer a una asociación sindical en busca de Estabilidad Laboral.

Un trabajador busca tener estabilidad laboral y la contratación en misión a través de empresas temporales no suministra suficientes garantías en el largo plazo, pues su término máximo sólo podrá ser hasta de seis meses inicialmente y otra prórroga por seis meses más.

Todas las empresas están propensas a que sus trabajadores con vínculo directo puedan conformar una asociación sindical, y con base en lo dicho también tienen el riesgo inminente sobre la población que tengan a través de empresas temporales, puesto que gozan del derecho a la igualdad. Ahora bien, la diferencia radica en la satisfacción que alcance el trabajador en el desarrollo de su vínculo laboral, el trabajador con vínculo directo puede no tener intereses en organizar un sindicato puesto que ya tiene la garantía que da un contrato directo por compañía bajo un contrato fijo o indefinido, mientras que el empleado temporal puede querer conformar una asociación sindical en aras de alcanzar una estabilidad laboral y asegurarse a largo plazo, puesto que su contrato es por obra o labor o en el mejor de los casos a un término de 6 meses.

Con base en lo anterior, existe un interés por parte del Ministerio del Trabajo y la OIT de avalar e incentivar los planes de Formalización de empleo. En los últimos años hay una fuerte presión por parte de la Organización Internacional del trabajo para que los países formalicen el empleo atípico ya que afectan el rendimiento de las economías y de la sociedad, y con el fin de garantizar la protección de los trabajadores. La OIT apoyó al Ministerio de Trabajo en la elaboración de las Líneas Estratégicas de Reconversión Laboral, y de herramientas para facilitar la transición a la formalidad. Actualmente el Ministerio de Trabajo incentiva La Red de Formalización Laboral la cual fue constituida mediante el Decreto 567 de 2014, y cubre todas las acciones de formalización (planes de Reconversión Laboral, acciones de reconversión sectorial, entre otros), centralizando la política nacional y promoviendo su implementación a nivel local.

Este proceso de Formalización busca que todas las empresas usuarias, vinculen de manera directa a los empleados tercerizados y eviten sanciones por incumplimiento al código laboral.

El Ministerio del Trabajo ha reforzado la dirección de vigilancia aumentando el número de inspectores de trabajo y de visitas de seguimiento a las empresas. En el 2016 ha impuesto 988 sanciones en primera instancia entre mayo y septiembre, por valor de \$87.231 millones de pesos, 122% superior al mismo periodo del 2015, cuando el monto llegó a \$39.300 millones de pesos. Las sanciones se han impuesto por intermediación laboral ilegal; violación a las normas laborales; violación a las normas de salud ocupaciones, higiene y seguridad industrial; y sanciones por actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical. La causa por la que más ha sancionado la cartera laboral a las empresas es por intermediación laboral ilegal, por el uso indebido de empresas para contratar personal, a través de cooperativas de trabajo asociado. (Mintrabajo, 2016).

Se vislumbra de esta manera, mayor formalización de empleo, disminución de la tercerización laboral y se da claridad a que el tipo de vinculación temporal impacta de manera alta y directa para que el trabajador pueda ser parte de una asociación sindical, puesto que está en búsqueda de contar con estabilidad laboral.

Adicionalmente, hay cuatro fuerzas globales que están rompiendo todas las tendencias de cómo funciona el mundo, una de ellas es la aceleración en el alcance, la escala y el impacto económico de la tecnología con una revolución en el acceso a información que proporciona cantidades sin precedentes de datos a personas y empresas por igual. (Richard Dobbs, 2015). De esta manera, toda persona tiene acceso amplio a la información en tiempo real de cómo crear un sindicato siendo empleado atípico y de los respaldos que da el Ministerio del trabajo y la OIT a la formalización de empleo y a la libre asociación sindical.

Es altamente factible que los empleados temporales puedan conformar una asociación sindical debido a su búsqueda por tener un trabajo estable, y al ejercicio de su Derecho a la igualdad, si se fortalecen los planteles de formalización de empleo,

la contratación directa mitiga la conformación de asociaciones sindicales debido a que ya se cuenta con la garantía del empleo fijo y los beneficios iguales.

CONCLUSIONES

Si bien es cierto que constitucionalmente toda persona tiene Derecho a la libre Asociación, el mercado laboral actual expone un tipo de contratación a través de empresas temporales que restringe el acceso a este derecho. Puesto que sólo hasta después de un (1) año, el empleado en misión tendría la posibilidad de ser contratado directamente por la compañía y ejercer el derecho de asociación sindical.

La posición de la empresa usuaria al optar por la tercerización es mitigar los riesgos laborales, al estar estos en cabeza de la empresa temporal y de alguna manera disminuir costos y no tener el riesgo de creación de sindicatos; pero se tiene la fuerte presión actual de las entidades reglamentarias como la OIT y el Ministerio de Trabajo, que incentivan la formalización de empleo y reglamentan el buen curso de las asociaciones sindicales. Según un nuevo reporte de OIT, los empleos atípicos con frecuencia están asociados a mayores déficits de trabajo decente. Independiente del observador (empresa usuario o entidades reglamentarias), se debe apuntar a garantizar un trabajo formal que proporcione estabilidad y beneficios en igualdad de condiciones a todo trabajador.

Dando claridad a las opciones que se tienen, primero está el riesgo de que siendo temporales los trabajadores tercerizados formen sindicato a la temporal y que la empresa usuaria sea solidariamente responsable; segundo, las empresas usuarias apliquen el proceso de formalización con los empleados temporales en aras de que al ser directos por compañía no conformen un sindicato, siendo esta última opción más costosa que la primera.

BIBLIOGRAFIA

- Ministerio del Trabajo. (4 de Diciembre de 2006). Mintrabajo Decreto 4369 .
Obtenido de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22390>
- Mintrabajo, C. (8 de Noviembre de 2016). Mintrabajo. Obtenido de
<http://www.mintrabajo.gov.co/noviembre-2016/6526-por-intermediacion-laboral-ilegal-mintrabajo-impone-mayor-numero-de-sanciones.html>
- Organizacion Internacional del Trabajo. (25 de OCTUBRE de 2016). OIT. Obtenido de http://www.ilo.org/lima/programas-y-proyectos/WCMS_237627/lang-es/index.htm
- Richard Dobbs, J. M. (2015). No Ordinary disruption. New York: PublicAffairs.