

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO.

El Contrato Sindical y la Responsabilidad Estatal en la precarización del empleo.

Por: Eduardo Uribe Gutierrez.

Asesor: Gloria María Arango Peláez.

Universidad Eafit 2021.

A Jorge Hernán y a Xime por ser mis maestros...

A mi madre por ser mi ejemplo y sustento...

A Maya, Kenia y África por alegrarme en cada instante.

“El homo sapiens gobierna el mundo, porque somos el único animal capaz de cooperar con agilidad en grupos numerosos. Podemos crear redes de cooperación masivas, donde miles de millones de auténticos extraños colaborarán juntos por objetivos comunes. Uno a uno, o incluso de diez en diez, los seres humanos nos parecemos excesivamente a los chimpancés. Todo intento por comprender nuestra función exclusiva en el mundo estudiando nuestros cerebros, nuestros cuerpos o nuestras relaciones familiares, está condenado al fracaso. La auténtica diferencia entre nosotros y los chimpancés es el pegamento misterioso que permite la cooperación efectiva de millones de seres humanos.

Este pegamento misterioso está compuesto de historias, y no de genes. Cooperamos de forma eficaz con extraños porque creemos en cosas como los dioses, las naciones, el dinero y los derechos humanos. Sin embargo, nada de estas cosas existe al margen de las historias que la gente inventa y nos contamos los unos a los otros. No hay dioses en el universo, ni naciones, ni dinero ni derechos humanos, a excepción de la imaginación común de los seres humanos...” Yuval Noah Harari

Resumen:

En los últimos años, el contrato sindical ha pasado de ser una figura casi desconocida, a uno de los negocios jurídicos más relevantes en el contexto del Derecho Colectivo del Trabajo.

El contrato sindical es una expresión del derecho a la negociación colectiva, es una de las tres formas de contratación colectiva que se encuentran en el Código Sustantivo del Trabajo, junto a las convenciones y pactos colectivos.

Es menester analizar este contrato en el contexto social con la finalidad de revisar si la figura es una modalidad de intermediación laboral y por otra parte, su legalidad dentro de un ordenamiento jurídico que históricamente ha intervenido para evitar tal intermediación.

Antes de hablar del contrato sindical, de su naturaleza y los demás elementos que este conlleva, se debe conocer la figura a la cual este sirve, es decir, los sindicatos, así como el derecho que permite la creación de los últimos, que es el derecho de asociación y de manera específica, el derecho de asociación sindical.

Es importante conocer la historia de los sindicatos en Colombia para entender las razones de su existencia, así como el sustento legal de los mismos; ya que estos no fueron generados de una manera automática ni espontánea, sino que fueron desarrollados a partir de un lento proceso, que se caracterizó por ser una lucha constante en el que se enfrentaron distintas clases sociales, ideales opuestos y diversas culturas.

Se abordará en primer lugar el concepto general del derecho a la asociación, seguidamente del inicio de las asociaciones en Colombia, como de los sindicatos. Posteriormente se analizará, de manera general, las concepciones legales y jurisprudenciales de la tercerización e intermediación laboral, tema requerido para entender este fenómeno. Después se tratará el contrato sindical y sus problemas actuales.

Por último, se responderá a la siguiente pregunta ¿es el legislador Colombiano responsable por la precarización laboral que se ha generado a raíz de la celebración de los contratos sindicales después de la expedición de la ley 1429 de 2010?

Palabras Clave: Asociación, Asociación Sindical, Tercerización, Sindicatos, Contrato Sindical, intermediación Laboral.

Tabla de Contenido:

1. Derecho a la asociación y asociación sindical.

1.1 Concepto derecho a la asociación.

1.2 Concepto derecho a la asociación sindical.

2. Historia de las asociaciones y Sindicatos en Colombia.

2.1 Inicio de las asociaciones en Colombia.

2.2 Breve historia de las Asociaciones Sindicales en Colombia.

2.3 Inicios del Contrato Sindical.

3. Tercerización e intermediación laboral.

4. Contrato sindical.

4.1 Concepto y características del contrato sindical.

4.2 Bases constitucionales y fundamentos legales del contrato sindical.

4.2.1 Bases constitucionales.

4.2.2 Fundamentos legales.

4.3 Partes del Contrato Sindical.

4.4 Requisitos para la celebración del contrato sindical.

4.5 Naturaleza del Contrato sindical-

5. Problemática Actual.

6. La pregunta.

7. Conclusiones.

8. Bibliografía.

1. Derecho a la Asociación y asociación sindical.

1.1 Concepto derecho a la asociación.

La palabra asociar, según el diccionario de la Real Academia Española, puede entenderse de diversas maneras, como son:

1. *“Unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo.”*
2. *“Juntar una cosa con otra para concurrir a un mismo fin.”*
3. *“Juntarse, reunirse para algún fin.”*

Etimológicamente, asociar(se) proviene del latín *associāre*, “a” “hacia” y “socius” “compañero”.

Por otro lado, la Constitución Política de Colombia define el derecho de asociación en su artículo 38 Título II, Capítulo 1, “De los Derechos Fundamentales” en el que expone: *“Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”*

En dicha definición, el Constituyente lo concibe desde dos puntos de vista, en sentido positivo como la libertad que tiene cada individuo para agruparse con la finalidad de constituir una asociación, y, en sentido negativo como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-781 de 1998, *“la imposibilidad de constreñir u obligar a formar parte de alguna.”*

Así entendido, cada persona tiene el derecho fundamental de agruparse y constituir una asociación. Igual derecho para retirarse de la misma o no pertenecer a ninguna.

Es importante resaltar que al ser ubicado este derecho en el capítulo 1, Título II de la Constitución Nacional, se evidencia la finalidad del Constituyente de

enmarcarlo como un derecho fundamental e inherente del hombre. Con la obligación del Estado de proteger y garantizar que el hombre pueda asociarse o no con plena libertad.

De igual forma, según la misma Corte Constitucional en la sentencia T-133 A de 2003:

El derecho de asociación, consagrado en la Constitución Política, artículo 38, es un derecho que hace parte de aquellos pertenecientes a las libertades individuales, siendo una prolongación de los derechos a la libertad de expresión, pensamiento y de reunión. Consiste tal garantía en la posibilidad que tiene toda persona de crear o adherirse libremente a una asociación, y a través de la misma desarrollar aquellas actividades para la cual fue creada, siempre y cuando su proceder sea lícito. (subrayado fuera de texto)

Desde otra perspectiva, ya no meramente jurídica, sino filosófica, diversos autores han visto en la naturaleza del hombre la tendencia a asociarse. Por ejemplo, Platón en La Republica indica: “la ciudad nace, (...) por darse la circunstancia de que ninguno de nosotros se basta a si mismo, sino que necesita de muchas cosas. (...) “y seguidamente expresa: “Así, pues, cada uno va tomando consigo a tal hombre para satisfacer esta necesidad y a tal otro para aquella; de este modo, al necesitar todos de muchas cosas, vamos reuniendo (...) personas en calidad de asociados y auxiliares (...)” (subrayado fuera de texto)

Al ser inherente al hombre la tendencia a asociarse se puede concluir que es un derecho fundamental y por esta razón tiene una especial protección estatal, siempre y cuando, la finalidad por la cual se asocian sea lícita.

Teniendo ya claro el concepto del derecho de asociación, así como sus alcances, se procederá a hablar del derecho de asociación sindical, ya que este es entendido como un desarrollo del derecho de asociación.

1.2 Concepto derecho de asociación sindical.

El derecho a la asociación sindical está enmarcado el artículo 39 de la Constitución Política, el cual expone: “Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.”

De forma paralela, la Declaración Universal De Los Derechos Humanos (1948), en su artículo 23, numeral 4 indica que: *“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”*

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), artículo 8, numeral 1 crea la obligación a los estados a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país

(...) ”

De la misma manera, el convenio 87 de 1948 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante, OIT, en su artículo 2 reza:

“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 estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.”

Se resalta aquí la importancia y la protección constitucional de este derecho, ya que como lo argumenta el magistrado Cesar Gaviria Diaz, en la sentencia T-568 de 1999, *“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.”*

A propósito de esto, el artículo 93 de la Constitución Política, indica que: *“ Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)”

Así que, siguiendo el pensamiento de Carlos Gaviria Díaz demarcado en la sentencia citada y, acorde a los lineamientos de la Constitución, estos convenios hacen parte del bloque de constitucionalidad.

(...) y Por tanto, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia: el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga deben ser respetados, su ejercicio no se puede perturbar con la injerencia externa (empleadores, autoridades administrativas, estatales o judiciales), y solamente se debe limitar cuando se trate de servicios públicos esenciales. ¹

Frente al derecho de asociación sindical, en la sentencia T- 1328 de 2001 la Corte Constitucional señala que:

Se trata, pues, de un derecho que dentro del ordenamiento jurídico se desenvuelve desde varias perspectivas que comprenden: (i.) una libertad individual que se traduce en la posibilidad de organizar sindicatos, o ingresar, permanecer y retirarse de los mismos - dimensión individual del derecho de asociación-; (ii.) un poder legítimo de los trabajadores organizados para promover no sólo sus intereses sino su visión de la política general en temas que los afectan o convocan como ciudadanos de una democracia participativa – dimensión colectiva del derecho de asociación y (iii) una garantía de la autonomía de las asociaciones libremente confirmadas para ejercer dicho poder legítimo

Es con estos argumentos que se evidencia la importancia y el alcance de los derechos de asociación y de asociación sindical. Que, además de ser inherentes al hombre ya que son considerados derechos fundamentales, su cumplimiento y la garantía de estos tiene completa relevancia a nivel internacional, obligando al Estado Colombiano a buscar soluciones y vías que permitan el ejercicio de estos derechos de una forma eficiente y justa, teniendo como norte lo detallado en el preámbulo de la constitución de la OIT “*que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales*”

¹ Corte Constitucional, Sala Cuarta de revisión, Sentencia T-568 del 10 de agosto de 1999. M.P Carlos Gaviria Díaz.

2. Historia de las Asociaciones y Sindicatos en Colombia.

2.1 Inicios de las Asociaciones en Colombia.

La historia del derecho de asociación, y de las asociaciones sindicales, se ha caracterizado por ser una lucha constante de los trabajadores en pos de la libertad, y la protección de derechos mínimos, así como de poder pertenecer a un grupo y desarrollar una actividad con personas que tienen el mismo objetivo.

La crónica de las asociaciones sindicales colombianas se ha visto directamente afectada por la historia económica del país, ya que la economía ha tenido un papel clave en la creación y afectación de gremios e industrias, y cuando estos se veían afectados, los trabajadores, obreros, y artesanos se asociaban con la finalidad de cambiar dicha situación.

La primera asociación de la historia colombiana nació en Bogotá en 1847, conocida como la Sociedad de Artesanos de Bogotá, que se *“origino como una reacción al primer intento del General Tomas Cipriano de Mosquera de liberalizar la economía, aun bajo los vestigios imperantes en el régimen colonial, de proteccionismo extremo”* (Hernández Valderrama,2004)

En el mismo sentido, esta política económica que buscaba abrir las puertas a las manufacturas de Europa tenía como consecuencia la desprotección de los artesanos nacionales, los cuales no podían competir contra las tecnologías y precios de los productos importados, por lo que decidieron participar activamente en las decisiones políticas ayudando a elegir al General Liberal José Hilario López, el cual apoyaba abiertamente dicha asociación.²

Posteriormente, dicha asociación de artesanos, al adquirir poder político, desdibujó su carácter gremialista y cambia el nombre a Sociedad Democrática, siendo una entidad politizada dedicada a defender el gobierno que había ayudado a elegir.

²Urrutia Montoya, Miguel. Historia del Sindicalismo en Colombia 1850-2013. Bogotá. Universidad de los Andes. (2016), Pg.19

Seguidamente, “(...) e impulsadas por el Gobierno, surgieron otras Sociedades Democráticas en diferentes regiones del país, casi todas conformadas por artesanos urbanos, pero imbuidos de claros intereses políticos. Los conservadores fundan en Bogotá el 17 de diciembre de 1.848 la Sociedad Popular, para oponerla a la Democrática de los liberales” (Hernández Valderrama, 2004)

Según Francisco Hernández Valderrama, en la última década del siglo XIX, se empezaron a constituir distintas sociedades, con la finalidad de “(...) crear asociaciones destinadas a facilitar a sus asociados créditos y ayudas frente a contingencias de salud, educación o para laboral”. Algunas de estas son: en Manizales, la Sociedad de Socorros Mutuos, en Bucaramanga, la Sociedad de Mutuo Auxilio, en Ocaña la Sociedad Cooperativa Fraternal, entre otras.

Como se puede observar, estas asociaciones no se concentraron únicamente en cambiar las situaciones económicas del momento, sino que fueron evolucionando hasta ser un soporte de apoyo entre las comunidades, sirviendo de ejemplo social a la comunidad.

Es así, como estas asociaciones gremialistas se pueden considerar como la prehistoria del movimiento sindical colombiano, ya que concretaron la idea de asociar grupos de trabajadores³, y sirvieron como pioneros en las luchas sociales.

2.2 Breve historia de las Asociaciones Sindicales en Colombia.

Como el objetivo de esta monografía es el contrato sindical, se tendrá como fecha para terminar el recuento el surgimiento de la contratación colectiva, en específico, el contrato sindical.

Así mismo, se hará al final del acápite un recuento de los contratos colectivos que se han celebrado en el país y analizaremos un fenómeno que se da a partir del 2011 en el que se nota un incremento sustancial de números de asociaciones y contratos sindicales.

A comienzos del siglo XX, a partir de “*un clima de inversiones internas y externas destinadas a la producción de bienes de consumo como alimentos,*

³ Hernández Valderrama Francisco. “*El sindicalismo en Colombia, Implicaciones Sociales y políticas*” Pg. 69. (2004)

bebidas, tabaco, bienes intermedios como textiles, muebles y materiales para construcción y el surgimiento de los servicios públicos modernos⁴” se entra en una etapa de industrialización en el país, que genera una nueva clase obrera.

En 1909 se reconoce el primer sindicato por parte del gobierno colombiano: La Sociedad de Artesanos de Sonsón, que fue constituido por artesanos de distintos gremios como zapateros y sastres, entre otros, y según expone Miguel Urrutia en su libro, tuvo injerencia de la iglesia en su creación. ⁵

Con posterioridad a esta asociación sindical se crearon varios sindicatos, pero la mayoría no tuvieron larga duración, e igualmente fueron promovidos por la iglesia pues tenían finalidades más religiosas que económicas y sociales.

No obstante, estas asociaciones familiarizaron a grupos importantes de trabajadores con los problemas de organización, y por lo tanto fueron la semilla para los líderes sindicales de los años 20. Por esta razón, cuando la industrialización llegó al país, y se generaron abusos a los trabajadores ya existían obreros con experiencia organizadora y asociativa que podían ingresar a los cuadros de mando sindicales (Urrutia Montoya, 2016)

A continuación, se anexa tabla creada por el señor Miguel Urrutia que muestra las organizaciones sindicales reconocidas por el Estado desde 1909 hasta 1965, es importante resaltar la aclaración que hace este autor, el cual expresa que posiblemente los sindicatos antes de 1931 eran en realidad más, pero que como en su momento el reconocimiento de la personería jurídica no generaba ningún beneficio, no se formalizaba su creación. ⁶

4. Muñoz Ramiro Manuel, Guadalupe Balcázar María, Biel Israel, Peña Adelina, Reyes Andrea, “Historia de los movimientos sindicales y la mecánica sindical,” *Instituto de estudios interculturales*. Modulo 2. (2015) https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/node/field-documents/field_document_file/m2_sindicatos_s1__11_23_web.pdf

⁵ Urrutia Montoya, Miguel. Historia del Sindicalismo en Colombia 1850-2013. Bogotá. Universidad de los Andes. (2016) Pg. 46

⁶ Urrutia Montoya, Miguel. Historia del Sindicalismo en Colombia 1850-2013. Bogotá. Universidad de los Andes. (2016) Pg. 47

| Año | Personerías jurídicas obtenidas (a) | Año | Personerías jurídicas obtenidas | Año | Personerías jurídicas obtenidas |
|------|-------------------------------------|----------|---------------------------------|------|---------------------------------|
| 1909 | 1 | 1928 | 9 | 1947 | 48 |
| 1910 | 4 | 1929 | 8 | 1948 | 102 |
| 1911 | 3 | 1930 (b) | 14 | 1949 | 112 |
| 1912 | 1 | 1931 | 16 | 1950 | 59 |
| 1913 | 2 | 1932 | 17 | 1951 | 41 |
| 1914 | 3 | 1933 | 20 | 1952 | 40 |
| 1915 | 1 | 1934 | 64 | 1953 | 43 |
| 1916 | 4 | 1935 | 84 | 1954 | 60 |
| 1917 | 8 | 1936 | 38 | 1955 | 68 |
| 1918 | 4 | 1937 | 159 | 1956 | 86 |
| 1919 | 1 | 1938 | 95 | 1957 | 129 |
| 1920 | 5 | 1939 | 57 | 1958 | 157 |
| 1921 | 4 | 1940 | 71 | 1959 | 244 |
| 1922 | 3 | 1941 | 54 | 1960 | 329 |
| 1923 | 5 | 1942 | 39 | 1961 | 180 |
| 1924 | 9 | 1943 | 79 | 1962 | 244 |
| 1925 | 7 | 1944 | 180 | 1963 | 251 |
| 1926 | 5 | 1945 | 453 | 1964 | 163 |
| 1927 | 8 | 1946 | 121 | 1965 | 195 |

En la tabla anterior, se puede observar que en los primeros años del siglo XX los sindicatos reconocidos eran pocos, sin ni siquiera pasar de la decena en los primeros 30 años del siglo.

En 1918, se dan las primeras grandes huelgas por trabajadores en el país, específicamente en la costa atlántica con los trabajadores portuarios, ya que estos eran los que más contacto tenían con extranjeros y se vieron influenciados por las ideas del sindicalismo, que estaba atado a ideas socialistas y anarquistas de la época.⁷

Por otro lado, se puede observar que estos trabajadores portuarios tenían una característica en contraste con los obreros industriales de la época, y era que, a diferencia de estos últimos, no tenían que ser especializados ni calificados, en

⁷ Montoya Urrutia, Miguel. Historia del Sindicalismo en Colombia 1850-2013. Bogotá. Universidad de los Andes. (2016), Pg. 49.

otras palabras, eran reemplazables, por lo que los patronos no tenían que asegurar en gran medida buenas condiciones laborales ni salariales.

La primera de estas huelgas ocurrió el día 3 de enero de 1918 en Barranquilla y culminó con un acuerdo colectivo entre trabajadores y empleadores en los que estos se comprometieron a subir en 50% el jornal.

A partir de este “éxito” de los trabajadores en Barranquilla los trabajadores de la época entendieron la utilidad de la huelga como una forma efectiva para protestar y defender sus derechos, tanto así, que esta forma de presión se extendió rápidamente a Cartagena y Santa Marta en el mismo año y se presentaron otras huelgas.

Cabe mencionar que la huelga en Cartagena terminó siendo violenta, tanto así, que es a partir de estos hechos que se expide el decreto 2 de 1918⁸, por el cual “*se dictan ciertas medidas en relación con la cesación de trabajos por empleados u obreros*”.⁹

El anterior decreto tenía unos artículos restrictivos del derecho de huelgas, por ejemplo, el artículo 1 rezaba: “*Prohíbense las reuniones populares en las vías y plazas públicas. (...)*” “y en el artículo 2, se exponía que estas reuniones del artículo primero serían objeto de sanciones penales.

Igualmente, el artículo 5 del mismo exponía:

“ Prohíbense las Juntas permanentes denominadas De Huelgas. La autoridad hará la notificación del caso a los miembros de las que existieren con ese u otro nombre, y si persistieren en reunirse, podrán ser multados administrativamente con multas hasta de cien pesos, convertibles en arresto conforme a la ley”

Este mismo decreto evidencia la presencia de extranjeros en las huelgas anteriores, idea que se comparte con el autor Miguel Urrutia ya que en el artículo 10 señalaba: “*Los individuos extranjeros que intervinieren en asonadas o motines con pretexto de huelga, serán expulsados del territorio nacional (...)*” por lo que se podría otra vez visualizar en este artículo la influencia extranjera en estas primeras huelgas.

⁸Montoya Urrutia, Miguel. Historia del Sindicalismo en Colombia 1850-2013. Bogotá. Universidad de los Andes. (2016) Pg. 51

A raíz de todos estos hechos, nuevas realidades y regulaciones, se empieza a evidenciar como el Estado entiende la importancia de garantizar a los trabajadores y obreros el derecho a exigir mejores condiciones laborales, sea para evitar daños derivados de las huelgas, mantener la paz y seguridad, proteger la industria y economía o sencillamente porque, es lógico que el hombre busque prosperar y mejorar sus condiciones.

Después de la expedición del decreto 02 de 1918, en el siguiente año, sale a luz, la ley 78 de 1919, “sobre huelgas” en la que se define por primera vez la huelga. El texto que lo define es el siguiente:

“Entiéndese por huelga el abandono del trabajo en una o varias fábricas o empresas industriales o agrícolas, abandono convenido o aceptado voluntariamente por un número tal de empleados, obreros o trabajadores, que produzcan la suspensión del funcionamiento de las fábricas o empresas, y con las condiciones siguientes:

1ª. Que su objeto sea mejorar las condiciones retributivas del trabajo, tales como jornales o salarios, horas de trabajo, condiciones higiénicas, etc., o sostener las condiciones actuales cuando se trate de desmejorarlas; y

2ª. Que el abandono del trabajo se efectúe y se sostenga en forma pacífica. (...). “

Otra ley que reguló en su momento la huelga fue la 21 de 1920, que, hacía referencia a la conciliación y arbitraje en los conflictos colectivos del trabajo. Se trae a colación una parte de dicha ley, con motivo de evidenciar lo que se piensa que puede ser un antepasado de la idea de convenio colectivo:

Artículo 4º.” Si se llegare a un acuerdo entre el jefe o director y los empleados, aquel será de forzoso cumplimiento por el tiempo y en las condiciones en que se hubiere celebrado, para lo cual se extenderá una acta de lo acordado, que será firmada por los delegados y por el director o jefe, y de la cual se remitirá una copia autentica a la primera autoridad política del lugar. “

Se puede afirmar que estos últimos años de la primera década del siglo XX y los primeros de los años 20 se caracterizaron por el autorreconocimiento de la fuerza laboral y poder que los trabajadores del país tenían. Así mismo, el Estado continuó procurando regular y dar soluciones a las problemáticas que se presentaban derivadas de las huelgas.

Es a través de estas huelgas que los empleados empezaron a exigirle a sus patrones mejores condiciones laborales, entre estos trabajadores se incluyen los

obreros de la *United Fruit Company*, que en 1918 entregaron a sus patrones un pliego de condiciones exigiendo mejores condiciones laborales.

Estos patrones no dieron ninguna respuesta satisfactoria a los obreros de la compañía y es por eso mismo, que 10 años después de entregado ese pliego, los obreros vuelven a entrar en huelga, y su desenlace es uno de los episodios más sangrientos e importantes en la historia del sindicalismo colombiano, en el que murieron aproximadamente 100 personas y hubo 232 heridos.

A partir de estos hechos, se da un cambio del partido político en el poder, y, en el gobierno de Enrique Olaya Herrera se expide la ley 83 de 1931, que será hito en la historia de los sindicatos, dándole el derecho a los trabajadores de agruparse en sindicatos, exponiendo las clases de estos, así como regulando varias materias sujetas a estos, a continuación, expondremos algunos artículos relevantes.

“Artículo 1º. La ley reconoce a los trabajadores el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc., etc.

Se llama sindicato la asociación de trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad, o de profesiones, oficios o especialidades, similares o conexos, constituida exclusivamente para el estudio, desarrollo y defensa de los intereses comunes de su profesión, sin repartición de beneficios.”

“Artículo 8º. Los sindicatos tienen, principalmente, las siguientes facultades:

a) Celebrar contratos colectivos; (subrayado fuera de texto)

b) Defender los derechos de sus miembros en los conflictos de trabajo, ya sea ante terceros o ante las autoridades;

c) Crear, administrar y subvencionar instituciones, establecimientos u obras sociales de utilidad común, tales como cajas de socorros mutuos, habitaciones baratas, oficinas de colocación, laboratorios, campos de experimentación y deporte, cursos y publicaciones de educación científica, agrícola o industrial, sociedades cooperativas, casa de salud, biblioteca y escuelas;

d) Comprar para revender, alquilar, prestar o repartir entre sus miembros, o comprar por cuenta de ellos, todos los objetos necesarios al sostenimiento de la familia y al ejercicio de la profesión, materias primas, instrumentos, máquinas, abonos, semillas, plantas o animales; servir de intermediario para la venta de los productos provenientes del trabajo de los socios o de la producción de cooperativas, siempre que no procedan en nombre propio, y facilitar esa venta por medio de exposiciones, anuncios y sistemas adecuados de transporte; y

e) Procurar la conciliación en los conflictos de trabajo, y decretar la huelga, llegado el caso, y previos los trámites legales, en los establecimientos, fábricas, talleres o industrias cuyos trabajadores pertenezcan al gremio, previa aprobación de las dos terceras partes de los miembros del sindicato. “

Esta ley promueve el reconocimiento de los sindicatos, permitiendo el derecho a huelga, y reconociendo su labor social en la búsqueda de los intereses comunes de sus asociados.

2.3 Inicios del contrato sindical:

Con la expedición de la ley 83 de 1931, se faculta a los sindicatos a celebrar contratos colectivos, así como defender a los asociados en conflictos ante terceros o ante alguna autoridad, a repartir entre sus miembros ayudas para el sostenimiento de sus familias y al ejercicio de la profesión.

El primer contrato sindical que se celebró en el país se remonta a 1930¹⁰, antes de la expedición de la ley 83 de 1931

“ (...)cuando los braceros (estibadores, coterros), ubicados en los diferentes puertos marítimos y fluviales, en especial en el río Magdalena, descontentos por los abusos que se cometían en el manejo de las tarifas que consideraban bajas para su dedicación y esfuerzo, resolvieron unirse y fijar unas tarifas y beneficios. Para ello se organizaron en sindicatos de gremio, que empezaron a pactar servicios mediante la utilización de lo que conocemos como contrato sindical, que prácticamente ha estado reducido en su implementación a las bananeras y riberas de ríos bajo la figura de sindicato de gremio.” (Barona Betancourt, 2019)

Posteriormente, se expide el decreto 2350 de 1944, el cual define y regula por primera vez el contrato sindical de la siguiente manera:

“Artículo 21. Se entiende por contrato sindical el que celebran 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. Uno de los ejemplares del contrato sindical deberá depositarse, en todo caso, en el Ministerio del ramo. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo

Artículo 22. El sindicato de trabajadores que hubiere suscrito un contrato sindical responderá 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

¹⁰ Barona Betancourt Ricardo. *El contrato Sindical en Colombia*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. (2019)7 Pg. 11

suspensión del contrato previstos por la Constitución, la Ley o la convención, y tendrá también personería para ejercer tanto los derechos y acciones que le correspondan directamente como los que le correspondan a cada uno de sus afiliados Para éstos efectos, cada una de las partes contratantes deberá constituir caución suficiente; si no se constituyere, se entenderá que todo el patrimonio de cada contratante sirve de garantía de las respectivas obligaciones contractuales

Artículo 23. En caso de disolución del sindicato de trabajadores que haya sido parte de un contrato sindical, los trabajadores continuarán prestando sus servicios en las condiciones estipuladas, mientras dure la vigencia del contrato, bajo su responsabilidad individual “

Desde sus inicios, el contrato sindical no fue muy usado en las negociaciones colectivas, según el doctrinante Ricardo Barona Betancourt:

“ en el periodo de 1962 a 2001, los contratos sindicales suscritos fueron los siguientes:

a) Madereras del Darién Ltda. Con el Sindicato de Braceros y Embarcadores de Turbo y Federación de Trabajadores de Antioquia, durante el periodo de 1962 a 1964.

b) Roberto Cavalier y Cia. Con el Sindicato de Chequeadores de Carga Marítima y Fluvial del Departamento de Bolívar (Sinchermaflu), durante el periodo de 1972 a 1974.

c) Compañía Transportadora S.A. con el Sindicato de Chequeadores de Carga marítima y Fluvial del Departamento de Bolívar (Sinchermaflu) durante el periodo de 1975 a 1977.

d) Asociación Nacional de Navieras (Adenavi) con el Sindicato de Braceros (Sinbralan), durante el periodo de 1975 a 1977.

e) La union de Bananeros de Uraba con el Sindicato de Embarcadores y Braceros de Turbo (Sindebras), durante el periodo de 1981 a 1983.

g) Navemar Ltda. con el Sindicato de Destapadores de Bodegas de Naves del Muelle de Santa Marta, durante el periodo de 1983 a 1985.

h) La Promotora Bananera S.A. con el Sindicato de Embarcadores y Braceros de Turbo (Sindebras), durante 1988 a 1990.

i) La Unión de Bananeros de Uraba con el Sindicato de Embarcadores y Braceros de Turbo (Sindebras) durante el periodo de 1992 a 1994.

j) La Union de Bananeros de Uraba S.A. con el Sindicato de Braceros Desarrumbadores de Nueva Colonia, durante el periodo de 1995 a 1997.

k) La Gobernación del Valle del Cauca con el Sindicato de Trabajadores del Valle del Cauca, durante el periodo de 2000 a 2001. (Barona Betancourt,2019)

Adicionalmente se anexa tabla de datos que presenta la Escuela Nacional Sindical (ENS), Sistema de Información Sindical y Laboral (Sislab) para evidenciar y contrastar el aumento de contratos sindicales en los últimos tiempos.

| Año | Convención colectiva | | Pacto colectivo | | Contrato sindical | | Total | |
|-------------|----------------------|--------------|-----------------|--------------|-------------------|--------------|----------|--------------|
| | Nº casos | Trab. benef. | Nº casos | Trab. benef. | Nº casos | Trab. benef. | Nº casos | Trab. benef. |
| 2006 | 448 | 52.790 | 76 | 17.632 | 12 | 2.486 | 536 | 72.908 |
| 2007 | 291 | 62.230 | 206 | 50.470 | 22 | 4.928 | 519 | 117.628 |
| 2008 | 282 | 69.654 | 217 | 49.042 | 40 | 9.040 | 539 | 127.736 |
| 2009 | 379 | 92.131 | 209 | 47.234 | 46 | 10.396 | 634 | 149.761 |
| 2010 | 256 | 61.750 | 225 | 50.624 | 50 | 11.300 | 531 | 123.674 |
| 2011 | 353 | 93.192 | 170 | 38.420 | 164 | 37.064 | 687 | 168.676 |
| 2012 | 329 | 83.688 | 216 | 48.816 | 708 | 159.782 | 1.253 | 292.286 |
| 2013 | 459 | 75.211 | 210 | 21.424 | 964 | 49.164 | 1.633 | 145.799 |
| 2014 | 359 | 79.889 | 255 | 86.835 | 2.066 | 105.366 | 2.680 | 268.419 |
| 2015 | 500 | 108.000 | 225 | 104.537 | 1.975 | 100.725 | 2.700 | 313.262 |
| 2016 | 387 | 83.558 | 224 | 71.935 | S.D. | S.D. | 611 | 155.493 |

11

Como puede concluirse, a partir del año 2012 los contratos sindicales superan la sumatoria de las convenciones colectivas y pactos colectivos, demostrando el auge que adquiere este tipo de contratos en la contratación colectiva laboral.

Este aumento se genera, en opinión del autor por la expedición de la ley 1429 de 2010 del 29 de diciembre, la cual en su artículo 63, profirió la prohibición de la intermediación laboral en actividades misionales permanentes en empresas privadas o públicas. El texto es el siguiente:

¹¹ Escuela Nacional Sindical, Sistema de Información Laboral y Sindical (SISLAB), Reporte a diciembre 2017. (2018)

“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. “ (subrayado fuera de texto)

A continuación, se presenta tabla comparativa con información suministrada por la ENS, Sislab, en la que se visualiza que, a partir de 2011, se presenta un fenómeno de incremento en el número de sindicatos, así como de contratos sindicales:

| Año | Número de sindicatos | Porcentaje de Aumento sindicatos | Contratos Sindicales. | Porcentaje de aumento Contratos Sindicales. |
|-------------|-----------------------------|---|------------------------------|--|
| 2005 | 2.768 | Sin Datos | Sin Datos | Sin Datos |
| 2008 | 2.933 | 5.96% | 40 | Sin Datos |
| 2009 | 2.885 | - 1.64% | 46 | 15% |
| 2010 | 2.936 | 1.77% | 50 | 8.7% |
| 2011 | 3.459 | 17.81% | 164 | 228% |
| 2012 | 3.868 | 11.82% | 708 | 331.71% |
| 2013 | 4.384 | 13.34% | 964 | 36.16% |
| 2014 | 4.889 | 11.52% | 2.066 | 114.32% |
| 2015 | 5.229 | 6.95% | 1.975 | -4.4% |

12

Con los datos anteriores, se puede afirmar que:

1. A partir del 2011 se incrementó el número de sindicatos como de contratos sindicales.
2. Este incremento no es proporcional al histórico, por lo que es evidente el acaecimiento de un hecho que indujo al aumento de estas figuras.
3. En opinión del autor de la presente monografía, el acontecimiento fue la expedición de la ley 1429 de 2010.

¹² Creación del autor, con base en los reportes efectuados por la Escuela Nacional Sindical, Sistema de Información Laboral y Sindical (SISLAB), Reporte años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015. Revisado el 3 de septiembre de 2021.

3. Tercerización e intermediación laboral.

Es importante tratar estos dos conceptos ya que como se evidenció antes la problemática actual tiene origen a partir de la prohibición de una de estas figuras.

Los fenómenos de tercerización e intermediación laboral son totalmente comunes, y, además, una realidad en las sociedades contemporáneas, siendo parte del giro normal de los negocios. En palabras del Ministerio del Trabajo expuestas en la Resolución 2021 de 2018:

La tercerización o subcontratación es dinamizadora de la economía de un país y de la potencialización de sus industrias, y claramente es una herramienta de formalización laboral dado que constituye en una fuente de empleo que disminuye la informalidad y sus efectos.

En un contexto general, como su nombre lo indica, las relaciones triangulares se conforman de tres sujetos, a saber; el empleado, la empresa y un tercero que se entiende como empresa usuaria, a quien se le va a proveer “mano de obra” (Intermediación laboral) o suministrar bienes y servicios (tercerización, externalización, subcontratación a partir de terceros, outsourcing).

La OIT ha tratado de aclarar dichos conceptos, por ejemplo, en la conferencia 86 de junio de 1998 define trabajo en termino de subcontratación en el artículo 1:

“(...) todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales (...)”

Así las cosas, se puede ver que la subcontratación es un género y que dependiendo del objeto a contratar esta es a su vez, o intermediación o tercerización.

La doctrina también ha jugado un papel activo en los alcances de este género, y sus especies, por ejemplo, Prieto (2008) expone en referente a la intermediación laboral que:

“La intermediación laboral está compuesta por entidades y procedimientos que facilitan la interacción entre trabajadores y empresas, con el objeto de proveer información sobre las características de los vacantes disponibles y la heterogeneidad de los trabajadores. Regulan el emparejamiento entre trabajadores y empleos garantizando una mayor productividad y un mejor nivel de ingresos para las firmas y los trabajadores, respectivamente (p.42).”

Igualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado (2017) ha definido esta figura de la siguiente manera:

La intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante. Se trata, por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de la Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentra prohibida su prestación por parte de Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares (Consejo de Estado, Sentencia 00485 de 2017). (subrayado fuera de texto)

Por otro lado, a nivel nacional se han expedido varias normas que intentan aclarar estas definiciones, así como regularlas, con la finalidad de formalizar el empleo y limitar el alcance de las contrataciones, evitando que se usen de manera abusiva.

Por ejemplo, la resolución 2021 de 2018, expedido por el Ministerio del Trabajo se encarga definir el concepto de intermediación laboral de la siguiente manera: *“Él envió de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas e instituciones en el desarrollo de sus actividades. Esta actividad únicamente podrá ser desarrollada por empresas de servicios temporales (...)”* (subrayado fuera de texto)

En concordancia con la definición de intermediación laboral y la prohibición de desarrollar esta actividad para cualquier empresa a excepción de las de servicios temporales (EST), el decreto 4369 de 2006 faculta a las ultimas para prestar este servicio y que únicamente procede en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a 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. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Se debe precisar que los trabajadores que se envían a hacer dichas labores reciben el nombre de trabajadores en misión, y, se les debe garantizar un salario equivalente a los trabajadores de la empresa usuaria e iguales beneficios en materia de transporte, alimentación y recreación.

Así mismo, la Empresa De Servicios Temporales debe afiliar a los trabajadores en misión al Sistema De Seguridad Social Integral, como pagar los aportes parafiscales, y reconocer las prestaciones mínimas decretadas por la ley de acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia.

En la misma línea, el artículo 17 del anterior decreto exige una póliza de garantía que depende del número de trabajadores afiliados a la empresa con la finalidad de garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión.

Referente a la tercerización o subcontratación a partir de terceros, la doctrina define que:

Se configura a partir de vínculos contractuales entre diferentes empresas u organizaciones, cada una de ellas con un determinado conocimiento especializado, de forma tal que una, en desarrollo de su objeto, provee de bienes o servicios a la otra, para lo cual, naturalmente, requiere de una fuerza de trabajo. En estricto sentido, esta fuerza de trabajo no es subcontratada por la empresa que se beneficia con los servicios prestados o los bienes producidos por la empresa contratista, toda vez que, entre empresa contratante y contratista existe una verdadera relación comercial, civil, de prestación de servicios o de otra naturaleza contractual que no responde a las lógicas laborales (Centro de Estudios Sociales y Laborales, CELSA, 2019) (resaltado fuera de texto)

Reforzando la anterior definición, se tiene que traer a colación el concepto que da el Ministerio Del Trabajo, en la resolución 2021 de 2018, ya que en sus consideraciones en lo referente a la tercerización expone:

La figura de la tercerización, subcontratación u “outsourcing”, se encuentra encaminada a que mediante una relación contractual de naturaleza civil comercial entre dos partes, aquel que requiere se le suministre bienes y/o servicios contrata a un tercero especializado para

que satisfaga su necesidad, el cual ejecuta su actividad con autonomía e independencia (...)
(resaltado fuera de texto)

Y más adelante en sentido negativo indica:

Que dentro de esta categorización no cabe el suministro o vinculación de personal mediante un tercero proveedor, por cuanto, como ya se indicó, solamente las Empresas de Servicios Temporales son las autorizadas para realizar actividades de intermediación laboral, entendida como el envío de trabajadores en misión.

Aunque ya derogado el artículo, se traerá con la finalidad de esclarecer estas figuras el artículo 2.2.3.2.1 numeral 6, del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, el cual tenía el siguiente texto:

Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos: a) Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y b) Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.»

De la misma manera, el legislador colombiano, ha ayudado a resolver las diferencias entre intermediación laboral y tercerización, ya que en el artículo 63 de ley 1429 de 2010, expone que:

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. (subrayado fuera de texto)

E indica el Decreto reglamentario 2025 de 2011, en su artículo 1 que:

Cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa. (subrayado fuera de texto)

Para concluir, la intermediación laboral es la actividad que únicamente puede ser desarrollada por una empresa de servicios temporales, en la que esta se obliga a suministrarle a una empresa usuaria trabajadores en misión, sea para una actividad misional permanente o no, siempre bajo unos requisitos legales que protegen al trabajador; cuando se excede de esta definición estamos en el plano de la intermediación laboral ilegal.

Por el contrario, la tercerización tiene naturaleza civil comercial y consiste en la contratación entre dos partes con la finalidad de suministrar un bien o un servicio, el cual no puede ser una actividad misional permanente entendida como los relacionados directamente con la producción de la empresa usuaria.

4. Contrato sindical.

Definidos, ya los anteriores conceptos procederemos a analizar el contrato sindical empezando por el concepto legal y sus características, seguido de sus fundamentos, después se visualizará las partes, los requisitos para su celebración y por último la naturaleza de este.

4.1 Concepto y características del contrato sindical.

La definición del contrato sindical se encuentra en el Título III, capítulo III, artículo 482, del Código Sustantivo del trabajo, el cual expone:

“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 puede concluir que:

1. El contrato sindical, por su ubicación, hace parte del derecho laboral colectivo, por lo tanto, *“prima la colectividad, no las personas individualmente*

consideradas, apartadas unas de otras, sino que lo importante es su unión y el propósito que los vincula.” (Villa Calderón, 2019)

De igual forma es entendido por la jurisprudencia en varias sentencias, por ejemplo, en la sentencia T-457 de 2011 expone la Corte Constitucional:

Precisamente el Decreto 1429 del 28 de abril de 2010, “por medio del cual se deroga el Decreto 657 de 2006, se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, señala en su artículo 1° que el contrato sindical es un acuerdo de voluntades cuya naturaleza yace en el derecho colectivo laboral, pero que debemos decir tiene una cierta influencia del contrato civil de prestación de servicios o de ejecución de obra o labor(...) (subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, la misma corte en la sentencia T-303 de 2011 indica lo siguiente en referencia a la colectividad laboral: *“El Contrato Colectivo Sindical es una forma de contratación colectiva, como lo es el Pacto Colectivo o la Convención Colectiva del Trabajo (...)”*

2. El contrato sindical necesita de un sujeto calificado para su celebración, es decir, únicamente puede contratar un sindicato ya que este es quien se obliga a través de su representante legal.

3. Únicamente puede ser ejecutado por afiliados al sindicato que han suscrito el contrato y se les conoce como afiliados participes.¹³

4. “Puede denominarse *sui generis* porque tiene como objeto la prestación de servicios o la ejecución de obras, que son finalidades propias de los contratos civiles”¹⁴

5. Es solemne, ya que uno de sus ejemplares debe depositarse en el Ministerio de Trabajo, en palabras de la corte Constitucional en la sentencia T-303 de 2011 *“El contrato colectivo es solemne por cuanto según el artículo 482 C.S.T., uno de sus ejemplares tiene que depositarse ante el Ministerio del Trabajo”*

¹³ Corte Constitucional, Sala Novena de revisión, Sentencia T-457 del 27 de mayo de 2011. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴ Barona Betancourt Ricardo. *El contrato Sindical en Colombia*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.(2019) Pg. 84

Finalmente, el contrato es nominado, porque está ampliamente regulado en la legislación, expresamente en los artículos 482,483, 484 del código sustantivo del trabajo, en el Decreto 1072 de 2015 y en el Decreto 036 de 2016.

4.2 Bases constitucionales y fundamentos legales del contrato sindical.

4.2.1 Bases constitucionales:

Se manejará el concepto de base constitucional, porque, como su nombre lo indica es el suelo o pilar sobre el cual se erige la figura del contrato sindical, ya que sin estos cimientos no se podría hablar de una institución solida que soporte las discusiones jurídicas en las que se ve inmersa la figura.

Como se expresó al inicio de la presente monografía, este contrato tiene como base constitucional el artículo 39 de la Carta Nacional, ya que en este artículo se le reconoce el derecho fundamental a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos.

La jurisprudencia de las altas cortes ha definido el alcance y contenido del derecho de asociación sindical como se puede evidenciar en la sentencia T-1328 de 2001:

Esta Corporación, desde sus inicios, se ha encargado de definir el contenido y alcance del derecho de asociación sindical afirmando que se trata de una garantía de rango constitucional (especie del género mayor constituido por el derecho de asociación) inherente al ejercicio del derecho al trabajo, y articulado como un derecho con dimensiones tanto individuales como colectivas que representa una vía para la realización del individuo dentro de un estado social y democrático como el definido por la Carta Política.

En relación con lo anterior, en la sentencia C-797 de 2000 la Corte Constitucional concluye que la libertad sindical implica:

i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones; ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado; iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio,

y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39; iv) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación; v) la garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial; vi) el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales; vii) la inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical.

La misma sentencia indica que es necesario aclarar que esta libertad sindical no es absoluta, en la medida en que la Constitución Nacional en el inciso segundo del artículo 39 establece como limite a esta libertad la sujeción al “orden legal y a los principios democráticos.”

Y que “los Convenios Internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, en cuanto ellas sean necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que se persiga, para garantizar la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicos, los derechos y deberes ajenos y, en general, el cumplimiento de cualquier finalidad que se estime esencialmente valiosa”¹⁵ (subrayado fuera de texto)

El artículo 55 de la Constitución Política de 1991, le exige al estado garantizar el derecho de negociación colectiva, el texto es el siguiente: “Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.”

En este mismo orden, el convenio 154 de la OIT, en el artículo 2 define la negociación colectiva de la siguiente manera:

(...) comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

¹⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-797 del 29 de junio de 2000.M.P Antonio Barrera Carbonell.

- (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

De la misma forma, la Corte Constitucional en la sentencia C- 112 de 1993 referente a las negociaciones colectivas indica lo siguiente: “*La negociación colectiva es inherente al derecho de sindicalización y está considerada como el mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo de quienes están ligados por contrato de trabajo.*”

En relación con esta facultad, en la sentencia C-063 de 2008, la Corte Constitucional reafirma que:

(...) el derecho de negociación colectiva es consustancial al derecho de asociación sindical, en cuanto le permite a la organización sindical cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados y hacer posible, real y efectivo el derecho de igualdad, si se tiene en cuenta que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono.

4.2.2 Fundamentos legales:

Como se dijo anteriormente, tal como está ubicado el contrato sindical en el Código Sustantivo del Trabajo, este hace parte del derecho colectivo laboral, siendo una especie de contratación colectiva, junto a las convenciones y los pactos colectivos que son formas de materialización del derecho de negociación colectiva.

El contrato sindical está expresamente regulado en los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo los cuales indican lo siguiente:

Artículo 482: 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. (subrayado fuera de texto)

Como se puede observar, este artículo indica que la duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo.

Conforme al artículo 482, el contrato sindical puede ser a termino fijo o indefinido, por obra o labor, y hasta puede contener periodo de prueba; que no podrá ser mayor a dos meses o a la quinta parte (sin exceder los dos meses) de la duración del contrato si el termino es menor a un año.

Frente a la extinción del contrato sindical, se aplican las reglas generales del contrato individual de trabajo, por lo tanto, puede extinguirse por:

- Renuncia del sindicato. Entendido como la posibilidad del sindicato de terminar el contrato de trabajo de manera libre y espontanea.¹⁶
- Por mutuo acuerdo entre sindicato y la empresa. Como el contrato sindical es celebrado de mutuo acuerdo, siempre puede terminarse de la misma manera.
- Por terminación unilateral con justa causa por la empresa o el sindicato. Para terminar unilateralmente el contrato sindical con una justa causa por parte de la empresa o el sindicato, se debe remitir al artículo 62 del CST que es el que indica las justas causas de terminación.
- Por terminación unilateral sin justa causa por la empresa. La empresa puede terminar unilateralmente el contrato, pero tendrá que pagar la indemnización correspondiente según las normas que regulan la materia.

Artículo 483: 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.

¹⁶ Barona Betancourt Ricardo. *El contrato Sindical en Colombia*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.(2019) Pg.164

Al leer este artículo, queda claro entonces, que el sindicato de trabajadores es responsable por el cumplimiento de las obligaciones directas que surgen de la celebración del contrato sindical, como de las que se estipulan para los afiliados partícipes.

Además, tiene personería para ejercer los derechos y las acciones que le corresponden directamente, como las que les corresponden a los afiliados partícipes.

Por eso mismo, el artículo indica que cada parte contractual debe constituir caución suficiente o garantía para el cumplimiento de lo pactado, pero si no se constituyen, cada parte responde con su patrimonio por las respectivas obligaciones.

Artículo 484: En caso de disolución del sindicato de trabajadores que haya sido parte de un contrato sindical, los trabajadores continuarán prestando sus servicios en las condiciones estipuladas, mientras dure la vigencia del contrato. La caución que haya prestado el sindicato disuelto subsistirá para garantizar las obligaciones de los respectivos trabajadores.

Este artículo indica que sin importar que el sindicato que celebró el contrato sea disuelto, el contrato sindical tiene que seguirse cumpliendo siempre y cuando el contrato siga vigente.

Por vía ejecutiva, este tipo de contratación está reglamentada por el Decreto 036 de 2016, y el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo).

En el Decreto 036 de 2016, se reglamentan aspectos del contrato sindical, tales como su definición, régimen legal, la responsabilidad del sindicato, los requisitos para celebrarlo, las garantías, las obligaciones que surgen de la celebración, sobre el reglamento del contrato y la solución de controversias que se originen entre las partes contratantes.

4.3 Partes del contrato sindical:

Según el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo: *Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios {empleadores} o sindicatos patronales.* (subrayado fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, el artículo 1 del decreto 036 de 2016, expone que: *“El contrato sindical es el que celebran uno o varios sindicatos trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales prestación servicios o ejecución una obra por medio de sus afiliados”* (subrayado fuera de texto)

Con estas normas como referencia, se concluye que este contrato requiere de una asociación sindical como sujeto calificado para poder celebrarlo.

Frente a las clases de sindicatos que pueden celebrar este contrato, las normas citadas no hacen ninguna diferenciación, por lo tanto, se entiende que cualquiera de las clases de sindicatos reconocidas en Colombia, como de empresa, de industria, gremiales o de oficios varios tienen esta facultad.

Es menester indicar que, así como los sindicatos pueden celebrar este contrato, las federaciones y confederaciones sindicales tienen igualmente esta posibilidad.

La otra parte del contrato sindical puede ser cualquier persona jurídica o natural que tenga los medios para contratar, que, las anteriores normas le dan el nombre de empleador.

Este empleador puede ser una persona natural o jurídica, una sociedad sin ánimo de lucro, con ánimo de lucro, privada, pública, y hasta entidades mixtas.

4.4 Requisitos para la celebración del contrato sindical:

Como se dijo anteriormente, los requisitos para la celebración del contrato sindical están enunciados en el decreto 1072 de 2015, el cual fue modificado por el decreto 036 de 2016 y el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo.

1. El artículo 2.2.2.1.19 del anterior decreto, que exige que, para la celebración de un contrato sindical, se cuente con la autorización expresa y previa de los afiliados en la asamblea general del sindicato.

2. El artículo 2.2.2.1.21 exige la acreditación de existencia previa del sindicato con al menos seis meses de constitución previa a la celebración del contrato sindical.

Vale aclarar que esta constitución del sindicato debe estar completamente válida y en palabras de Barona Betancourt (2019), “*Los sindicatos, para poder celebrar contratos sindicales, deben cumplir con la formalidad del registro sindical en el ministerio del Trabajo*”

3. El mismo artículo 2.2.2.1.21, exige la acreditación de:

-la afiliación de trabajadores vinculados a la empresa con la cual se celebra el contrato sindical.

-la aprobación en asamblea de afiliados de la suscripción del contrato sindical
- la estructura y capacidad administrativa y financiera para prestar los servicios, ejecutar las obras contratadas y cumplir con las obligaciones legales.

4. Frente al objeto y contenido del contrato sindical, el artículo 2.2.2.1.26 indica que este contrato deberá constar siempre por escrito, y que debe contar como mínimo con:

- Fecha de constitución del sindicato.
- El número de acta y fecha de la asamblea de afiliados que autorizó la celebración del contrato.
- Las cláusulas relativas al objeto, condiciones para la ejecución y las obligaciones de cada uno de los contratantes.
- El valor total de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra.
- La cuantía de la caución que los contratantes deben constituir para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas.
- Las auditorías que consideren necesarias para verificar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas.
- Los procesos y procedimientos técnicos para la ejecución del contrato.

5. Una copia del contrato debe depositarse a más tardar 15 días después de su firma en el Ministerio del Trabajo.

4.5 Naturaleza del contrato sindical:

Como bien se analizó, la ubicación legal del artículo 482 del código Sustantivo del Trabajo deja claro que este contrato hace parte del derecho

laboral colectivo y esto conlleva un abanico de institutos y garantías para que las asociaciones sindicales “(...) *desarrollen sus actividades, se agencien recursos económicos, promuevan sus intereses y materialicen sus objetivos, de manera adecuada y efectiva.*” (Corte Suprema De Justicia, Cas. Laboral. Sent. 3086 jun.30/2021 Rad. 79229).

En la misma corriente, la parte final del anterior artículo estipula que la duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se regirán por las mismas normas que el contrato individual de trabajo.

De la mano con lo anterior y reafirmando lo dicho en acápites pasados, tal como está regulado en los artículos 482, 483 y 484, el contrato sindical tiene por objeto la realización de una obra o la prestación de un servicio y por consecuencia

“constituye una especie de vínculo sui generis, diferente del contrato de trabajo subordinado, pues supone una forma de trabajo organizado, cooperativo y autogestionado, en el que los trabajadores, situados en un plano de igualdad, ponen al servicio de un empleador su capacidad de trabajo, para la realización de ciertas obras o la prestación de ciertos servicios (...)” (Corte Suprema De Justicia, Cas. Laboral. Sent. 3086 jun.30/2021 Rad. 79229)

Por otro lado, el artículo 2.2.2.1.16 del decreto 1052 de 2015 expone que es de naturaleza colectiva laboral, solemne, nominado y principal.

De la misma manera, indica Carlos Hernando Sanjuan Navarro (2020), que *“el contrato colectivo sindical se enmarca como una forma legal de tercerización o subcontratación de procesos, donde la organización sindical en calidad de contratista independiente y a través del trabajo autogestionado de sus asociados desarrolla un servicio o ejecuta una obra en favor de un contratante.*

Con estas bases delineadas, se debe analizar la naturaleza de la relación existente entre el trabajador afiliado, el sindicato y la empresa usuaria para poder entender la problemática que se está dando a raíz de esta relación triangular.

Jurisprudencialmente, la naturaleza del contrato sindical ha evolucionado. Inicialmente comenzó con una relación laboral de por medio, pero actualmente de forma expresa y contundente las altas Cortes se han pronunciado en el sentido de la inexistencia de la relación laboral y han desarrollado la relación entre los afiliados partícipes y la asociación sindical. Por ejemplo, en la sentencia T-457 de 2011 la Corte Constitucional argumenta:

Cabría entonces una pregunta: ¿Los afiliados partícipes que están bajo la modalidad del contrato sindical tienen un contrato de trabajo con la organización sindical? La respuesta es no, porque no existe el elemento esencial de la subordinación propio del contrato de trabajo. El afiliado partícipe durante la ejecución del contrato sindical compone el sindicato y se encuentra en un plano de igualdad con éste frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato, al punto que recibe compensaciones y son sujetos de ciertas deducciones, las cuales para todos sus efectos se asimilan al concepto de salario, de acuerdo con lo definido en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical.

(...)

Quiero ello decir que entre el sindicato y los afiliados partícipes no existe como tal una relación empleador-trabajador, pues si se viera desde la óptica contraria comprometería gravemente el derecho de sindicalización en Colombia (artículo 39 Superior), toda vez que quienes se agrupan para defender sus intereses laborales en contra del empleador, resultaría a su vez detentando la figura de patrono a través de la persona jurídica que constituye el sindicato, situación que resulta ser un contrasentido.

En la Sentencia T-357 de 2011, la Corte Constitucional nuevamente remarca esta posición al exponer que: *“cuando se celebra un contrato colectivo sindical, las condiciones en que se pacta no son de subordinación y dependencia como en un contrato individual de trabajo, sino que los términos de la negociación son fruto de una concertación en igualdad de condiciones, entre el representante legal del sindicato y la empresa contratante (...)”*

En cambio, El Consejo de Estado expuso que *«[...] el sindicato cumple una función doble en el escenario del contrato sindical, a saber: (i) fungir como representante de los intereses de sus afiliados ante la parte contratante y (ii) ser el responsable de los honorarios y demás prestaciones que se deben pagar a favor de quienes ejecuten el acuerdo.»* Asimismo que, *por la esencia del este contrato, «[...] se desprende la no configuración de una relación laboral entre las personas que lo ejecutan y el contratante, de manera tal que las obligaciones referentes a la seguridad social derivadas de éste, corren por parte del sindicato.»* (C.E., Sec. Segunda, Subseccion B. Sent. rad. 11001-03-24-000-2016-00549-00. Nro Interno 3614-2017. M.P Cesar Palomino Cortés).

Según estos argumentos judiciales, podemos indicar que como el sindicato actúa como representante de los trabajadores, se vuelve parte contractual excluyendo la relación laboral entre la empresa usuaria y los trabajadores, ya que estos ostentarían simplemente la calidad de ejecutores del contrato. ⁵

Además, los afiliados partícipes están en una posición de igualdad frente al sindicato y este es responsable de repartir entre estos los honorarios y demás pagos derivados del contrato.

Por último, que la empresa usuaria no tiene interés en la persona natural que ejecuta la obra, sino, que únicamente este afiliado al sindicato para realizar la labor contratada con este.

Así podemos resumir, que el deber ser de este contrato es que desarrolle en un plano de igualdad, y no de subordinación frente a la asociación sindical, no se da el elemento esencial para determinar la existencia de un contrato de trabajo y que como el sindicato actúa como representante de los afiliados participes se desvirtúa la relación laboral con la empresa usuaria.

5. Problemática actual.

Como se expresó, en el año 2010 con la expedición de la ley 1429, se prohibió cualquier clase la intermediación laboral en actividades misionales permanentes con personal vinculado a través de las cooperativas de trabajo asociado o *“bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.”*

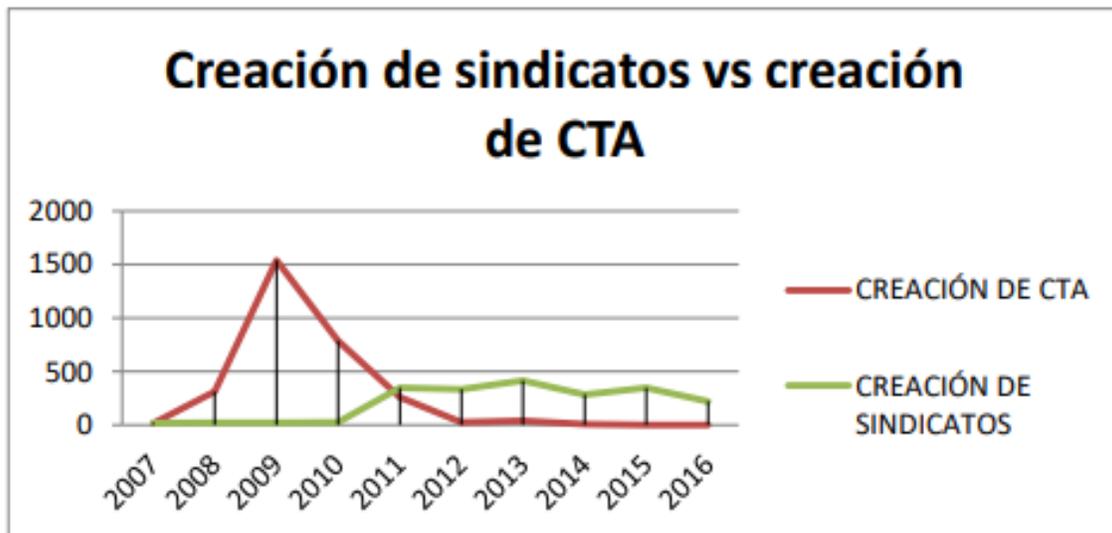
Aunque con buenas intenciones, este artículo no solucionó la problemática de la intermediación, sino que trasladó el problema a otras figuras.

Al darse esta prohibición expresa para las Cooperativas de Trabajo Asociado en adelante CTA, mutaron y se dio un gran incremento en el número de sindicatos y de contratos sindicales que obraban con la finalidad de actuar como intermediarios laborales, dándose un nuevo fenómeno de una intermediación laboral ilegal.

En palabras de Muñoz Cañas, 2019 pagina 90,

(...) en los años posteriores a la implementación de dicha norma se presentó una disminución de su implementación para la intermediación laboral ilegal, sin embargo, esta disminución relativa en el número de CTA y de “asociados” a las mismas no significó que la intermediación laboral ilegal haya disminuido, lo que ha sucedido es que hecho metástasis en nuevas y “creativas” formas de intermediación laboral ilegal tales como la que se realiza a través de las SAS y particularmente, mediante los contratos sindicales; o también que se ha mimetizado en otras figuras existentes y legales, como las EST y los contratos de prestación de servicios.

A continuación, se trae a colación grafico elaborado por la misma autora que evidencia el comportamiento que tuvieron las CTA y los sindicatos antes y después de la expedición de la ley 1429 de 2010.



Así mismo, este fenómeno de intermediación ilegal que se está dando es de gran importancia, ya que, desfigura los fundamentos de ser de los sindicatos, que como se pudo observar en su historia, no se fundaron con la finalidad de servir como intermediarios laborales, sino como forma de organización de los trabajadores que los representará, defenderá, negociará siempre buscando el interés y bienes de los afiliados.

Referente a que la finalidad de los contratos sindicales también está siendo minada, la Corte Constitucional en la Sentencia T-357 de 2011 comenta:

“Como está regulado el contrato colectivo sindical en nuestro país¹, se busca promover el derecho a la negociación colectiva, a la promoción del derecho de asociación sindical y a generar múltiples empleos más dignos para los afiliados, en procura de dar una dinámica a la actividad sindical. Así mismo, busca mitigar el fenómeno de la tercerización reinante en Colombia, evitando de tal forma la deslaborización de la relación de trabajo o que el empleador acuda a otras formas de contratación como cooperativas, outsourcing o contratos de prestación de servicios, para solucionar determinadas necesidades del servicio. Entonces, podemos afirmar que dicho contrato que se encuentra en pleno auge¹, marca una pauta de transición hacia una contratación directa de los trabajadores por las empresas, y más aún, propende por garantizar a los afiliados partícipes las mínimas condiciones en materia de seguridad social.

De lo anterior, se puede evidenciar que en la práctica el contrato sindical está sirviendo como una forma de intermediación laboral ilegal. Intermediación Ilegal porque únicamente puede prestarse este servicio por parte de las Empresas de Servicios Temporales.

En palabras de Sanjuan Navarro (2020):

“Por supuesto, en caso de que la organización sindical asuma las funciones que exclusivamente competen a las Empresas de Servicios Temporales, estaríamos en presencia de intermediación laboral ilegal, pero lo mismo sucedería si esta acción la realiza una S.A.S., una CTA, o incluso una persona natural.”

En la sentencia SL3086-2021 radicado 79229 proferida por la Corte Suprema De Justicia Sala Laboral , expone que:

(...) el contrato sindical no fue diseñado por el legislador para que el empleador pudiera desligarse íntegramente de todo su personal, necesario dentro de su esquema de producción o de prestación de servicios e indispensable para el ejercicio natural de su empresa, con el ánimo de entregarlo a terceros que le garantizaran una inmunidad plena en materia de derechos y garantías laborales.

Y que además este está elaborado para atender necesidades particulares y contingentes en la empresa, que antes de solucionarse a través del mercado de prestaciones de servicio, se atiende con los mismos trabajadores y sus organizaciones sindicales.

Cabe aclarar, que esta problemática surge de la omisión en el cumplimiento de la parte final del primer párrafo del artículo 63 de la ley 1429 de 2010, ya que expone: *“o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.”*

Es una paradoja que este artículo y esta ley que pretendían la formalización del empleo, así como evitar la intermediación laboral, buscando darle mayor protección al trabajador y la misma figura del contrato sindical, con las bases conceptuales sobre las que esta argumentado, sean usados de manera abusiva y perversa buscando evadir las responsabilidades legales.

Frente a esta situación, en el año 2015, la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT), presento ante el comité de libertad sindical de la OIT una queja en la que denuncia que la figura del contrato sindical afecta la finalidad y la autonomía de las organizaciones sindicales, el derecho de libre asociación de los trabajadores, y la negociación colectiva libre y voluntaria.

Consecuencia de esta queja, el Comité de libertad sindical de la OIT emite la siguiente recomendación

(...)el Comité pide al Gobierno que proporcione, en consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores, informaciones sobre el impacto del

decreto núm. 036 de 2016 y su puesta en práctica, en relación con: i) la naturaleza de las relaciones individuales y colectivas que existen en el desarrollo del contrato sindical entre el sindicato y sus afiliados por una parte y entre los afiliados y la empresa usuaria por otra; ii) la posibilidad efectiva, tanto en la ley como en la práctica, de que los trabajadores involucrados en un contrato sindical sean representados y defendidos por una organización sindical distinta de la entidad que ejerce un poder de gestión y decisión sobre su empleo y de poder negociar colectivamente de manera independiente sus condiciones de trabajo; iii) las medidas tomadas para evitar un uso abusivo del contrato sindical, especialmente por parte de falsas organizaciones sindicales, y iv) la efectividad de la política de inspección y control llevada a cabo por el Ministerio de Trabajo en materia de contratos sindicales.

De todo el análisis anterior, se puede concluir que:

1. El contrato sindical ha sido usado como un mecanismo de intermediación laboral ilegal.
2. La práctica de este negocio jurídico contractual como forma de intermediación laboral ha desnaturalizado la actividad sindical, ya que “*no respeta los postulados básicos del sindicalismo*”
3. A través de su uso se están presentando casos de transgresiones a los derechos laborales de los afiliados participes.

Ya analizado el actual problema, se procederá a responder a la pregunta central de la tesis, que consiste en evidenciar si el legislador colombiano tiene alguna responsabilidad por la precariedad que está presentando a raíz de la expedición de la ley 1429 de 2010.

6. La Pregunta.

¿Es el legislador Colombiano responsable por la precarización laboral que se ha generado a raíz de la celebración de los contratos sindicales después de la expedición de la ley 1429 de 2010?

Establecida la problemática, se procederá a dar la opinión respecto a la responsabilidad que tiene el legislador en la intermediación ilegal que se está dando por la celebración de contratos sindicales.

Es evidente que la expedición de la ley 1429 de 2010 tuvo como consecuencia indirecta, el incremento de la celebración de contratos sindicales, en algunos de los cuales, se da el fenómeno de intermediación ilegal defraudando a los afiliados participes.

El órgano legislativo al expedir la ley arriba mencionada está obrando conforme a sus funciones, sus responsabilidades y finalidades, es decir, proteger a los trabajadores expediendo una ley que impide la intermediación ilegal, pero, dado el resultado evidente, cabe preguntarse si omitió algún supuesto al expedir dicho artículo.

Frente a las omisiones del legislador, atendiendo a la jurisprudencia son de dos clases, absolutas y relativas.

La omisión absoluta, expone la Corte Constitucional en la sentencia C-38 de 2006 que consiste en el: “(...) *incumplimiento por parte del legislador de la obligación constitucional de expedir una regulación específica, es decir constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal.*”

En el sentido opuesto, la omisión relativa: (...) *supone la actividad del legislador, pero de forma incompleta o defectuosa “dado que al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva (v. gr. derecho a la igualdad, derecho al debido proceso o del derecho de defensa, derechos adquiridos, etc).”*¹⁷

Es lógico, que en este caso específico no se da la omisión absoluta del legislador, ya que este reguló el supuesto de la intermediación laboral ilegal, por lo tanto, cabe preguntarse si en este artículo incurrió el legislador en una omisión relativa.

Para dilucidar si el legislador incurrió en una omisión relativa, se trae las consideraciones que emplea la Corte Constitucional para tratar estos casos.

Por haber incurrido el legislador en una omisión legislativa relativa, supone el cumplimiento de dos condiciones, a saber: (i) El juicio de inexecutable requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión; y (ii) la misma debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental

¹⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-038 del 1 de febrero de 2006. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

Por lo tanto, en este asunto específico, hay que evaluar si el artículo 63 de la ley 1429 de 2010 dejó por fuera otros supuesto o situaciones referentes a la intermediación ilegal.

“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. “ (subrayado fuera de texto)

La primera parte de este artículo es específica, prohíbe la intermediación ilegal por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado ya que se está haciendo referencia es a las actividades misionales permanentes.

Pero, así mismo, se tiene que ver la parte final en la que se resalta es la disyunción (o) que incluye en esta prohibición cualquier otra modalidad de vinculación siempre que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales de los trabajadores.

Esta interpretación normativa es compartida por la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, en la Sentencia 3086-2021 del 30 de junio de 2021 expone que en relación con esta norma se desprende que: *los contratos sindicales no podían ser utilizados para proporcionar personal destinado a cumplir actividades misionales permanentes de la empresa.*

Con una lectura integral del artículo, se deduce que están incluidos y por lo tanto prohibidos todos los supuestos que desarrollen actividades misionales que afecten los derechos constitucionales, legales y prestacionales, sin importar la forma de vinculación.

Igualmente se debe considerar aquí la normatividad que regula el tema de la intermediación laboral, que de manera expresa señala que esta práctica solamente puede ser efectuada por empresas de servicios temporales y que define que son los únicos que pueden prestar personal para actividades misionales.

Aun así, esto no descarta de lleno la responsabilidad y deberes que tiene el legislador con esta problemática de intermediación ilegal, ya que, aunque se genera de forma indirecta, esto no desliga el deber estatal establecido en el preámbulo de la Carta Política con asegurar a sus habitantes el trabajo y la igualdad, garantizando un orden económico y social justos.

Es por esto por lo que se piensa que el legislador, aunque no tiene una culpa directa con dicha intermediación ilegal, si está obligado a evitar dichas situaciones conforme a las finalidades del Estado.

Pues, se debería evidenciar una actividad legislativa que intente regular y aclarar en mayor medida los alcances de este contrato como de otros tipos de contratación que supongan relaciones triangulares que permitan la posibilidad de intermediación laboral ilegal.

En relación con lo anterior, y la actividad legislativa se constata que solamente ha habido un proyecto de ley (proyecto de ley 007 del 20 de julio 2018) que ha intentado regular y solucionar esta intermediación ilegal, pero que termino archivado en el 2019.

Por el contrario, se debe traer a colación la recomendación que dictó el Comité de Libertad Sindical de la OIT en el caso anteriormente descrito, en especial:

“(…) la posibilidad efectiva, tanto en la ley como en la práctica, de que los trabajadores involucrados en un contrato sindical sean representados y defendidos por una organización sindical distinta de la entidad que ejerce un poder de gestión y decisión sobre su empleo y de poder negociar colectivamente de manera independiente sus condiciones de trabajo; (…)”

Pues, la labor estatal no debe estar únicamente ligada a la expedición de normas, sino que, verdaderamente se tiene que evidenciar una gestión tanto normativa, como ejecutiva, y que es donde efectivamente se evidencia una falla estatal.

Aunque la rama ejecutiva ha intentado regular el alcance del contrato sindical, no es esta su única tarea, debe ejercer un control a estas situaciones, obrando como mínimo con la recolección de datos, que, es deficiente desde 2016, pues, no se encontró en la página del Ministerio del Trabajo información que evidenciara los resultados del decreto 036 de 2016 y así mismo, la Escuela Nacional Sindical ha dejado de subir sus estudios respectivos a partir del 2016, que, vale aclarar, se nutría de la información suministrada por el Ministerio.

Trayendo como referencia la exposición de motivos del proyecto de ley 07 de 2018, se muestra que en referencia al control por parte del ministerio del trabajo estas han sido insuficientes ya que:

“En 2011 el Ministerio de Trabajo contaba con 410 inspectores, en octubre de 2016 tenía 830, más del doble, pero su efectividad deja mucho que desear. Mientras que en 2010 se hicieron 24.631 inspecciones administrativas, en 2015 hubo 9.066 visitas, y en 2016, con una planta de inspectores duplicada, sólo se adelantaron 1.063 visitas. También se encontró que el Ministerio no impone sanciones a los empleadores que violan la libertad sindical. En el 76% de los casos se niega el derecho, se archiva o se declara incompetente.”

Es en este ámbito donde no se ve suficiente el compromiso del Estado con evitar estas prácticas, porque no tiene ninguna utilidad crear leyes y decretos que

busquen evitar la intermediación ilegal, pero que no tienen ninguna aplicación en la realidad.

Por lo tanto, se puede hablar de una responsabilidad estatal porque se ha mantenido a lo largo de casi 10 años una situación en el tiempo que afecta los derechos de los trabajadores y en donde la gestión estatal ha sido insuficiente para evitarla.

Es por esto, que se opina que esta situación y su solución debe pensarse de manera práctica y realista, atendiendo a las realidades del mercado, pero regulándola de la debida forma.

Otra forma prohibitiva de encarar esta problemática solo generará nuevamente mayor evasión y nuevas maneras de intermediación ilegal, por lo tanto, es necesario una nueva perspectiva un poco más permisiva y bajo unos supuestos específicos.

En relación con lo anterior, se debería verificar el cumplimiento de todos los presupuestos de un trabajo decente, al igual que garantizar porque los derechos prestacionales, laborales y sindicales se respeten a través de acciones pre-ejecución del contrato por parte del Ministerio Del Trabajo.

Y aunque puede resultar en un principio, contrario a la concepción colombiana que se tiene de los sindicatos, la libertad sindical es un concepto amplio, que permite abarcar estos nuevos modelos económicos conforme la libertad de estructuración interna de los sindicatos.

En la Conferencia Internacional del Trabajo número 35 de 1952, se estipula que *“La misión fundamental y permanente del movimiento sindical es el progreso económico y social de los trabajadores.”* (OIT,1952).

Misión, que puede cumplirse a cabalidad dejando a los trabajadores y Sindicatos obrar como Intermediarios Laborales o figuras parecidas siempre y cuando se respeten todos los derechos laborales, prestacionales y sindicales, así como atendiendo a algunas de las recomendaciones que emite la OIT para garantizar el correcto funcionamiento de dicha figura.

Aun así, en esta misma Conferencia se expone que:” *Los sindicatos tienen, igualmente, que desempeñar un papel importante en los esfuerzos hechos en cada país para favorecer el desarrollo económico y social y el progreso del conjunto de la colectividad.*” (OIT, 1952)

Y es que el contrato sindical es una figura que puede resultar altamente beneficiosa para los trabajadores, las empresas e industrias, fomentando la generación de empleo y el trabajo decente, siempre que sea usado de forma honesta y respetando los derechos de los afiliados participes.

Para concluir y en referencia con la anterior afirmación se traerá la concepción de la compañía de Empaques S.A, la cual celebró y fue ejemplo exitoso de un contrato sindical.

Con la firma del Contrato Sindical, los sindicatos cambian drásticamente de actitud, pues, ahora los problemas son analizados buscando salvar la empresa, entendiendo de forma más fácil las dificultades presentadas y defendiendo los intereses colectivos antes que los particulares.

De igual manera, el sindicato pasa de ser reactivo a ser proactivo y propositivo ya que antes de generarse un problema se anticipa a él, buscando respuestas innovadoras y planteándolas a la compañía para evaluar su viabilidad. Además, no se piensa en soluciones inmediatas sino a largo plazo buscando la permanencia de la empresa, el bienestar de sus afiliados, la generación de empleo y la posibilidad de una pensión futura.

(...)

El contrato sindical genera estabilidad y ánimo de permanencia para los afiliados, ya que antes el personal temporal salía a descansar entre un mes y dos años; ahora los que han ingresado a este han permanecido durante 9 años que lleva vigente. (Barona Betancourt, 2019)(Subrayado fuera de texto)

7. Conclusiones:

1. La historia de las asociaciones sindicales ha estado marcada por un lento y arduo proceso, pero que ha producido resultados favorables para los trabajadores del país.

2. Entre estos resultados se incluyen los contratos sindicales vistos como una expresión del derecho de negociación para que los sindicatos “*desarrollen sus actividades, se agencien recursos económicos, promuevan sus intereses y materialicen sus objetivos, de manera adecuada y efectiva*” pero que a lo largo de la historia del siglo XX fue una figura muy poco usada en el marco del Derecho Colectivo del Trabajo.

3. A partir de la expedición de la ley 1429 de 2010, que buscaba formalizar el empleo se han presentado aumento de asociaciones sindicales como de contratos sindicales en el país.
4. Alguna parte de los contratos sindicales que se han celebrado en el país a partir de la expedición de la ley 1429 de 2010, han servido como forma de intermediación laboral ilegal.
5. La intermediación y tercerización laboral son practicas permitidas, aunque reguladas y permitidas bajo unos supuestos taxativos.
6. El legislador no es directamente responsable de esta problemática, pero las gestiones que ha efectuado el Estado por evitar la intermediación laboral ilegal en los contratos sindicales han sido insuficientes.

Bibliografía:

Normatividad:

Constitución Política de Colombia. Art 38. Art.39. Art.93. Art. 55.

Código Sustantivo del Trabajo. Art. 482. Art. 483. Art 484.

Convenio CO87-Convenio Sobre la Libertad Sindical y la protección del derecho de Sindicalización. (1948). Parte I. Art 2.

Convenio C154-Convenio Sobre la negociación colectiva.1981 (num.154)

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. (1919). Preámbulo.

Declaración Universal De Los Derechos Humanos (1948). Art. 23

Decreto 2350 de 1944.

Decreto 036 de 2016.

Decreto 4369 de 2006.

Decreto Reglamentario 1072 de 2015.

Decreto 2 de 1918.

Ley 78 de 1919.

Ley 21 de 1920.

Ley 83 de 1931.

Ley 1429 de 2010

Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966).
Art.8

Resolución 2021 de 2018 del Ministerio del Trabajo.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, Sala Primera de revisión, Sentencia T-781 del 11 de diciembre de 1998.M.P Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala Quinta de revisión, Sentencia T-133 A del 14 de Febrero de 2003. M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de revisión, Sentencia T-568 del 10 de agosto de 1999. M.P Carlos Gaviria Diaz.

Corte Constitucional, Sala Tercera de revisión, Sentencia T- 1328 del 10 de diciembre de 2001. M.P Manuel Jose Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sala Novena de revisión, Sentencia T-457 del 27 de mayo de 2011. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sala Tercera de revisión, Sentencia T-303 del 28 de abril de 2011. M.P Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-797 del 29 de junio de 2000.M.P Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-112 del 25 de marzo de 1993. M.P Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-063 del 30 de enero de 2008. M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Pena, Sentencia C-038 del 1 de febrero de 2006. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

CSJ, Cas. Laboral, Sent.3086 Jun.30/2021, Rad. 79229. M.P Jorge Luis Quiroz Alemán,

C.E., Sec. Segunda, Subseccion B. Sent. rad. 11001-03-24-000-2016-00549-00. Nero Interno 3614-2017. M.P Cesar Palomino Cortés

Consejo de Estado, S. de lo Contencioso Administrativo. Sec, Segunda, Sent. 00485, jul.06/2017. M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Doctrina y otros:

Conferencia 86 de junio de 1998 de la OIT, Informe V (2B),” Trabajo en régimen de subcontratación”.

Conferencia 35 de 26 de junio de 1952 de la OIT, Resolución IV, “Resolución sobre la independencia del movimiento sindical”.

<http://white.lim.ilo.org/sindi/general/documentos/rescit1.html>

http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/actividadesregionales/2012/documentos/obj01_act18_2012_estudiogral_cacrc_1994.pdf (ANEXO II)

Centro de Estudios Sociales y Laborales (CELSA), “Tercerización e intermediación laboral: balances y retos” (2019) Disponible en: <http://www.andi.com.co/Uploads/Tercerizacio%CC%81n%20e%20intermediacio%CC%81n%20laboral%20balance%20y%20retos%20Colombia%20CESLA.pdf>

Comité de Libertad Sindical. Informe Num. 387. (2018): “Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación” (Numeral 315).

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_CO_MPLAINT_TEXT_ID:3964337

Escuela Nacional Sindical (ENS), Sistema de información laboral y sindical – (Sislab) Reporte a diciembre de 2017 (2018) (Citado el 30 agosto de 2021)
https://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2018/11/SISLAB-2017_2.pdf

Escuela Nacional Sindical (ENS), Sistema de información laboral y sindical – (Sislab) Reporte a diciembre de 2017, 2016,2015,2014,2013,2012,2011, 2010,2009,2008 y 2007. (Citado el 3 de septiembre de 2021)

Hernández Valderrama Francisco. (2004). “El Sindicalismo en Colombia, Implicaciones Sociales y Políticas.” (ONLINE) (Citado el 1 de agosto de 2021)
<http://simatol.org/wp-content/uploads/2018/02/TESIS29.pdf>

H.S. Alexander Lopez Maya, Jesus Alberto Castilla Salazar, Gustavo Francisco Petro Urrego, Feliciano Valencia Medina, Antonio Eresmid Sanguino Paez, Gustavo Bolivar Moreno, Criselda Lobo Silva, Julian Gallo Cubillos, Hr, Fabian Diaz Plata, Leon Fredy Muñoz Lopera, Angela Maria Robledo Gomez, Omar De Jesus Restrepo Correa, Luis Alberto Alban Urbano, Maria Jose Pizarro Rodriguez. (20 Julio, 2018). Proyecto de Ley 007. “Por la cual se dictan

normas para suprimir y prohibir la contratación laboral, mediante cooperativas de trabajo asociado y demás formas de tercerización laboral. “(archivado 2019).

[<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicaos/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PL%20007-18%20Intermediacion%20Laboral.pdf>]

Harari, Y. N., & Ros, J. (2014). *De animales a dioses: Breve historia de la humanidad* (1). Buenos Aires: Debate

Muñoz Ramiro Manuel, Guadalupe Balcazar Maria, Biel Israel, Peña Adelina, Reyes Andrea, “Historia de los movimientos y la mecánica sindical” *Instituto de estudios interculturales*. Modulo 2. (2015)
https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/node/field-documents/field_document_file/m2_sindicatos_s1_11_23_web.pdf

Muñoz Cañas Sandra Milena, (2018), “El contrato sindical y sus efectos a la luz del concepto de trabajo decente ¿hacia un nuevo modelo sindical? “. (Online) (Citado el 5 de septiembre de 2021)

Prieto Bustos, William Orlando INTERMEDIACIÓN LABORAL. Semestre Económico [en línea]. 2009, 12(23), 35-58[fecha de Consulta 23 de Septiembre de 2021]. ISSN: 0120-6346. Disponible en: <https://www.redalyc.org/artículo.oa?id=165013122002>

Platón. (1993) *La República*. (Trad. J.M Pabón y M. Fernández Galeano). Barcelona: Altaya.

Sanjuan Navarro Carlos Hernando, (2020), “El contrato sindical: un análisis desde la libertad sindical”. (Online) (Citado el 15 de septiembre de 2021)

Villa Calderon, Francia Helena. (2019).” El régimen jurídico del contrato sindical” (Online)(Citado el 15 de agosto de 2021)
<https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/1051/EL%20R%C3%89GIMEN%20JUR%C3%8DDICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Urrutia Montoya Miguel. (2016) *Historia del Sindicalismo en Colombia 1850-2013*. Bogotá. Universidad de los Andes.

