

OIT. Empleo atípico en Colombia

EMPLEO ATÍPICO EN COLOMBIA

Guía de Acción Sindical

Eusebio Clavijo Sánchez

Colaborador externo

Mayo de 2017

OIT. Empleo atípico en Colombia

Tabla de Contenido

Guía Para la Acción Sindical 4

Contexto Mundial 7

Aspectos Económicos 7

La OIT y el empleo atípico 10

Datos de Referencia en América Latina 10

Panorama Colombiano 13

El Espacio Económico 13

El Panorama Político Laboral 14

El empleo en Colombia 16

Empleo típico 16

Tercerización Permitida 17

Tercerización Laboral Ilegal 18

Otros medios de defraudación laboral 18

Los Afectados por la Tercerización y el Fraude al Contrato de Trabajo 21

Política Estatal Encaminada a Implementar el Trabajo Decente 21

Desarrollo de Capacidades Sindicales 23

Capacidades Internas 24

La Solidaridad 24

Organización 25

La Información y la Comunicación 25

Capacidades Sociolaborales 27

Capacidad Sociopolítica 29

Herramientas de Gestión Sindical 30

Diseño de Políticas Sindicales 31

Planeación del Trabajo 34

Recursos Económicos 35

Fortalecer la Solidaridad Interna y la Sindical 35

La Comunicación 37

La Revolución Permanente 38

Herramientas Internacionales para la Acción Sindical 40

Herramientas 40

OIT. Empleo atípico en Colombia

Herramientas Sustanciales 41

Normas Internacionales 41

Otras Herramientas Internacionales 44

Herramientas Nacionales para la Acción Sindical 46

Herramientas Sustanciales 47

Herramientas Procesales 47

Acudir a los Recursos Administrativos y Judiciales 49

Experiencias 50

Acciones Judiciales 50

La Acción Política 51

Asesorías 52

Actuaciones administrativas inmediatas 53

Verificación de relaciones fraudulentas 53

Normas sustanciales vigentes 53

Titulares del contrato de trabajo y de la facultad de denunciar su incumplimiento 54

Normas de policía administrativa 55

El procedimiento administrativo laboral 55

Acción de tutela en caso de demora 56

Instancia internacional 57

Alerta permanente 58

Apéndice A. Principales convenios de la OIT 59

Apéndice B. Marco legal colombiano 60

Apéndice C. Herramientas técnicas para promover la formalización laboral 61

OIT. Empleo atípico en Colombia

Guía Para la Acción Sindical

Esta guía se ha realizado mientras en América latina se vienen impulsando reformas legales que pueden permitir la tercerización laboral que desconoce los derechos básicos de los trabajadores y las trabajadoras. Desde luego que se suman a propuestas y prácticas de otros gobiernos que ya han adoptado normas que facilitan el fraude al contrato de trabajo.

La tercerización es una manera de vincular trabajadores, a la producción y a los servicios, que precariza su salario y consecuentemente su nivel de vida. Por la inestabilidad que genera, afecta la sindicalización e impide las posibilidades para defender sus derechos.

Tales acciones no sólo justifican, sino que hacen necesario, profundizar en el estudio de las formas de tercerizar a los trabajadores y de las formas de vinculación de trabajadores y trabajadoras a través de otros medios fraudulentos del contrato laboral, y en buscar mecanismos legales y respuesta sindical para evitar los daños que esas prácticas ilegales causan a la sociedad.

Antes de avanzar procede hacer una precisión lingüística. Existen en español dos términos muy parecidos gráfica y vocalmente, pero diferentes en su contenido o significado: se trata, por un lado, de tercerización, de la cual trata este documento y, por otro lado, el vocablo terciarización, que denota que en una economía (de un país, generalmente) se ve impactada por el crecimiento del sector terciario (de los servicios), frente a los sectores primario (vinculado a extracción de los productos de la tierra) y secundario (procesos de producción industriales y manuales -que transforman los recursos naturales en mercancías y construcción de infraestructura-).

OIT. Empleo atípico en Colombia

Definido el ámbito de las formas irregulares de vinculación de trabajadores a distintas labores, se aborda la necesidad de construir un documento que oriente a los trabajadores y sus organizaciones sindicales para hacer frente a la tercerización (particularmente la ilegal) y a las otras formas de evasión del contrato que aquí serán estudiadas en forma concisa, para proponer una guía para la acción.

Formular una guía de acción implica pensar en las personas a quienes se dirige, sabiendo que las responsabilidades del trilateralismo propio del trabajo de la OIT, aunque concurrentes, son miradas en formas diferentes por los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. La guía debe tener en cuenta esas diferentes formas de enfocar y manejar el asunto, entendiendo que los actores de la relación laboral son básicamente los patronos y los trabajadores quienes crean la riqueza a través del trabajo.

El trilateralismo tiene un agente con mayor responsabilidad que es cada Estado, pues este ha comprometido, mediante el contrato social, denominado constitución, y los tratados y convenios internacionales, a ser administrador del conjunto de los intereses y derechos de la sociedad. En tal sentido, los estados son garantes del cumplimiento de los compromisos del estado, compromisos que no pueden ser simples enunciados o buenas intenciones. Ese compromiso tendrá que estar sujeto a las normas que cada Estado crea y, en caso de no hacerlo, a los controles que tienen previstos como partes en los compromisos internacionales.

Varios son los fenómenos y asuntos a tener en cuenta para elaborar la Guía de Acción Sindical con el fin de que sea aplicable en la vida real. Es necesario fijar el asunto de que se trata, los sujetos y el contexto en que se presenta y, a partir de esos elementos

OIT. Empleo atípico en Colombia

mirar los recursos disponibles, la forma de usarlos y aspectos complementarios para su mayor eficacia.

Tabla 1.

Preguntas que Pueden Orientar el Uso de esta Guía

Item	Pregunta
1	¿Cómo es la distribución económica del mundo y el papel de Colombia?
2	¿Qué es la tercerización laboral y cuáles otras relaciones defraudan el contrato de trabajo?
3	¿Cuáles capacidades deben desarrollar las organizaciones sindicales?
4	¿Cuáles herramientas de gestión pueden facilitar el trabajo sindical?
5	¿Cómo se puede orientar a los trabajadores para evitar la simulación de su contrato de trabajo?
6	¿Con cuáles herramientas normativas cuentan los trabajadores?
7	¿Cuáles procedimientos se pueden aplicar para procurar el trabajo decente?
8	¿Cuáles otras herramientas se pueden usar para evitar la tercerización?

¿Para qué se requiere una guía de acción sindical? La respuesta, en este caso, debe ser: una guía para hacer frente al fenómeno de la tercerización laboral y de otras formas de burlar el contrato de trabajo, sabiendo que en Colombia existe una tercerización laboral más o menos regulada y visible a través de las llamadas Empresas de Servicios Temporales.

La guía debe responder las preguntas formuladas y a otras que se desprenden de las complejas relaciones fraudulentas al contrato de trabajo que se practican en Colombia.

Esta contiene elementos orientadores sobre la estructura del mundo económico y laboral, la definición de las formas de fraude laboral, los recursos tanto sustantivos como procesales y sugerencias sobre aspectos de la gestión sindical para hacerla más eficaz. Se procura no hacer citas documentales, pero se sugiere consultar los anexos por cuanto relacionan los recursos hoy disponibles para la acción sindical.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Contexto Mundial

En medio de un mundo interconectado como no había ocurrido antes, los trabajadores y los dirigentes sindicales no pueden ignorar por lo menos unos datos básicos de aspectos mundiales y nacionales que afectan para bien o para mal sus vidas laborales y personales y cuyo conocimiento, por el contrario, les puede orientar adecuadamente para moverse en esa realidad, con el fin de proponer y adelantar políticas, planes y procedimientos eficientes encaminados a contrarrestar el uso de ardidés para defraudar el contrato de trabajo.

Aspectos Económicos

Una ojeada a datos sobre las causas y contexto en que ocurre la tercerización laboral es necesaria y se puede iniciar con un estudio muy actual realizado por la OIT (2017) a nivel mundial en su informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 105.^a reunión, 2016 *Informe VI. Promover la Justicia Social*, ha expuesto lo siguiente:

19. Los nuevos métodos de producción han facilitado el desarrollo de cadenas de suministro mundiales más complejas y generalizadas, que en la actualidad se han convertido en una herramienta comúnmente utilizada para organizar la inversión y la producción en la economía globalizada. Esto ha generado oportunidades de desarrollo económico y social y ha creado empleos, proporcionando a muchos trabajadores un punto de acceso al mercado de trabajo formal y un medio para salir de la pobreza en numerosos países. También ha mejorado la productividad de las empresas que operan en las cadenas de suministro mundiales. Sin embargo, también hay indicios de que las cadenas de suministro mundiales pueden afectar a diferentes aspectos de la calidad de los trabajos, como los salarios y el carácter de los contratos de trabajo.

20. Un análisis reciente de la OIT revela transformaciones importantes en las formas atípicas de trabajo. Existe una tendencia a la baja en el número de trabajadores asalariados y a sueldo en la mayoría de economías avanzadas, mientras que este número sigue creciendo en las economías emergentes y en desarrollo, aunque a un ritmo inferior especialmente en los países en desarrollo, el trabajo asalariado y a sueldo ofrece oportunidades para ampliar las opciones de empleo e introducir en el mercado de trabajo a las mujeres, los jóvenes y otros grupos de trabajadores en riesgo de padecer déficits de trabajo decente. Sin embargo, los datos muestran que aproximadamente la mitad de los trabajadores asalariados y a sueldo de todo el

OIT. Empleo atípico en Colombia

mundo carecen de contratos de trabajo permanentes, lo cual tiene consecuencias en materia de derechos laborales, seguridad de los ingresos, desigualdad de salarios e ingresos, cobertura de la protección social y consecuencias para el progreso económico y social en sentido más amplio. Además, los trabajadores sin contratos permanentes suelen ser más vulnerables que aquellos en relaciones de trabajo tradicionales, y están más expuestos a riesgos para la seguridad y la salud en el lugar de trabajo y a una remuneración menor.

Se ha transcrito el aparte anterior (con la disculpa por su considerable extensión, pero justificada por la importancia que tiene) porque se trata de una fuente seria que forma una idea muy clara sobre la situación de las relaciones económicas internacionales, del desarrollo del sistema económico mundial, y de las consecuencias a nivel laboral y social.

El impacto del desarrollo económico basado en el libre mercado ha exigido la baja en los costos de producción y, como es usual, el factor de la producción que puede disminuirse es la retribución al trabajador por su aporte a esa producción, disminución que se viene consiguiendo al generar relaciones atípicas entre empleadores y trabajadores mediante las cuales se eliminan el salario mínimo y las prestaciones sociales y complementarias, es decir, que se recurre al fraude al contrato de trabajo a través de tercerización laboral y otros mecanismos de vinculación de trabajadores.

Un vistazo a la forma como los países avanzados y, desde luego, los dueños del capital internacional, han distribuido y organizado la tierra para facilitar el comercio internacional y para hacer que las materias primas estén estratégicamente explotadas, así como los lugares en que se procesen y se proceda a la distribución global de las mercancías producidas, se puede ver en la siguiente gráfica.



Figura 1. Sitio oficial de la reunión del G20 en Alemania en 2017.

El G20 reúne a los 20 países industrializados y a los emergentes y se informa que son dueños del 85% de la riqueza del mundo. Los 7 países fundadores, según datos de 2013 (Wikipedia, 2017) representan más del 60% de la riqueza mundial y son los más industrializados. Lo anterior implica que 173 países son además de pequeños los que menos riqueza poseen y los más susceptibles de adoptar la tercerización laboral. En Centro de Comercio Internacional (forumdecomercio.org, 2010) *Nuevas Oportunidades en la Tercerización Global*, afirma que:

Un mercado competitivo

Además del grupo de países denominados BRIC (Brasil, Federación de Rusia, India y China), el primer nivel de destino de la externalización comprende más de 120 países en desarrollo que compiten por las inversiones extranjeras, ya sea en centros cautivos, centros de distribución de los principales proveedores mundiales o servicios prestados por proveedores locales. Algunos mercados emergentes -Oriente Medio y África, Europa Central y Oriental, América del Sur y Asia- captan actividades de mayor valor, como las de investigación y desarrollo (I+D) y los procesos intensivos en conocimiento, mientras que otros compiten principalmente a nivel de costos laborales y luchan por diferenciarse.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Este es un marco de referencia sobre el impacto que tiene la tercerización laboral en el proceso productivo en el cual la tercerización laboral es más fuerte en los países pobres.

La OIT y el empleo atípico

El material que integra este documento se basa en la producción normativa y teórica de organismos internacionales que se relaciona en este corto aparte.

La OIT ha encontrado que el trabajo en la actualidad se presenta como trabajo típico y trabajo atípico, conforme a la síntesis realizada en el documento *El Empleo Atípico en el Mundo* (2016, p. 1), definiendo el primero como “«relación de trabajo típica», entendida como el trabajo que es a tiempo completo, indefinido e inscrito en una relación subordinada entre un empleado y un empleador”. Este empleo es el que se halla regulado por la legislación en la mayoría de países.

Pero, como se ve en las palabras del director de la OIT, antes transcritas, este trabajo regulado es lesionado por la dinámica del mercado mundial y los trabajadores son progresivamente sometidos a condiciones precarias en razón de que en el mundo de la producción actual los empleadores tienen en la reducción de los salarios y las garantías laborales el espacio propicio para obtener más ganancias.

Esta guía, entonces, pretende orientar a los trabajadores para que intervengan activamente para evitar la precarización de la relación laboral y, por el contrario, para impulsar los procesos encaminados a alcanzar el trabajo digno.

Datos de Referencia en América Latina

En los últimos meses se han presentado acciones de los trabajadores en varios países con motivo de la presentación de proyectos de ley para autorizar la tercerización laboral y son especialmente destacados los casos de Argentina y Brasil. Otros estados ya tenían

OIT. Empleo atípico en Colombia

normas sobre este asunto, como Chile, Costa Rica y Perú. Esta modalidad está prohibida; como en Bolivia, Ecuador y Venezuela.

Como quiera que la apertura económica, con la desregulación y la flexibilización laboral (que implicó para la sociedad la reducción de salarios, inestabilidad en el empleo, cambios negativos en la jornada laboral y en el pago de tiempo extraordinario) se impuso con el argumento (que se convirtió en política pública generalizada) de que el liberalismo económico es el único modelo posible para el desarrollo económico y social, es procedente observar un indicador macroeconómico que da una idea de lo erróneo de esa afirmación y sus resultados. El modelo no parece conveniente para toda la humanidad.

El indicador internacional por excelencia es el índice Gini.

Tabla 2.

Coeficiente Gini Países de la Región

País	1986/7	2014
Argentina	42,79	42,67
Brasil	58,46	51,48
Bolivia	42,04 (90)	48,4
Chile	56,21 (87)	50,45
Colombia	53,11 (88)	53,50
Costa Rica	34,42	48,53
Ecuador	50,49 (87)	45,38
Guatemala	58,26	52,4
Honduras	55,09	57,3
México	48,95 (84)	48,21
Panamá	58,91 (89)	51,7
Paraguay	40,84 (90)	51,67
Uruguay	42,37 (89)	41,6
Venezuela	53,45 (87)	46,94 (02)

Nota: Fuente: Banco Mundial 2016, en noticia de la BBC de Londres

Después de más de 20 años los resultados reales muestran que la situación general no ha cambiado. En Bolivia, Colombia, Costa Rica (con un cambio negativo muy

OIT. Empleo atípico en Colombia

acentuado), Honduras y Paraguay (igualmente se acentuó la inequidad de manera preocupante) y hoy que los ricos son más ricos y los pobres son más pobres.

Oxfam (2016) en su informe anual afirma que “Actualmente, el 1% más rico de la población mundial posee más riqueza que el 99% restante de las personas del planeta. El poder y los privilegios se están utilizando para manipular el sistema económico y así ampliar la brecha, dejando sin esperanza a cientos de millones de personas pobres.” Los datos se basan en informe publicado en octubre del 2010 por el ‘Credit Suisse Research Institute’, bajo el título ‘*Global Wealth Report*’.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Panorama Colombiano

La realidad colombiana se estudia aquí sobre los dos componentes que se tuvieron en cuenta en el contexto mundial; el económico referido a las líneas generales de la economía nacional que interesan al tema, y el político, igualmente soportado en la política de apertura de mercados, privatización de la economía y flexibilización laboral, uno de cuyos componentes es el trabajo tercerizado y la facilidad para formar empresas que se prestan al fraude del contrato de trabajo.

El Espacio Económico

En el ámbito económico los registros muestran que en Colombia hoy los ricos son cada vez más ricos y la sociedad más pobre. El índice Gini, mide el desequilibrio entre ricos y pobres en los países y en el mundo. Para Colombia, el índice en 1988 era de 53.11 y en 2016 53.50, lo que significa que aumentó porque a un número más alto del índice es mayor la inequidad, es decir, que en promedio hay más ricos que pobres ahora que en 1988, momento en que se hizo la mayor promoción de la apertura económica y el libre mercado.

El diario El Tiempo (13 de marzo de 2017) reporta que las empresas colombianas registraron ganancias que en términos porcentuales constituyen un enriquecimiento notorio para los propietarios y accionistas de las empresas que fueron tomadas como muestra. La noticia dice:

La medición con base en 59 empresas que reportaron proyectos de distribución de utilidades al Simev –sistema electrónico de los emisores de títulos en el mercado público, que es administrado por la Superintendencia Financiera– indica que sumaron 18 billones de pesos, con un crecimiento del 107,3 por ciento respecto al 2015, cuando totalizaron 8,7 billones de pesos. Vea las utilidades completas de 59 empresas en el 2016.

Fuente: <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/utilidades-de-empresas-colombianas-en-2016-66808>

OIT. Empleo atípico en Colombia

Un estudio de la revista Semana coincide en líneas generales con el periódico citado (Edición 4 de abril de 2017) *Las 100 Empresas más Grandes de Colombia*, “El 78 por ciento de las empresas del cuadro de honor de esta edición de las 100 empresas aumentó sus ventas y el 62 por ciento incrementó sus utilidades.”

La conclusión es que el desempeño económico de las empresas colombianas es tan exitoso, como lucrativo. Por oposición, los trabajadores están en condiciones más precarias que los años anteriores y la regla es contratar con los salarios más bajos. La revista gerencie.com (2011) *Contratar Empleados con Bajos Salarios se ha Vuelto Negocio*, en cuya portada dice: “Con los cambios introducidos por la Ley 1429 de 2010, conocida también ley de formalización generación de empleo, contratar empleados con bajos salarios se ha vuelto un buen negocio que sin duda los empresarios aprovecharán. El artículo 13 de la citada ley, incentiva la contratación de trabajadores con sueldos bajos, en la medida en que ofrece excelentes incentivos tributarios para las empresas que lo hagan.”

En otras palabras, la misma ley que pretende controlar la tercerización laboral incentiva la baja de los salarios para los trabajadores. Esa es la realidad económica que aquí interesa.

El Panorama Político Laboral

No pocas veces las autoridades encargadas de regular las relaciones laborales (que no mercado laboral, que es un concepto inhumano -desde el Tratado de Versalles-), los gobiernos mismos, que son agentes de los empleadores, no prestan la atención debida a los fraudes a la ley, o son incapaces porque la estructura gubernamental no está en condiciones técnicas y morales para controlar los desmanes de la corrupción generalizada en la cual se incrusta, sin duda, la práctica de la tercerización laboral ilegal y el fraude laboral.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Es un hecho demostrado que apenas en los planes de desarrollo de 2011 y 2015 ha sido incluido un corto acápite para referirse al impulso del trabajo digno y que el conjunto de normas sobre el control del fraude al contrato laboral no han sido lo suficientemente claras ni aplicadas con el cuidado debido y se hallan hoy en condiciones de contratación precaria un número no precisado de trabajadores que en todo caso supera el 5% de los trabajadores activos.

Procede estudiar las múltiples formas que han adoptado empleadores inescrupulosos para ajustar las relaciones laborales a las exigencias del mercado dominado por los intereses del capitalismo internacional y de los propios intereses locales que miran preferencialmente al incremento de la economía para la minoría de los miembros de la sociedad colombiana.

El empleo en Colombia

La realidad del trabajo humano en el mundo ha sido categorizada por la OIT, para el efecto de su formalidad, en dos grandes bloques: a) el trabajo humano típico (como la relación normal entre un empleador y un trabajador en que éste realiza una labor para el primero y éste reconoce a plenitud los derechos correspondientes a la retribución que debe pagar al trabajador) y b) el trabajo atípico como otras diferentes maneras de vincular el empleador la fuerza de trabajo del empleado en condiciones de poca temporalidad, o con pago de salarios menor, o en condiciones de precariedad frente al trabajo típico, o a través de terceros que a su vez vinculan trabajadores en condiciones precarias para ponerlos a su servicio.

Empleo típico

La relación laboral típica y responsable se puede representar así:

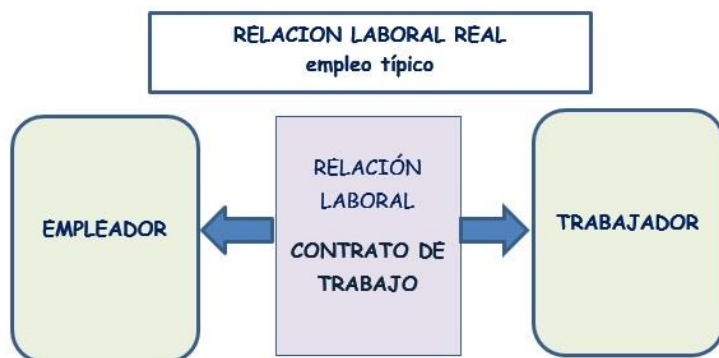


Figura 2. Empleo típico.

Pero también en Colombia existe la tercerización laboral autorizada legalmente y es aquella en que el tercero reconoce al trabajador las contraprestaciones laborales establecidas en la ley para los trabajadores regulados (empleo típico). En Colombia se presenta como autorizada la que realizan las Empresas de Servicios Temporales.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Tercerización Permitida

La tercerización laboral autorizada es la que se realiza entre una empresa o empleador, un intermediario tercerizador que asume a plenitud las obligaciones legales para con el trabajador y el trabajador (que se denomina trabajador en misión) que presta sus capacidades laborales al empleador (o usuario respecto del tercerizador). El trabajador está en permanente estado de subordinación respecto de la Empresa de Servicios Temporales.



Figura 3. Tercerización Laboral Autorizada.

Esta modalidad de contratación está definida por el artículo 2 del Decreto 4369 de 2006 que dispone: “*Definición de Empresa de Servicios Temporales.* Empresa de Servicios Temporales “EST” es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador.”

Las normas del decreto disponen que a los trabajadores en misión se les deba reconocer todas las prerrogativas que existan en la empresa receptora a favor de los trabajadores regulares a su servicio.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Tercerización Laboral Ilegal

La tercerización ilegal genera la llamada vinculación triangular porque entre el empleador real y el trabajador se presenta un tercero que aparece como empleador no siéndolo y quien somete al trabajador a condiciones de precariedad laboral. Es practicada a través de entidades aparentemente legales.

Las mismas empresas de servicios temporales (que hacen tercerización autorizada) han sido investigadas y sancionadas por incurrir en tercerización ilegal. Pero existen otras formas de tercerización ilegal practicada al amparo de alguna empresa u organización de las que se citan a continuación que le da la fachada de legalidad. Esas entidades, sin agotar la lista, son: Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado (Ley 79 de 1988 y Ley 1233 de 2008; decreto 4588 de 2006); Empresas Asociativas de Trabajo (Ley 10 de 1991, Decreto 1100 de 1992); Contrato Sindical (Código Sustantivo del Trabajo Art. 82 y ss.); Agencias de Colocación de Empleo (Ley 50 de 1990, Decreto 1072 de 2015);

Esta triangulación se representa así:

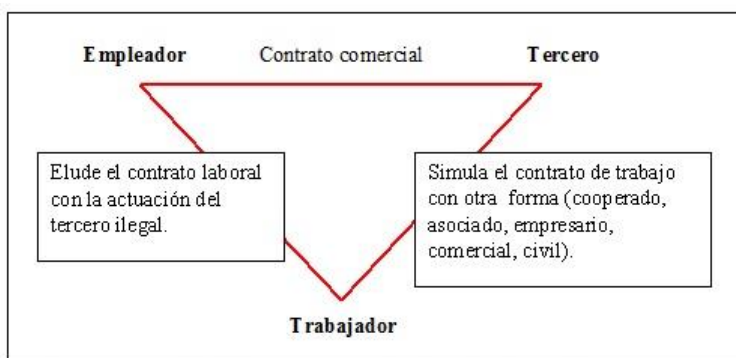


Figura 4. Tercerización Laboral Ilegal. Fraude al Contrato Laboral.

Otros medios de defraudación laboral

Al amparo de empresas y normas regulares se realizan otras maneras de empleo atípico, varias de esas figuras empresariales y normas

OIT. Empleo atípico en Colombia

Independientemente de que se realicen operaciones por otros tipos de empresas, en Colombia se usan preferencialmente para la defraudación del contrato laboral: Empresas de sociedad por acciones simplificadas, SAS (Ley 1258 de 2008), Empresas Unipersonales (Ley 222 de 1995); Trabajo a domicilio (Código Sustantivo del Trabajo Art. 89 y ss.); Contratación de carácter Civil (Código Civil, art. 1495), contratación comercial (Código de Comercio artículos 98 y siguientes).

Las relaciones encubiertas tienen la siguiente representación.

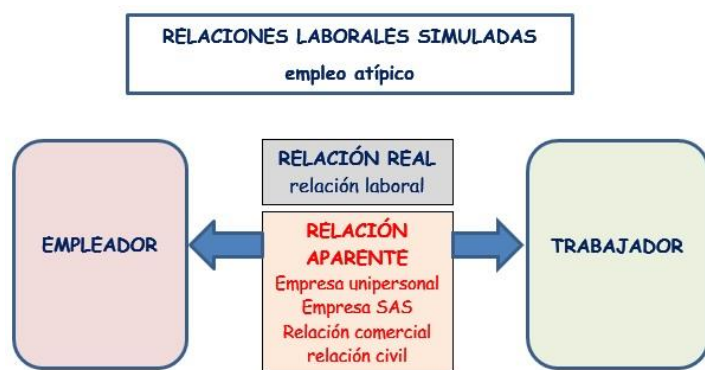


Figura 5. Relación atípica por simulación.

En el caso de las empresas indicadas, no es que las entidades por si mismas realicen relaciones de trabajo ilegales, si no, que es frecuente que empresas dominantes económicamente exijan a los trabajadores constituir alguna sociedad para, a través de aquellas, simular un contrato comercial, siendo en realidad relaciones laborales.

Igual ocurre con las agencias de empleo. Las cooperativas y precooperativas, así como las empresas asociativas y el contrato sindical son modalidades por si mismas regulares, pero contratan personal externo al amparo de la figura legal que ostenten; a los trabajadores no les reconocen tal carácter de trabajadores y por esa vía no cumplen con las obligaciones laborales derivadas del contrato realidad que en verdad se constituye.

OIT. Empleo atípico en Colombia

La OIT (en una actividad de apoyo al Ministerio del Trabajo) en el documento (2014, p.4) *Aspectos Prácticos para Identificar Ambiguas y Disfrazadas Relaciones Laborales.*, identificó como empresas y entidades que hacen tercerización, sin que al parecer se agote el listado, las siguientes:

Las instituciones y/o empresas públicas y/o privadas que contratan y las contratadas

Se entiende y representan en este documento las Sociedades – incluyendo Las Limitadas, Sociedades Anónimas, Sociedades por Acciones Simplificadas, Sociedades Colectivas, Sociedades en Comandita Simple, Sociedades en Comandita por Acciones, Empresas Asociativas de Trabajo, Sociedades Agrarias de Transformación, - Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Servicios de Colaboración o Manejo de Recurso Humano, Empresas de Servicios Temporales, Personas Naturales, Sindicatos o cualquier otra modalidad de vinculación contractual, social o corporativa.

Como se observa, son muy variadas las empresas y entidades que realizan la contratación laboral en forma ilegal, realidad que hace exigente el trabajo que deben realizar los trabajadores y de las organizaciones sindicales para contrarrestar el impacto negativo que produce este tipo de tercerización laboral fraudulenta.

La ocurrencia de la tercerización irregular en el sector público ha sido denunciada por las organizaciones sindicales porque en las entidades públicas son numerosos los trabajadores que son vinculados mediante contratos de carácter civil, en la modalidad de prestación de servicios, así como la contratación a través de las cooperativas de trabajo asociado que ha afectado gravemente al sector de la salud como servicio público, que es, por demás, pagado en buena parte por los trabajadores.

También se ha denunciado la tercerización de la mujer especialmente en áreas de la producción de ropa, de flores, de alimentos y en la de servicios, especialmente de aseo.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Los Afectados por la Tercerización y el Fraude al Contrato de Trabajo

Los afectados por la tercerización, particularmente la ilegal, y otras defraudaciones al contrato de trabajo, son los trabajadores sometidos a ese tipo de relación laboral, inicialmente, la sociedad más pobre, a la que pertenecen y también son afectados los sindicatos de trabajadores que ven mermada la afiliación y la capacidad de representarlos.

Todo trabajador o trabajadora tercerizados soportan los efectos negativos porque los salarios que reciben (no pocas veces disfrazados como pagos con otras denominaciones: honorarios, pagos civiles o comerciales precarios) son más bajos que para otros trabajadores del mismo nivel y por el hecho de no percibir las prestaciones sociales, de seguridad social y salud y seguridad en el trabajo, y otros componentes indirectos del salario.

Los efectos en sus familias y en la sociedad son, consecuencialmente negativos por su poca capacidad para cubrir las necesidades básicas de sus familias y compartir socialmente relaciones culturales y afectivas básicas.

Los sindicatos igualmente resultan afectados porque la tercerización baja la afiliación de trabajadores y mina su capacidad para negociar y contratar colectivamente mejores condiciones laborales para sus asociados.

Tanto en Colombia (2011), como en la OIT (1997, los organismos que representan a los empleadores se ha opuesto a que se produzcan normas encaminadas a prohibir la tercerización laboral.

Política Estatal Encaminada a Implementar el Trabajo Decente

El estado colombiano orienta todas las áreas de la vida económica, política y social, a su cargo, a través de las políticas públicas, que son formas de destacar aquellas áreas que

OIT. Empleo atípico en Colombia

interesa al gobierno desarrollar. Por ejemplo, en la Ley 1753 de 2015, que contiene el Plan Nacional de Desarrollo 2015 a 2018, se formularon estas dos políticas, y en ella se establecieron recursos para su ejecución (Art. 5.).

ARTÍCULO 74. Política nacional de trabajo decente.

El Gobierno Nacional bajo la coordinación del Ministerio del Trabajo, adoptará la política nacional de trabajo decente, para promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado. Las entidades territoriales formularán políticas de trabajo decente en sus planes de desarrollo, en concordancia con los lineamientos que expida el Ministerio del Trabajo.

El Gobierno Nacional también fijará las reglas para garantizar que las empresas cumplan plenamente las normas laborales en los procesos de tercerización.

El Gobierno Nacional deberá garantizar que las actividades permanentes de las entidades públicas sean desarrolladas por personal vinculado a plantas de personal, con excepción de los casos señalados en la ley.

ARTÍCULO 75. Fortalecimiento del diálogo social y la concertación.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo impulsará programas con enfoque territorial que fortalezcan el Diálogo Social y la concertación laboral, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajo y la sostenibilidad de las empresas.

La Ley 1429 de diciembre de 2010 prohibió la contratación a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado y ordenó sanciones por realizar esa contratación. Con base en esa ley el Ministerio del Trabajo expidió la Resolución 5670 de 2016 que dispuso las normas de vigilancia y control por razón de los acuerdos de formalización laboral en empresas, e instituciones que hayan aceptado el acuerdo con o sin investigación administrativa previa. Esto es resultado del acuerdo suscrito entre Colombia y los Estados Unidos como Plan de Formalización Laboral.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Desarrollo de Capacidades Sindicales

Este aparte debería responder a la pregunta ¿cómo hacer frente a la tercerización y otros mecanismos fraudulentos del contrato de trabajo?

Por las circunstancias objetivas que se han descrito, particularmente la gran influencia de los empleadores en la toma de decisiones de las autoridades públicas y las diferencias de recursos para realizar acciones en su favor, se requiere un trabajo serio y disciplinado de los trabajadores y sus organizaciones sindicales para contrarrestar el trabajo precario que tiene en el fraude al contrato de trabajo un componente que lesiona gravemente a los trabajadores y a la sociedad menos favorecida económicamente.

Los objetivos de potencializar las capacidades sindicales que se propone esta guía se desarrollan en tres espacios: el interno, el sociolaboral y el sociopolítico, que se expondrán a continuación.

Todo lo que sigue es un conjunto de propuestas dirigidas a todos los afectados por la tercerización laboral y por el fraude del contrato de trabajo, desde luego, desde una perspectiva que obedece al respeto por la dignidad humana y por el trabajo digno.

El desarrollo de capacidades de los trabajadores y de las organizaciones sindicales está gobernado por ese elemental comportamiento que hace posible la supervivencia humana y su conservación: la solidaridad. De ella parte el uso de conceptos, políticas, normas y procedimientos para contrarrestar la tercerización laboral, el fraude al contrato laboral y el impulso a la formalización de los trabajadores que se hallan en esas condiciones de vinculación laboral. Por tal razón se da especial importancia al trabajo de generación y práctica de la solidaridad entre los trabajadores y los trabajadores con las organizaciones afectadas y la sociedad en su conjunto.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Capacidades Internas

Son áreas de acción, tradicionalmente mencionadas pero un tanto ineficaces en la práctica, por la rutina o porque los trabajadores son enfrentados con otros trabajadores por los empleadores, como ha sucedido en el sector del cultivo de la palma de aceite y por acciones violentas contra las directivas sindicales.

La Solidaridad

Las organizaciones sindicales nacen de una necesidad básica de los seres humanos: la solidaridad y, para el caso, de una solidaridad potenciada por el hecho de compartir con sus compañeros y compañeras las mismas urgencias y necesidades.

La solidaridad es un principio, y una acción que debe practicarse no solo en los asuntos de especial importancia sino en la vida diaria y ante necesidades particulares que pueden surgir de la relación laboral o de la situación propia de cada trabajador, es decir, en la vida diaria.

Es conocido que los trabajadores tercerizados o vinculados en forma precaria por lo general no pueden sindicalizarse por el peligro del despido, por ello las organizaciones hermanas deben hacer un esfuerzo por brindarles solidaridad. Esa solidaridad principalmente debe comprender la apertura hacia ellos (una forma, también, de diálogo social) para hacer su reconocimiento como seres humanos y compañeros y para orientarlos sobre la manera de superar esas condiciones precarias, brindándoles asesoría y acompañamiento cuando sean necesarios.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Organización

La capacidad de organización parte del propio liderazgo que debe perfeccionar cada trabajador, activista y dirigente. Comprender las responsabilidades del propio cargo y las de los demás compañeros, es imperante para que la organización funcione adecuadamente.

La organización puede partir de la formulación de políticas que orienten la actividad interna y de políticas encaminadas a mejorar sus propias capacidades y para orientarse y orientar a los afiliados respecto de los empleadores, las autoridades y respecto de temas que interesen de manera particular a la organización.

Fernando Lassalle expuso la importancia de la organización política y social. Hizo una distinción entre el poder orgánico y el poder inorgánico como el de la sociedad en los sistemas denominados democráticos. El conjunto de poderes orgánicos, son muy eficientes (la policía, el ejército, la burocracia organizada, etc.) y son instaurados por los estados y las organizaciones fuertes que son en gran medida fundamento de su éxito.

Constituida una organización sindical debería ser motivo de la mayor atención de sus miembros el tema de la gestión sindical. La gestión es uno de los frentes en los que los trabajadores fallan ante a la abrumadora actividad de gestión de los empleadores, no solamente en su empresa, pues también en la coordinación de actividades con otros empresarios, con las autoridades públicas y también en el contexto internacional.

La Información y la Comunicación

Son dos espacios diferentes, aunque comparten medios y canales para ser desarrollados: escritos, gráficos y sonoros, en la forma de escritos y de medios digitales. Los trabajadores y sus organizaciones sindicales deben manejarlos de manera eficiente y eficaz.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Los comunicados y boletines son formas de comunicarse con los compañeros y compañeras, y de informarles sobre las actividades de la organización sindical, de sus objetivos y del cumplimiento de las tareas programadas para lograrlos. Hoy ellos pueden entregarse en papel y pueden ser transmitidos por medio de la Internet. Cada organización debe definir la mejor forma, o formas, de comunicación, porque no siempre se encuentra que los compañeros puedan acceder a computadores o teléfonos móviles para consultarlos en línea. La combinación de formas puede ser útil cuando son diferentes los niveles de educación, o la ubicación geográfica no es favorable, en fin, todos los detalles deben considerarse en el uso de estos instrumentos que fortalecen la solidaridad y la organización.

Existe un aspecto importante que exponer, aunque sea en forma resumida. Se trata del uso del lenguaje en el contexto de la vida diaria y en el sindical. La comunicación verbal prácticamente está en el ADN del ser humano y es el medio que le distingue como ser humano. En cierta forma, cambiar el lenguaje lleva a cambiar el mundo, asunto que no es malo por sí mismo, pero que puede crear fantasías.

Por ejemplo, el cambio de la palabra “salario”, por la palabra “beneficio”, como lo ha impuesto el Gobierno Nacional al aprobar las normas de contabilidad NIIF, es cambiar el mundo del trabajador. El salario es una contraprestación por la realización de un trabajo y tiene consecuencias económicas y sociales. En la relación del trabajo el que se beneficia es el empleador porque él aumenta su riqueza, mientras en las relaciones irregulares para el trabajador aumenta la pobreza de su contraparte.

No es un tema de poca importancia. Las comunicaciones con los trabajadores, con los patronos y con las autoridades, el lenguaje debe transmitir las ideas de manera clara,

OIT. Empleo atípico en Colombia

debe ser comprendida por ellos y debe servir, honestamente a la realización del diálogo social.

En las comunicaciones con ellos el lenguaje debe estar a la altura del conocimiento de los compañeros que no hayan podido contar con educación formal y explicar aquellos conceptos que le afecten y no sean de su diario manejo.

Estos medios, la comunicación y la información, deben tener en cuenta a las familias de los compañeros y compañeras y a la comunidad circundante porque esta forma permite compartir experiencias y fortalecer los ánimos ante las dificultades.

Capacidades Sociolaborales

Estas capacidades se refieren a la actitud, políticas y recursos para establecer relaciones con los empleadores.

El conocimiento de los mecanismos del diálogo social es importante. La OIT produjo un folleto sobre el tema (s.f., p. 2) *Diálogo Social > en Busca de una Voz Común*, en el que expone estos temas esenciales para comprender este punto:

¿Cuáles son las condiciones que hacen posible el Diálogo Social? ¿Qué es el Diálogo Social?

SECTOR DIÁLOGO SOCIAL

La existencia de organizaciones de representantes de empleadores y de trabajadores sólidas e independientes, con la capacidad técnica y el acceso a información pertinentes para participar en el diálogo social.

Una voluntad política y el compromiso de todas las partes para participar de buena fe en el diálogo social.

Un respeto por los derechos fundamentales de la libertad sindical y la negociación colectiva (plasmados en los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT).

Un apoyo institucional apropiado.

Los representantes de los interlocutores sociales deberían reconocerse los unos a los otros en un pie de igualdad.

Las actividades más frecuentes del diálogo social

- Negociación
- Consulta
- Intercambio de información

OIT. Empleo atípico en Colombia

En la orientación de la OIT que antecede se puede observar que apunta al diálogo social como comunicación de trabajadores y organizaciones sindicales con empleadores, en procesos de negociación, en los procesos de consulta y en intercambio de información en el ámbitos de las relaciones laborales, pero, donde se realizan prácticas ilegales de vinculación de trabajadores, los canales descritos en realidad no existen.

Sin embargo, la recomendación puede ampliarse y entender el diálogo social como formas de comunicación entre el gobierno, los empleadores, los trabajadores y la sociedad en general.

En primera instancia el diálogo parte de las políticas formuladas expresamente, para lo que aquí interesa, por las organizaciones sindicales.

No es usual hoy citar filósofos porque los medios de comunicación han sustituido a los pensadores (algo que se debiera reconsiderar en el hacer sindical) pero es pertinente traer a Kant, el fundamentador de la ética moderna. Él increpó al ser humano moderno (1998, p. 25) *¿Qué es la Ilustración, en Filosofía de la Historia*, ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!, para que el ser humano deje de ser “culpable de su propia incapacidad”. En otras palabras, el autor invita al ciudadano a pensar por sí mismo y a expresar los resultados de su pensar.

Este postulado es la base de la llamada tolerancia actual y de los procesos de conciliación, en cuanto exige que el ser humano tenga su propia convicción sobre el mundo que le rodea y sus circunstancias, comprenda a su interlocutor, procurando comprender sus circunstancias y tenga una respuesta adecuada a los asuntos que comparte o que deben compartir como sujetos sociales.

OIT. Empleo atípico en Colombia

El diálogo social viene siendo propiciado por la OIT como una manera para llegar a solucionar conflictos. Eso es verdad, pero no siempre es posible, como cuando no hay interés auténtico en el diálogo de parte de uno de los potenciales dialogantes.

En las relaciones entre los trabajadores y los empleadores, muchísimas veces los trabajadores encuentran que su interlocutor natural defiende no una simple forma de pensar y de opinar, no, se encaran a estructuras mentales muy fuertes que resguarda intereses concretos que buscan el mayor beneficio posible de su negocio o empresa, generalmente sin considerar a quien o a quienes lesiona.

Capacidad Sociopolítica

Los trabajadores y sus representantes gremiales deben estar en conocimiento de lo que es su propia explotación, de las formas que esa explotación asume y estar en capacidad de demostrarla mediante la argumentación y mediante la palabra en sus diferentes formas de comunicación.

Hoy no es viable actuar adecuadamente en espacios sociales si no se conocen contextos más amplios. La tercerización laboral que soportan los colombianos puede ser igual o mayor en otros lugares de la tierra y los trabajadores de esos otros lugares seguramente crean sus propias formas de salir al paso del problema.

Los trabajadores deben ubicarse por lo menos en el mismo nivel de información y comunicación de los empresarios, quienes cuentan con recursos económicos, humanos y técnicos de primer nivel. Deben estudiar e informarse, de otra manera pueden no tener conocimiento de otras experiencias y de realidades que le afectan o le pueden afectar.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Herramientas de Gestión Sindical

El mundo actual ofrece gran diversidad de acciones para solucionar problemas y para avanzar en la realización de los objetivos que se proponen las personas y las organizaciones. Se describen ahora acciones que pueden tomarse total o parcialmente, en otras palabras, pueden desarrollarse a partir de la formulación de políticas sindicales, o se pueden tomar acciones particulares conforme sean necesarias para cada organización. Estas herramientas no solo son para sindicatos, los trabajadores en general deben manejarlas.

La secuencia completa que se propone es:

- a) Formulación de políticas sindicales para contrarrestar la tercerización
- b) Implementación de las políticas
- c) Destinación de los recursos y medios necesarios
- d) Ejecución de las políticas
- e) Evaluación de la realización de las políticas

La propuesta es que las organizaciones sindicales adopten procedimientos que potencien sus capacidades de acción frente al fenómeno de la tercerización laboral y el fraude al contrato de trabajo.

Parte de la magnitud de la afectación de la apertura de mercados y la flexibilización se observa al haber cambiado la tasa de sindicalización de entre 12 y 15% en los años 80 (siglo XX) y la actual de apenas 4.6% (Anif, 2016 y Portafolio 2016).

No cabe duda de que la primera política debería ser la de solidaridad, tanto interna como hacia los compañeros a nivel regional, como local e internacional.

La importancia de las políticas es que permiten a los compañeros tener seguridad sobre los temas de que se trate, algo que antes se llamaba conciencia sindical y parece que

OIT. Empleo atípico en Colombia

ahora no se llama, porque precisamente todos los medios de comunicación, hasta aquellos de que no somos conscientes, suplen el pensamiento de los trabajadores y de la sociedad.

Se exponen enseguida unas acciones concretas para potencializar el trabajo sindical, porque también es un trabajo y, como todo trabajo de hoy, debe tener una razón, unos procesos y unas herramientas y mecanismos para obtener los mejores resultados.

Diseño de Políticas Sindicales

La formulación de políticas es parte de la gestión administrativa generada a través de diferentes teorías sobre la administración contemporánea. La gestión de los últimos lustros se basó en la formulación de políticas y a partir de ellas hacer planeación de acciones concretas. Surgieron diversas teorías sobre la forma de gestionar las políticas, las empresas, los negocios en general y casi toda actividad humana.

A partir de esas varias teorías se construyeron sistemas de gestión, complejos unos, e ilusos otros. Pero algo si debe ser tenido en cuenta en las diversas teorías: es necesario tener objetivos, tener metas, en fin, tener una visión de para dónde se va. Hoy no hay prácticamente ninguna empresa o entidad pública que no tengan en su formulación de trabajo los conceptos de visión y misión, que son parte de la política institucional y empresarial.

Resulta necesario, entonces, saber para donde se va y saber qué es lo que se va a hacer. De este referente básico ha partido la idea de formular políticas: políticas públicas, políticas institucionales, políticas empresariales y, por qué no, políticas sindicales.

Las organizaciones sindicales en general deberían actuar con base en políticas expresadas verbalmente de forma tal que sean sencillas y amplias para que los compañeros las comprendan y puedan adherirse al compromiso de cumplirlas.

OIT. Empleo atípico en Colombia

El procedimiento es establecer un área de trabajo de una organización sindical de entre las que se ordenan en los estatutos, especialmente en los objetivos. Por ejemplo:

La CGT de Colombia dice en Art 4, literal “g) Velar por el cumplimiento de todos los Convenios de la OIT que Colombia tiene ratificados.” Como política podría decirse: “La CGT dedicará todas sus capacidades de gestión para hacer que los convenios de la OIT se apliquen plenamente a las relaciones laborales en Colombia”.

Los Estatutos de la USO dicen en su Art. 6, b., “Procurar el acercamiento de patronos o empleadores y los trabajadores sobre bases de justicia, de mutuo respeto y subordinación a la ley, colaborar en la solución de conflictos en las respectivas instancias administrativas y gubernamentales, buscando el incremento de la calidad de vida de los trabajadores y la consolidación de la empresa.” Esta por sí misma podría adoptarse como una política institucional.

En los dos casos se podría tomar el texto del estatuto, adaptarlo y fijarlo como política, para luego, exponer la intensidad del mandato de la forma de que sea comprendido plenamente por los compañeros, por las autoridades y por la comunidad en general. Cada política, a su vez, deberá considerarse en función de su aplicabilidad y de los recursos que pueda requerir su comunicación y aplicación.

En la política de la IndustriALL Global Union se puede observar que las políticas que formula son llamadas “objetivos claves” (cinco) y son ampliados enseguida para explicar cómo las concibe y las formas generales de desarrollarla.

Es un buen ejemplo, porque se establece un principio y luego se explica como política de la institución y el alcance de la misma.



Figura 5. Plan de Acción de IndustriALL Global Union para 2016 – 2020.

El que sigue es otro ejemplo proveniente de la CUT. De éste se tomarán fragmentos para ilustrar la elaboración de políticas sindicales.

El afiche fue diseñado para invitar y promover la celebración del Primero de mayo de 2017 y contiene cuatro consignas. Dos de ellas podrían tomarse para formular políticas institucionales: una sería “contra la tercerización laboral” y la otra “por el cumplimiento de los acuerdos de paz”. “La Cut no acepta la tercerización laboral y dedicará sus esfuerzos a

OIT. Empleo atípico en Colombia

eliminarla a través de los procesos de formalización y contratación en la forma de empleo decente”, estas consignas podrían ser expuestas como políticas institucionales.

Una vez enunciadas como políticas institucionales, se deberían desarrollar como planes de trabajo y destinar los medios para gestionarlos y cumplirlos, claro está, con la apropiación de los recursos que cada uno requiera.

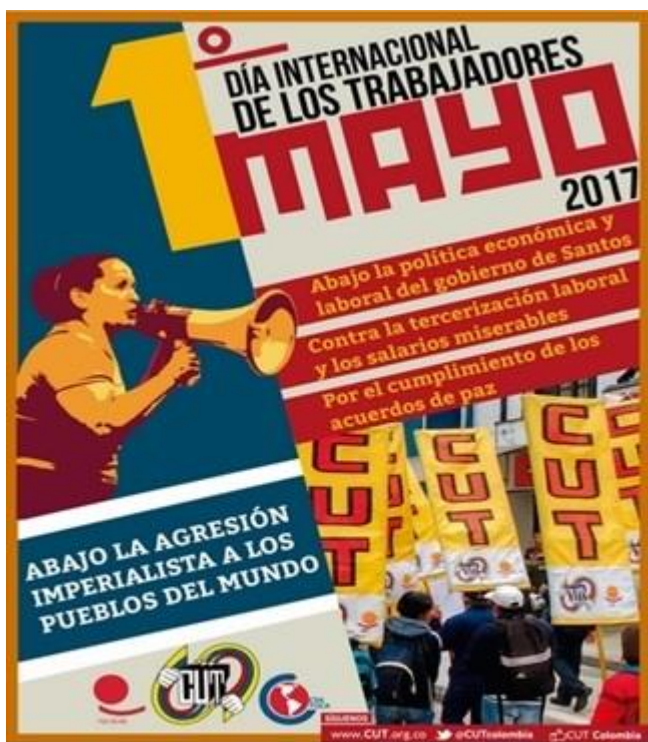


Figura 6. Comunicado CUT. 2017.

Planeación del Trabajo

Las políticas deben ser posibles de realizar. El siguiente paso a la formulación es implementar la forma de realizarlas. Por ejemplo, cuando el gobierno dispuso la política por el trabajo decente (que se concretó en el Plan de Formalización Laboral), procedió a presentar el proyecto de ley que vino a ser la Ley 1429 (su nombre es: “Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo”, aunque la formalización, allí contenida, se refiere a la formalización de las empresas. Es un ejemplo más para mirar el

OIT. Empleo atípico en Colombia

valor ideológico del uso del lenguaje, es decir, de acomodarlo para que diga cosas que no dice, porque del título podría inferirse que la formalización a que se refiere es del empleo, y no es así.

No basta con tener buenas intenciones, estas deben ser compartidas, deben ser instrumentadas y deben ser ejecutadas.

El plan de trabajo debe partir de la política respectiva. Este comprende los objetivos a lograr, las personas que deben realizarla, las acciones para su desarrollo, los tiempos y formas de hacerlo, los destinatarios y los espacios en donde se realizarán esas acciones.

El tema de las políticas y su planeación debería ser tratado mediante seminarios o cursos porque es necesario ampliar en el estudio de sus fundamentos y técnicas de expresión y realizar prácticas para asegurar su eficacia.

Recursos Económicos

Toda gestión implica gastos. Dentro de las posibilidades de cada organización es menester tener en cuenta los recursos necesarios. Un sistema de políticas con su respectiva planeación y la correspondiente destinación de recursos garantiza eficiencia en los procesos de gestión y, aunque demoren, darán buenos resultados.

Fortalecer la Solidaridad Interna y la Sindical

Las políticas y los planes de trabajo deben ser comunicados (en algunos casos se les debe dar publicidad) para que los compañeros y compañeras en los ámbitos internos como externos, sepan del trabajo institucional y se puedan comprometer con su realización.

¿En que se fundamente la solidaridad, es decir, cual es la esencia de la solidaridad? Se trata de una pregunta no enfrentada y cuya respuesta es apenas una sensación. ¿Los empleadores son solidarios, cual es la esencia de ella?

OIT. Empleo atípico en Colombia

Primero la respuesta a esta última pregunta: si, si hay solidaridad entre los empleadores y su esencia es el lucro, pues comparten la idea de defender a toda costa sus ganancias. Puede entenderse fácilmente que esta es una esencia muy poderosa, tan poderosa, que llega hasta los límites de transgredir la ley y la moral y de confrontar a sus actores cuando las ganancias de uno son exageradas para otro.

La esencia de la solidaridad de los trabajadores debería ser su trabajo, pero no pocas veces el trabajo confronta a los trabajadores, no por alguna ganancia, si no, por sobrevivir. No obstante, la solidaridad debe existir entre trabajadores, especialmente en el sentido de que quienes cuenten contrabajo apoyen a los que no lo tienen o lo tienen en condiciones precarias, como son los afectados por las diversas formas de evadir el contrato de trabajo. Las organizaciones fuertes deben apoyar a las menos fuertes, en el plano organizativo.

Estos temas deberán ser considerados en los programas de formación y capacitación sindical. Y de guías para denunciar y acompañar el trámite de denuncias por tercerización irregular y fraude al contrato de trabajo, como manifestaciones de solidaridad.

Se presentan enseguida unas propuestas de trabajo de comunicación que reportan solidaridad, participación de proyectos comunes y de una cultura de trabajo sindical que se destacan en el contexto nacional. Muchas veces por falta de comunicación no se sabe lo que están haciendo otros compañeros y organizaciones y se forma la idea de que nadie está trabajando en un sentido que seguramente interese a otras organizaciones y comunidades.

Existen organizaciones que realizan actividades que bien vale la pena que se compartan. Por ejemplo, Sintraelecol cuenta con página web mantenida con información actualizada y contiene una guía para denunciar y acompañar la denuncia por fraude al contrato de trabajo, además, tiene una emisora en Bucaramanga, medios con los cuales

OIT. Empleo atípico en Colombia

realiza procesos de información, de cultura y de solidaridad entre sus afiliados y la comunidad dentro de la cual viven los compañeros, además, usan las plataformas o redes sociales para acercarse a los trabajadores y a la comunidad.

La Comunicación

El mundo actual es de información y desinformación a niveles importantes. Cada vez resulta más urgente crear canales de comunicación que eliminen lo superfluo y atiendan a lo necesario e importante en términos de información y de formación en todos los niveles de la actividad sindical.

Hay experiencias sindicales sobre las acciones en este sentido. Como ejemplos se pueden traer las realizaciones de Sintraelecol, Sintrapalma, Unión Sindical Obrera, etc. y por instituciones (como la Escuela Nacional Sindical, Fescol, etc.). Se incluyen enseguida muestras de estos trabajos para observar la forma como han logrado manifestar su identidad y su pertinencia para con los objetivos institucionales de las respectivas organizaciones, de la OIT y de los trabajadores.

En esos procesos de comunicación debe estar la solidaridad, pues tiene que ser una solidaridad que parta de las organizaciones sindicales hacia los compañeros tercerizados, haciéndolos parte de sus deliberaciones, invitándolos a formular sus propuestas y hasta sus propias celebraciones. Debe ser una solidaridad activa de forma que los trabajadores sientan el acompañamiento y estén dispuestos a acompañar y a trabajar en procura de los propósitos deseados. Obsérvese el mensaje de la pantalla de inicio de la Escuela Nacional Sindical.



Figura 7. Pantalla de Inicio de la Página Web de la Escuela Nacional Sindical.

La Revolución Permanente

El trabajo es arduo para corregir la inequidad porque hay fuerzas en contra que plantean todo lo contrario de las políticas de la OIT, de algunos gobiernos y de los trabajadores. En el más reciente estudio de Fedesarrollo (2017, p. 8) *Informe Mensual del Mercado Laboral; Evolución de la Figura de Tercerización en Colombia*, dice “Colombia requiere la tercerización laboral para continuar la senda de la disminución del desempleo y mejorar su competitividad internacional. No parece razonable prohibir que se tercericen actividades misionales sin que ese concepto sea definido con plena claridad,”

Es el discurso elusivo porque bajo el terror del desempleo impulsa el propósito real que es de “mejorar su competitividad internacional”, es decir, la capacidad de quienes manejan la economía para ganar aún más, no importa el trabajador y, por otra parte, porque eternamente se puede seguir la reflexión sobre el concepto de “tercerización”, sin importar que durante ese tiempo se sacrifica el trabajo humano.

Hoy no hay escape al hecho de que toda persona debe educarse durante toda la vida. Quien es trabajador y sabe las dificultades que debe enfrentar para mantenerse en el trabajo

OIT. Empleo atípico en Colombia

y obtener cualquier mejora, sabe que es necesario estar educándose. Este podría denominarse un imperativo categórico.

La preparación de los trabajadores y de los dirigentes para acudir al diálogo social y al trilateralismo debe contar con estudio, planificación y recursos para su realización. Son actividades que se enuncian pero que deberían programarse y realizarse como formas de fortalecimiento permanente de unos y otros.

Los trabajadores deben asumir también la tarea de revolucionarse permanentemente porque no de otra manera puede superar las condiciones adversas del sistema económico.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Herramientas Internacionales para la Acción Sindical

Procede exponer las herramientas y los mecanismos para orientar el trabajo encaminado a evitar la tercerización laboral y para recuperar el empleo decente.

La realidad descrita, que para el trabajador debe ser bien conocida, requiere una respuesta que corrija las fallas existentes y se encamine francamente a la implantación del trabajo decente como forma de relación usual entre empleadores y trabajadores, comprendiendo que de esa forma se realiza el diálogo social y el sistema de cooperación tripartita.

Herramientas

Existen normas, técnicas y procedimientos sociales y una importante cantidad de instrumentos jurídicos que pueden ser utilizados como herramientas para descubrir y sancionar las formas de contratación fraudulenta y, por el contrario, impulsar el trabajo decente.

Las herramientas que aquí serán consideradas son:

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de la ONU y de la OEA: declaraciones, tratados y pactos; los de la OIT como institución empeñada en la justicia social: los convenios, recomendaciones, resoluciones, declaraciones y estudios con los que impulsa el logro de tales propósitos.

Instrumentos sustanciales del orden nacional, es decir, aquellos que se refieren a los derechos y a las formas de asegurar los derechos de los trabajadores en el país.

Los medios legales para poner en funcionamiento a las autoridades son las normas que regulan los procedimientos administrativos (de los funcionarios que ejercen las funciones de vigilancia y control del cumplimiento de las normas laborales sustanciales) y

OIT. Empleo atípico en Colombia

procedimientos judiciales (que se ejercen ante los jueces) para buscar el cumplimiento de las normas también sustanciales.

Herramientas sindicales que tienen que ver con la organización, planeamiento y gestión de los asuntos de interés de los trabajadores asociados. Algunas herramientas provienen de los avances científicos y tecnológicos (equipos y recursos informáticos, entre ellos) que permiten a los trabajadores gestionar adecuadamente sus políticas y sus decisiones.

Herramientas Sustanciales

Las herramientas de contenido sustancial son de diferentes niveles y naturaleza:

Declaraciones y normativas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Tratados sobre derechos humanos.

Convenios de la OIT, especialmente los convenios fundamentales, de gobernanza y técnicos aplicables a la identificación del fraude laboral y al restablecimiento del empleo decente.

Legislación interna sustantiva y procesal, fundamentos teóricos, procedimientos y asesoría.

Las normas internacionales más importantes sobre el tema del trabajo asalariado son en primer término los convenios de la OIT, las recomendaciones, los protocolos las declaraciones y el material didáctico que esta organización produce.

Normas Internacionales

El Tratado de Versalles debería invocarse en cuanto a los principios consagrados allí sobre el trabajo, igualmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el

OIT. Empleo atípico en Colombia

pacto interamericano de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en cuanto consagran la progresividad en el reconocimiento de derechos por parte de los estados miembros de la Organización de Estados Americanos, que también son miembros de la OIT.

Los Convenios de la OIT directamente relacionados con el fenómeno de la tercerización y demás formas de fraude a la legislación laboral, los cuales se relacionan en el apéndice A.

Una mirada aproximativa a los documentos relacionados en el apéndice A permite verificar que no existe ninguna norma relacionada con la tercerización ni con las formas fraudulentas de contrato de trabajo, esto porque los empleadores se han opuesto a que se apruebe un convenio en este sentido. Pero esto no quiere decir que no haya otras herramientas de trabajo provenientes de la OIT.

En primer lugar, existen las declaraciones sobre las empresas multinacionales (2011, p. 2) *La Declaración de la OIT sobre las Empresas Multinacionales: ¿En qué Beneficia a los Trabajadores?*, en la que se consigna la siguiente preocupación “...un factor clave es el reconocimiento de los gobiernos y los empleadores de que las empresas deben actuar de un modo responsable en relación con las prácticas laborales.” En otra página del mismo documento (2011, p. 11), en el capítulo “Política general”, afirma:

La Declaración contiene un conjunto de políticas generales dirigidas a alcanzar el desarrollo sostenible y el respeto por los derechos humanos en el lugar de trabajo. Dichas políticas invitan a las empresas multinacionales, a los gobiernos y a las organizaciones tanto de empleadores como de trabajadores a:

- _ respetar las leyes y reglamentos nacionales,*
- _ tener debidamente en cuenta las prácticas locales,*
- _ respetar las normas internacionales relativas a los derechos humanos y laborales (incluidos los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo), y*
- _ cumplir los compromisos en conformidad con la legislación nacional y las obligaciones internacionales aceptadas.*

OIT. Empleo atípico en Colombia

La Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización

Equitativa (2008) adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008 es igualmente un material de soporte importante.

El estudio realizado con motivo de la Conferencia Internacional del Trabajo 85^a. reunión ,1997, *Informe VI (1); Trabajo en Régimen de Subcontratación* es de la mayor importancia por cuanto, partiendo de la distinción entre subcontratación de bienes y servicios de la subcontratación de mano de obra, la conferencia establece criterios de análisis del fenómeno, su impacto y la invitación para que los gobiernos realicen las consultas para un posible convenio, convenio que no se ha dado por posición de los empleadores.

Los convenios son los instrumentos normativos propios de la OIT, por ejemplo, el *Convenio sobre el Tripartismo, C-144* (1976), se relaciona con el diálogo social, que es componente fundamental de un organismo integrado en forma tripartita por representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores y la ineludible necesidad de comunicarse y de debatir para cumplir los objetivos de la organización.

Las resoluciones son también instrumentos idóneos para orientar y disponer la forma de enfocar y realizar acciones propias de la organización; ejemplo de ellas son las adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 90.^a reunión (Ginebra, junio de 2002). Una de ellas es la *I Resolución Relativa al Tripartismo y el Diálogo Social* y otra, la *II Resolución Relativa al Trabajo Decente y la Economía Informal*. Se trata de dos instrumentos valioso para el trabajo de formalización laboral.

OIT. Empleo atípico en Colombia

La OIT cuenta también con otros instrumentos para mantener una constante actividad de defensa de los derechos laborales de los trabajadores tales como las recomendaciones y los protocolos, estos últimos referidos a los convenios.

Al finalizar se encuentra un apéndice referido a los convenios aplicables al trabajo de evitar la tercerización laboral y temas vinculados al trabajo decente.

Otras Herramientas Internacionales

Un mecanismo poco conocido y, por tanto, no utilizado, es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que cuenta con declaraciones, tratados, Comisión y Corte interamericanas de derechos humanos. Este sistema ha conocido casos de derechos humanos referidos al derecho al trabajo.

En primer lugar, existe el Tratado sobre Derechos Sociales Económicos y Culturales (también otro sobre Derechos Civiles y Políticos). En el primero se encuentra un aspecto de especial relevancia sobre este asunto y es que quienes lo concibieron, redactaron y aprobaron, vieron que el mundo entraba en una etapa de progreso y que ese progreso debía beneficiar a los trabajadores y en general a las personas menos favorecidos de fortuna, por ello vieron la necesidad de consagrar la progresividad de esos derechos. La progresividad tiene su fuente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos al consagrarla como un principio desde su proclamación.

Los hechos muestran que los dueños y promotores del sistema de libre mercado entienden que este principio opera para ellos, pero que para la población la progresión significa su enriquecimiento soportado por la disminución de los salarios, de las prestaciones sociales y los soportes de salud y de seguridad en el trabajo y por fuera de él.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Pero las normas de derechos humanos son para todos y este principio y mandato son igualmente para todos los seres humanos.

A partir de los instrumentos internacionales ya se han producido sentencias laborales en el sistema interamericano de derechos humanos. El sistema está integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Una con sede en Washington (EEUU) y la segunda con sede en San José (Costa Rica).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es la encargada de recibir las quejas por denegación de justicia de las autoridades nacionales de los países de las Américas y es ella la que toma decisiones iniciales antes de acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de eliminar las acciones nocivas que pueden ocurrir a nivel interno de los estados como el colombiano.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Herramientas Nacionales para la Acción Sindical

Las herramientas que se traen a consideración enseguida son las relacionadas con la forma de evitar la tercerización en general, y la ilegal en particular junto con las otras formas de evasión laboral, así como el impulso al trabajo decente.

Por la naturaleza del asunto, las herramientas son normativas, jurisprudenciales, procedimentales y teóricas. En primer lugar se mencionarán las sustantivas, es decir, aquellas que contienen los derechos de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, y en segundo, las contentivas de las normas procesales y la forma de desarrollarlas en la práctica, cuando esto sea posible por los trabajadores y las organizaciones directamente.

Es importante que en el trabajo de comunicaciones con los trabajadores y la comunidad se use un lenguaje asequible a ellos antes de todo. La recomendación tiene que ver con el hecho de que a través del lenguaje se crean ficciones muy delicadas. Unos ejemplos son: “mercado de trabajo” que no debería usarse porque el trabajo no es una mercancía, luego no puede ser objeto de mercadeo, porque ni el trabajador ni su actividad laboral son mercancías; “beneficios” es un término usado ahora para designar el salario que debe pagar el empleador (que a su vez es un término eufemístico) como contraprestación del trabajo humano (“beneficios” proviene de las normas NIIF, es parte del lenguaje modificado para encubrir las obligaciones de los empleadores); “outsourcing”, que es un concepto ajeno al mundo del trabajo en cuanto se refiere al suministro externo de bienes y servicios, no al trabajo humano; el concepto propio es “tercerización laboral” u otro con el mismo contenido. Conviene decir que estos términos infortunadamente son usados por el Ministerio del Trabajo y la OIT, pero ese hecho (que sean usados por autoridades de tal

OIT. Empleo atípico en Colombia

magnitud) no autoriza a denominar a las personas y las relaciones con términos indignos que confunden y que quitan autenticidad al diálogo social.

Enseguida se refieren los recursos sustanciales (normas, conceptos y teoría que exponen los derechos de los trabajadores (y, desde luego, de los empleadores); luego los recursos que disponen los procedimientos y herramientas para hacer efectivos los derechos sustanciales.

Herramientas Sustanciales

El Código Sustantivo del Trabajo es el conjunto normativo aplicable a las relaciones laborales normales y es imperante exigir su cumplimiento. En el apéndice B se observan las normas pertinentes al tema de la tercerización laboral y a la formalización de trabajadores en estado de tercerización. Es necesario estar familiarizados con estos instrumentos jurídicos.

A las normas referidas hay que añadir las relacionadas con la seguridad social, la salud y la seguridad en el trabajo, así como el pago de los aportes llamados parafiscales. Los trabajadores deben estar enterados suficientemente de las normas internas (reglamento de trabajo y otros reglamentos) de las empresas para hacer valer sus derechos en cuanto sea necesario.

Herramientas Procesales

Las herramientas procesales se refieren a las normas o guías existentes en Colombia que permiten realizar actuaciones y procedimientos ante las autoridades y ante las empresas.

El Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 485 - 487 establece que la inspección y vigilancia (funciones de policía administrativa) son ejercidas por los

OIT. Empleo atípico en Colombia

inspectores del trabajo, de manera que este es un punto de referencia para iniciar los procedimientos administrativos relacionados con la denuncia, investigación y decisión por razón de petición o queja de los trabajadores y las organizaciones sindicales que se originen en la violación de derechos laborales. El procedimiento debe ajustarse a lo dispuesto por el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

El Código de Procedimiento del Trabajo se aplica a las controversias que se adelanten ante los jueces laborales por razón de violaciones a la legislación laboral y se someten a un proceso judicial reglado. La participación en estos procesos requiere la intervención a través de abogado.

El documento elaborado por la OIT (2014) *Identificar Ambiguas y Disfrazadas Relaciones Laborales* es un importante instrumento de orientación para identificar formas de tercerización y fraude al contrato de trabajo.

También el documento de la OIT (2016) *El Proyecto Promoción del Cumplimiento de las Normas Internacionales del Trabajo en Colombia*, pues es una guía para comprender la situación de cumplimiento de normas. Estos dos instrumentos, aunque de origen externo, son propios del contexto colombiano y son fuente de orientación para el trabajo de evitar la tercerización laboral.

En el apéndice B se pueden observar las normas vigentes sobre los agentes tercerizadores y las formas de la tercerización ilegal y de burlas el contrato de trabajo a través simulaciones, así como las normas sobre formalización que se hallan vigentes. En el apéndice C se ve una guía de trabajo para promover las normas internacionales del trabajo, que pueden ser útiles en la actividad de eliminación de la tercerización laboral y la

OIT. Empleo atípico en Colombia

consolidación del trabajo decente. La guía completa se puede obtener de la página del Ministerio del Trabajo.

Acudir a los Recursos Administrativos y Judiciales

Los trabajadores y las organizaciones pueden acudir a las autoridades administrativas del Estado para denunciar actividades ilícitas en la contratación laboral, para solicitar investigaciones en uso del derecho de petición, actuaciones en las que tienen derecho a participar. Las autoridades del Ministerio del Trabajo actúan como policía administrativa y, en esa condición, no sólo realizan la investigación si no que, de encontrar anormalidades deben tomar la decisión de sancionar económicamente al empleador infractor y de impulsar los procesos de formalización laboral cuya competencia es de los Directores Territoriales del Trabajo.

La actuación de la administración para los efectos cuenta con el Manual del Inspector del Trabajo. El Ministerio del Trabajo elaboró una *Cartilla sobre Capacitación para el Fortalecimiento de la Inspección del Trabajo* (2014) construida con el apoyo de la OIT y en la que se observa la pertinencia del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el trámite de quejas y demás actuaciones administrativas (ante los funcionarios del Ministerio del Trabajo).

Estar en capacidad de hacerlo (participar en los procedimientos administrativos) o buscar la asesoría pertinente deben ser acciones a tener presente, y usar, con el fin de actuar en los escenarios propicios y en los más amplios y de mayores posibilidades de lograr la eliminación de la tercerización ilegal e injusta.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Experiencias

Los compañeros que laboran en el sector de la electricidad afiliados al Sindicato de Trabajadores de la Energía de Colombia (Sintraelecol) y los del sector de la palma de aceite (Sintraproaceites) tienen experiencia en esos trámites y deberían, en acciones de solidaridad, apoyar a los compañeros que no lo han hecho y lo requieren. Del sector de transporte aéreo la Asociación Nacional de trabajadores del Sector Aéreo y de Servicios Aeroportuarios – ANTSA, la Asociación Sindical de Trabajadores de Operaciones Terrestres del Sector Aéreo Colombiano – ASTOPTSAC y el Sindicato de los Trabajadores del Transporte Aéreo Colombiano, SINTRATAC, tienen experiencia reciente sobre el tema de la formalización de trabajadores tercerizados ilegalmente.

Cuentan con este tipo de experiencias también la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios (Aceb), la Escuela Nacional Sindical (ENS), de manera que pueden ser implementados y, en lo posible, concentrados o coordinados por organizaciones de segundo y tercer grado para hacerlos más eficientes y económicos.

Acciones Judiciales

En cada caso deberá determinarse el uso de acciones judiciales nacionales que conduzcan al logro del propósito medular de imponer el trabajo decente. Se puede tratar de acciones que requieran de un profesional en Derecho y por ello no se amplía, aunque debe subrayarse que es necesario mirar su pertinencia en cada caso.

Merece especial consideración la opción de acudir a la acción constitucional de tutela en la cual se han producido decisiones importantes en la función de revisión y unificación que realiza la Corte Constitucional sobre la base de las decisiones que producen todos los jueces en sede constitucional, quienes conocen en primera instancia las peticiones

OIT. Empleo atípico en Colombia

de tutela y en el trámite de la impugnación ante los superiores del juez ante quien se solicita originalmente la tutela de los derechos fundamentales.

La acción de tutela es una herramienta de especial importancia y debe ser usada con el mejor criterio para que sea eficiente y para no convertirla en objeto de modificación o eliminación.

La Acción Política

Todo lo anterior implica una acción política, esto es de ejercicio de poderes en distintos niveles. Pero también podrían existir formas de acción política que por su impacto deberían ser ejercidas por las centrales sindicales, las organizaciones de segundo y tercer nivel, como la intervención cuando se discuten proyectos de normas que afecten a los trabajadores, en el Congreso de la República y en otras instancias.

Los compañeros de Sintraelecól, por ejemplo, lograron que la Asamblea del Departamento de Santander citara a la Empresa de Energía Eléctrica a un debate sobre las anormalidades denunciadas por los trabajadores, entre ellas la tercerización ilegal.

La denuncia de irregularidades por razón de la tercerización, la denuncia por violaciones a la ley, las comunicaciones al más alto nivel de la administración del trabajo y al Congreso de la República son acciones que no solo se deben efectuar, también es indispensable comunicar esas acciones a los compañeros trabajadores y a la comunidad en general para que estén en conocimiento de ellas y para que, llegado el caso, ellos participen del diálogo social y de otros mecanismos de defensa de los derechos laborales. La comunicación es un acto de solidaridad y fortalecimiento de las capacidades colectivas para que hacer pleno el derecho al trabajo decente.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Asesorías

En un contexto complejo, como el que existe, es necesario considerar las ayudas externas en temas que pueden ser necesarias para la buena gestión de las organizaciones; entre ellas están seguramente en primer lugar la asesoría jurídica; también la asesoría económica para el estudio de factores de contratación colectiva, porque los trabajadores deben llegar a las negociaciones con información confiable sobre las condiciones económicas de las empresas y sus posibilidades de mejoramiento para los trabajadores; otras asesorías y recursos humanos, materiales y técnicos pueden ser necesarios en asuntos de comunicaciones (diseño de página web, diseño de documentos y otras formas de comunicación, así como equipos ofimáticos).

OIT. Empleo atípico en Colombia

Actuaciones administrativas inmediatas

Se exponen aquí actuaciones realizables con mayor prontitud para darle cara a la tercerización ilegal y procurar respuesta eficaz, es decir, para hacer que las relaciones laborales irregulares se conviertan en relaciones regladas por las normas del Código Sustantivo del Trabajo: trabajo decente.

Verificación de relaciones fraudulentas

Las normas actuales, y las preocupaciones individuales y sindicales, han venido dando más amplio tratamiento a las relaciones tercerizadas dentro del mundo en que se desarrolla el fraude al contrato de trabajo. Pero con la afinación de normas y de procedimientos para limitar su campo de acción y sancionar las violaciones a las normas, es posible que se haya desatendido un poco el fraude laboral por otros medios que se han tratado antes (empresas y entidades formales que realizan directamente el fraude), pero que conviene tener en cuenta para procurar la vigencia del empleo decente.

Los mecanismos que se indican enseguida pueden ser aplicados a todo el conjunto de defraudaciones laborales.

Normas sustanciales vigentes

Para los efectos de la tercerización irregular básicamente se hallan vigentes la Ley 1429 de 2010 (especialmente el artículo 63 que trata la prohibición de tercerización por las cooperativas y las precooperativas de trabajo asociado), de ella se desprenden las que siguen: “Capítulo 2; de la inspección y vigilancia y control sobre la tercerización laboral.” La Ley 1610 de 2013 que regula aspectos de la inspección, vigilancia y control, la definición de formalización laboral y el procedimiento para realizarla. Y la Resolución 5670 de 2016 (válida de estudiar desde la motivación). El artículo 7 de la Ley 1233 de

OIT. Empleo atípico en Colombia

2008, reitera la prohibición de tercerización a las Cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y es útil para apoyar la verificación de la tercerización ilegal en caso de que sea practicada por alguna de ellas.

Para otras personas y entidades comerciales y civiles las normas son: Ley 10 de 1991 que regula Empresas Asociativas de Trabajo; Ley 222 sobre empresas unipersonales, Ley 1258 que creó y reguló la Sociedad por Acciones Simplificadas, SAS; Decreto 722 de 2013 reglamentario de las agencias de empleo; normas sobre contratos civiles regulados a partir del artículo 1494 y comerciales regulado por el Código de Comercio desde el artículo 1494.

Es procedente reiterar que las entidades y contratos referidos en el párrafo anterior no son ilegales, pues forman parte de la legislación colombiana para cada espacio de actividades. Se traen a este trabajo porque a su amparo se defrauda el contrato laboral en distintas proporciones, es decir, que pueden dar lugar a defraudar el contrato de trabajo para una persona o varias. El asunto es que la irregularidad exista y que esa irregularidad se pueda demostrar.

Titulares del contrato de trabajo y de la facultad de denunciar su incumplimiento

Los trabajadores y trabajadoras, y las organizaciones sindicales a que se hallen afiliados son titulares de los derechos que se derivan de las normas sobre el contrato de trabajo e igualmente están habilitados para exigir su cumplimiento. Dentro de esa habilitación está la de acudir a las autoridades para que verifiquen las violaciones, apliquen los correctivos y para suscribir los acuerdos de formalización laboral.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Normas de policía administrativa

Las normas de policía administrativa del Ministerio del Trabajo y complementarias, y las de procedimiento que citan en este capítulo están relacionadas en el apéndice B de esta guía.

El Código Sustantivo del Trabajo dispone (artículo 485) que las autoridades del Ministerio del Trabajo, según lo disponga el gobierno, son las encargadas de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas del mismo código y el artículo 486 otorga a esas autoridades la calidad de autoridades de policía administrativa.

La Resolución 2272 de 2012 “Por la cual se establecen los mecanismos para el desarrollo de Acuerdos de Formalización Laboral por parte de las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo.”

Como guía de todo el procedimiento se pueden consultar: *Guía para el Procedimiento Sancionatorio Laboral* (OIT, 2013) y el *Compendio del programa de capacitación para el fortalecimiento de la Inspección del Trabajo en Colombia*. Elaborado por el Ministerio del Trabajo con el apoyo de la OIT (2014).

A su vez la Resolución 5670 de 2016 define el concepto de tercerización laboral y dispone las verificaciones a realizar para establecer los casos de intermediación ilegal de trabajadores. Reitera la competencia de los Directores Territoriales del Trabajo como funcionarios que conocen de las solicitudes de investigación, el trámite y las consecuencias que acarrea la violación a las normas laborales en la tercerización.

El procedimiento administrativo laboral

La facultad para acudir ante las autoridades administrativas (para el caso las autoridades de policía del Ministerio del Trabajo) se encuentra en el artículo 23 de la

OIT. Empleo atípico en Colombia

Constitución Política de Colombia y desarrollado su ejercicio en el artículo 5 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y en el artículo 13 y siguientes, entre ellos el artículo 16 que dispone el contenido de las peticiones, es decir, cuales elementos constituyen una petición y que deben ser cumplidos por quien presenta la petición.

El procedimiento que deben aplicar los funcionarios de policía del Ministerio del Trabajo es el establecido por el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a partir del artículo 34 y siguientes del mismo código (Título III, capítulo I). En el evento de fraude al contrato de trabajo la infracción da lugar a un procedimiento sancionatorio, en cuyo caso se aplican los artículos 47 y siguientes de la misma codificación (capítulo III).

Las decisiones que se adopten en estos procesos son susceptibles de recursos en caso de no estar de acuerdo con ella, para lo cual debe irse a los artículos 74 y siguientes (capítulo VI) del código de referencia en este aparte. Los recursos procedentes son: reposición ante el funcionario que resuelve el asunto inicialmente, y el de apelación, ante el funcionario funcionalmente superior de aquel.

Los trabajadores y las organizaciones a que se encuentren afiliados tienen el derecho de participar en los trámites que se den a las peticiones y a impugnar las decisiones. En caso de designar apoderado éste tiene las mismas facultades dentro de la actuación administrativa.

Acción de tutela en caso de demora

El derecho de petición que se encuentra en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, es un derecho fundamental y, en consecuencia, los funcionarios públicos están en el deber de dar respuesta, o adelantar el trámite previsto en las leyes, para arribar a

OIT. Empleo atípico en Colombia

una decisión que resuelva la petición a fondo (la violación, o no, de las leyes laborales, en lo que tiene que ver con este documento).

Se informó que algunas veces los funcionarios no atienden las peticiones de los trabajadores sobre el fraude al contrato de trabajo oportunamente, o definitivamente no impulsan las diligencias correspondientes. Cuando esto ocurre, procede acudir al mecanismo de la acción de tutela constitucional, para que la autoridad judicial ordene al funcionario respectivo adelantar la diligencia y/o tomar la decisión que corresponda.

La solicitud de tutela puede ser presentada por el trabajador o trabajadores afectados o por la organización sindical a la que esté o estén afiliados, pues la jurisprudencia ha reconocido claramente que las organizaciones sindicales pueden representar plenamente a sus filiados mediante este mecanismo excepcional (Corte Constitucional, 2015, Sentencia de Tutela 069).

Instancia internacional

Se ha venido abriendo espacio acudir ante las autoridades de derechos humanos en América, para acceder al reconocimiento de los derechos establecidos en los pactos Internacionales e interamericanos, entre los cuales se encuentra el derecho al trabajo y amparados en el principio de progresividad de los derechos sociales y económicos.

El asunto debe considerarse de esta forma. La convención Americana de Derechos Humanos (artículo 26) y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2) mandan que el reconocimiento de estos derechos debe hacerse en forma progresiva, es decir, que no válido desmejorarlos, si no, por el contrario, mejorarlos, que es en lo que consiste la progresividad.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Lo anterior indica que los derechos reconocidos por esos instrumentos deben ser efectivos y además deben ser mejorados, no desmejorados.

Para hacerlos efectivos fue creado el sistema interamericano de derechos humanos integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como una primera instancia que verifica y promueve su cumplimiento, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que falla como juez, es decir, que sus decisiones son de obligatorio cumplimiento.

El sistema no ha sido utilizado de manera amplia porque implica gastos y desplazamientos que no toda persona puede sufragar y realizar, pero es un conjunto de acciones para la defensa de los derechos humanos que se debe considerar en el caso extremo de que las decisiones internas de los jueces sean contrarias a los pactos o cuando su actuación sea excesivamente prolongada y conduzca a la negación de justicia.

Alerta permanente

Ante la magnitud del fenómeno del fraude al contrato de trabajo, los trabajadores y trabajadoras, así como las organizaciones sindicales, deben estar en permanente verificación de que las decisiones que se dicten en su favor se cumplan y que la vigencia del empleo decente permanezca.

OIT. Empleo atípico en Colombia

Apéndice A. Principales convenios de la OIT

PRINCIPALES CONVENIOS DE LA OIT APLICABLES PARA SUPERAR LA VINCULACIÓN FRAUDULENTE DE TRABAJADORES

Fundamentales

Número	Descripción
C087	Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación
C098	Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva
C100	Convenio sobre igualdad de remuneración
C111	Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)

De gobernanza (prioritarios)

Número	Descripción
C081	Convenio sobre la inspección del trabajo
C129	Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura)
C144	Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo)

Técnicos

Número	Descripción
C011	Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura)
C012	Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura)
C017	Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo
C018	Convenio sobre las enfermedades profesionales
C019	Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo)
C024	Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria)
C025	Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura)
C026	Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos
C052	Convenio sobre las vacaciones pagadas
C088	Convenio sobre el servicio del empleo
C095	Convenio sobre la protección del salario
C101	Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura)
C116	Convenio sobre la revisión de los artículos finales
C144	Convenio sobre el tripartismo
C151	Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública
C154	Convenio sobre la negociación colectiva
C159	Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo
C160	Convenio sobre estadísticas del trabajo
C161	Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo
C167	Convenio sobre seguridad y salud en la construcción
C174	Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores
C181	Convenio sobre las agencias de empleo privadas
C189	Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos

OIT. Empleo atípico en Colombia

Apéndice B. Marco legal colombiano

MARCO LEGAL COLOMBIANO

Año	L	Norma D	R	Descripción
1990	10			Sistema Nacional de Salud
1990	50			Código Sustantivo del Trabajo
1990	60			Sector Público
1991		1127		Contratos de Trabajo
1991	10			Empresas Asociativas de Trabajo
1993	100			Sistema de Seguridad Social Integral
1994		1194		Juntas Directivas de Sindicatos
2000	584			Derechos de Asociación y Registro Sindical
2002	789			Apoyo al Empleo y Ampliar la Protección Social y Ref. al C.S.T
2002	790			Fusión de Entidades u Organismos Nacionales y de Ministerios
2006		4396		Empresas de Servicios Temporales
2008	1233			Seguridad Social y Otros
2010	1429			Formalización y Generación de Empleo
2011		4108		Reestructuración del Ministerio de Trabajo
2011		545		Estímulos a Empresarios
2011		2025		Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado
2011	1444			Escinde Ministerios y Otorgan Facultades al Presidente
2012			2272	Acuerdos de Formalización Laboral
2014		567		Red Nacional de Formalización Laboral
2013	1610			Inspección de Trabajo y Acuerdos de Formalización laboral
2014		2548		Información Financiera
2014			810	Registro Sindical
2015		1072		Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo
2016		583		Modifica el Decreto 1072 de 2015 y Otros
2016	1780			Promoción de Empleo y Emprendimiento Juvenil
2016			5670	Lineamientos de la inspección y vigilancia (tercerización y T.D.)

L = Ley D = Decreto R = Resolución T.D. = Trabajo Decente

OIT. Empleo atípico en Colombia

Apéndice C. Herramientas técnicas para promover la formalización laboral

OIT (2014) *Guía para el procedimiento sancionatorio Laboral* (OIT, 2014). Se puede recuperar de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/genericdocument/wcms_495317.pdf

Ministerio del Trabajo-OIT (2014) Consultar el *Compendio del programa de capacitación para el fortalecimiento de la Inspección del Trabajo en Colombia*. Se puede recuperar de <https://www.google.com.co/#q=Compendio+del+programa+de+capacitaci%C3%B3n+para+el+fortalecimiento+de+la+Inspecci%C3%B3n+del+Trabajo+en+Colombia.>

HERRAMIENTAS TÉCNICAS PARA PROMOVER LA FORMALIZACIÓN LABORAL

Item	Herramienta	Descripción
1	Cartilla ABC sobre Acuerdos de Formalización Laboral	Socialización de los beneficios y pautas de adherirse a un AFL.
2	Estudio de Acuerdos de Formalización Laboral	Recoge las recomendaciones y los desafíos que se han identificado para implementar de manera exitosa los AFL.
3	Check-list para Identificar Actividades Misionales Permanentes	Lista de documentos y preguntas claves que permiten identificar “las actividades misionales permanentes” o las actividades esenciales de las unidades beneficiarias.
4	Check-list para Identificar Ambiguas y Disfrazadas Relaciones Laborales	Lista de documentos y preguntas claves para establecer la subordinación y la dependencia de una unidad beneficiaria y una unidad proveedora.
5	Mapa de Procesos	Metodología que ayuda visualmente a determinar dentro de los procesos de producción las “actividades misionales permanentes” o las actividades esenciales de las unidades beneficiarias.
6	Mapeo de Contratación	Metodología diseñada para detallar visualmente las relaciones de contratación y de propiedad entre las unidades beneficiarias y las unidades proveedoras.

Nota: Fuente: OIT.