

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La incidencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América en la normatividad de las Cooperativas de Trabajo Asociado en Colombia

Katerine BERMÚDEZ ALARCÓN*

RESUMEN: Colombia, debido a la necesidad de contar con un tratado de libre comercio con Estados Unidos realizó de manera paulatina algunas reformas a su legislación laboral, con miras a lograr la ratificación del Tratado de Libre Comercio (TLC) por parte del Congreso de este país. Dentro de dichas reformas, uno de los asuntos que más trabajó el Estado colombiano fue lo relacionado con las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), las cuales en la práctica venían utilizándose indebidamente para permitir la contratación indirecta de trabajadores y ocultar al verdadero empleador, por lo cual, las reformas se encaminaron a limitar su marco de acción, sancionar a quienes incurrieran en estas conductas y promover la formalización laboral a través de la condonación de multas a cambio de una contratación directa del trabajador, sin que esto por sí solo haya logrado una solución de fondo al problema de la subcontratación viciosa para hacer fraude al contrato de trabajo y a las garantías de los trabajadores.

Palabras clave: Libre comercio, Contratación indirecta, Cooperativas de Trabajo Asociado, Reglamentación del Ejecutivo.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. La legalidad de la contratación indirecta en Colombia. 3. La situación particular de las CTA. 4. La reforma hecha a la legislación sobre las CTA mediante el Decreto 2025 de 2011. 5. Nulidad de varias disposiciones del Decreto 2025 de 2011. 6. Epílogo. 7. Bibliografía.

* Abogada, especialista en derecho del trabajo y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Directora del Centro de Investigaciones Laborales del Departamento de Derecho Laboral de la misma Universidad.

The incidence of the Free Trade Agreement in the regulations of the worker cooperatives in Colombia

ABSTRACT: Colombia, due to the need to have a free trade agreement with the United States, gradually made some reforms to its labor legislation, in order to achieve the ratification of the Free Trade Agreement by the Congress of this country. Within these reforms, one of the most relevant issues for the Colombian State, was related to the worker cooperatives, which in practice had been used improperly to allow the indirect hiring of workers and hide the true employer, for which, the reforms were directed to limit its framework of action, punish those who incurred in these behaviors and promote formalization of labor contracts through the forgiveness of fines in exchange for a direct hiring of the worker, without this was not enough to achieve a decision on the substance of the problem of the vicious subcontracting to make fraud to the work contract and to the guarantees of the workers.

Key Words: Free Trade Agreement, indirect contracting, worker cooperatives, Executive Regulation.

1. Antecedentes

Con el *Andean Trade Preference Act* -ATPA- de 1991, enmendado por el *Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act* -APTDEA- de 2002, Colombia venía recibiendo desde 1991 unas preferencias arancelarias por parte de su principal socio comercial, los EE.UU., que le permitían exportar al mercado de ese país, más de 6000 partidas de productos colombianos sin pagar arancel¹.

A raíz de los cambios en la política comercial de los EE.UU., con la llegada al gobierno de George W. Bush, este país le anunció a Colombia que empezaría a promover la suscripción de tratados de libre comercio con varios países, entre ellos los Andinos y las preferencias arancelarias que se les venían dando a través del APTDEA, finalizarían a finales de 2006².

Ante ese escenario, Colombia inició la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos³ en 2004, con el objetivo de permitirles a los empresarios colombianos conservar las ventajas arancelarias que estaban en riesgo de perderse, así como ampliar el número de partidas con que se contaba y con ello, las exportaciones a ese país, para así crecer en un punto anual en la economía del país y reducir en dos puntos en la tasa de desempleo, en un período de cinco años⁴.

Pocos imaginaban que la negociación del TLC entre los dos países fuese a tener tantas dificultades para ser aprobado y mucho menos que esas dificultades tuvieran que ver con los asuntos laborales de Colombia. De hecho el tratado se firmó el 22 de noviembre de 2006, tuvo una modificación por unas exigencias de EE.UU. en junio de 2007, fue ratificado por EE.UU. en octubre de 2011 y entró en vigencia en mayo de 2012⁵, tiempo durante el cual, la vigencia del APTDEA se amplió en seis

¹ SICE, *Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, resumen*, p. 5 consultado en http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/Studies/COLResumen_s.pdf.

² Procolombia, *Aptdea*, disponible en <http://tlc-eeuu.procolombia.co/abc-del-tlc/atpdea>.

³ Estas negociaciones eran en conjunto con Perú y Ecuador, y Bolivia participaba en calidad de observador y cada país tendría su propio TLC con EE. UU. Ecuador se retiró en 2006 y no siguió negociando, Bolivia fue excluida del acuerdo porque EE.UU. consideró que no había cumplido sus compromisos en la lucha contra el narcotráfico y Perú firmó el tratado en 2006 y entró en vigencia y fue implementado en febrero de 2009.

⁴ Ministerio de Comercio, *Exportaciones, empleo y PIB, mayores crecimientos en TLC con Estados Unidos*, 8 de abril de 2011, consultado en http://www.mincit.gov.co/publicaciones/18038/exportaciones_empleo_y_pib_mayores_crecimientos_en_tlc_con_estados_unidos.

⁵ http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/COL_USA_s.ASP.

oportunidades.

Las razones laborales por las cuales los demócratas del Congreso de los EE.UU. se opusieron durante varios años a la ratificación del tratado tenían que ver con la violación de derechos humanos de los líderes sociales, entre ellos los sindicalistas, los mecanismos de contratación de personal que desincentivaban la afiliación a sindicatos, particularmente las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), la ineficacia de varias normas laborales y la debilidad del sistema de inspección del trabajo, entre otros asuntos⁶, de los cuales este artículo hará referencia al segundo, pues durante el proceso de negociación del tratado se hicieron varias reformas a la legislación relacionada con las cooperativas de trabajo asociado, que aportaron a la ratificación, pero hoy se evidencian retrocesos, como se explica más adelante.

Para explicar esta situación, este artículo empieza por mencionar las formas legales que permiten la contratación de trabajadores de manera indirecta, luego se hace referencia a una en particular, las Cooperativas de Trabajo Asociados que fueron las más cuestionadas en los últimos años y sobre las que exigió EE.UU. a Colombia que se les hiciera más control, por esto a continuación se expone la reglamentación que hizo el Gobierno colombiano para limitar su uso ilícito como parte de los compromisos del Plan de Acción Laboral para lograr la ratificación del TLC y por último, se menciona lo que sucedió con esa reglamentación cuando se revisó su legalidad por parte del órgano judicial competente.

2. La legalidad de la contratación indirecta en Colombia

En Colombia hay varias figuras legales que permiten la contratación indirecta de trabajadores, entendiéndola esta como aquella contratación que hace una empresa para que otra empresa u otra persona le preste un servicio, le produzca bienes o incluso le provea mano de obra y a las cuales, la doctrina también identifica con el término subcontratación⁷.

Esas figuras se encuentran en distintas fuentes normativas y a fin de contextualizar sobre su alcance, en la tabla a continuación se indica lo relevante de cada una de ellas:

⁶ Bermúdez A., K. y otros, *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales, capítulos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 210-211.

⁷ Sánchez Castañeda, A., Reynoso Castillo, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global, estudio de legislación comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 7.

Figura y fuente legal	Concepto
<p><i>Contratista independiente</i></p> <p>Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo</p>	<p>Corresponde a aquellas personas naturales o jurídicas que prestan un servicio, ejecutan una obra o producen un bien con sus propios recursos, entre ellos sus trabajadores, actúan con autonomía técnica, directiva y administrativa y asumen los riesgos de su actividad. En la práctica estas figuras se conocen como un típico outsourcing.</p>
<p><i>Contrato sindical</i>⁸</p> <p>Artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo</p>	<p>Es una forma de contratación colectiva, mediante la cual el sindicato contrata con un empleador la ejecución de obras o la prestación de servicios a través de sus propios afiliados, lo cual es bastante particular, pues la reglamentación de la figura ha referido a que los trabajadores no tienen un contrato de trabajo ni con el sindicato ni con el empleador, estos trabajadores simplemente ostentan la calidad de afiliados y se rigen por el reglamento que la asamblea del sindicato dicte cada vez que se obtiene un contrato sindical</p>
<p><i>Empresas de servicios temporales</i></p> <p>Artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y artículo</p>	<p>Suministran personal en misión a empresas usuarias, para que adelanten labores temporales. Son verdaderos empleadores, aunque delegan en la empresa usuaria la subordinación sobre el trabajador en misión. Este tipo de servicios solo lo</p>

⁸ Esta figura ha sido cuestionada por la doctrina y los mismos trabajadores en la medida que no se dan las garantías del contrato de trabajo y en la forma en que se prestan los servicios puede haber una verdadera subordinación entre el trabajador y el sindicato o incluso entre el trabajador y el empleador que contrató al sindicato. En el informe de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia -CUT- a la 106ª Conferencia de la OIT, enviado el 5 de junio de 2017 al Director General de la OIT, esta confederación sindical manifestó: “En Colombia se permite el Contrato Sindical, para la prestación de servicios de personal (tercerización) por medio de organizaciones sindicales, para los trabajadores que laboran mediante esta figura no es posible el derecho a la negociación colectiva porque con la empresa que prestan sus servicios no tienen vínculo alguno de forma tal que no pueden adelantar con ésta conflicto colectivo y, con el sindicato que intermedia su labor, no tienen vinculación laboral sino una supuesta afiliación sindical, así que tampoco pueden adelantar con éste una negociación colectiva”. <https://cut.org.co/informe-general-a-la-106-conferencia-oit-de-la-situacion-de-derechos-laborales-en-colombia/>.

2 del Decreto 4369 de 2006	pueden ofrecer empresas autorizadas para ello por el Ministerio del Trabajo. La duración del vínculo del trabajador en misión no puede ser superior a un año, después de este tiempo la usuaria no puede contratar ese mismo servicio con la misma u otras empresas de servicios temporales.
<i>Simple intermediario</i> Artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo, artículo 95 de la Ley 50 de 1990 y artículo 32 del Decreto 722 de 2003	La norma lo concibe bajo dos ópticas. La primera, es la labor de intermediación de empleo, es decir, la contratación de trabajadores en beneficio y por cuenta de un patrono, con quien se suscribe el contrato de trabajo. La segunda óptica obedece a la consecuencia de contratar de manera indirecta para ocultar un contrato de trabajo realidad, en ese caso, lo que prevé el Código Sustantivo del Trabajo, es que se consideran simples intermediarios, así aparezcan como empresarios, las personas que coordinan o agrupan los servicios de trabajadores para trabajar a favor de un empleador con sus equipos, maquinarias, en sus locales y en actividades que son ordinarias, inherentes o conexas del mismo.
<i>Cooperativas de trabajo</i> Artículos 59 y 70 de la Ley 79 de 1988 y artículo 4588 de 2006	Son entidades del sector solidario, sin ánimo de lucro, en las cuales se asocian personas que aportan económicamente, también son trabajadores y gestores de la empresa, ellas vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. Su objetivo es generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

Estas figuras han operado en el ordenamiento laboral colombiano en función de lo que requieren quienes las contratan y en algunas oportunidades han servido para disfrazar verdaderas relaciones de trabajo directas, ante lo cual, el trabajador afectado puede acudir a la jurisdicción laboral para que se declare quién es su verdadero empleador y reclamar los derechos que este le haya vulnerado.

De estas figuras, la CTA tuvo un auge exponencial desde inicios de este siglo, pasando de 37.048 asociados en 572 CTA en 2000, a 378.933 asociados en 2.982 CTA en 2005 y a 610.526 afiliados en 4.307 CTA en

2010⁹, lo cual generó suspicacias sobre la verdadera vocación de asociatividad de los trabajadores y las razones por las cuáles se estaba contratando a través de ellas servicios, obras o producción de bienes.

3. La situación particular de las CTA

El argumento que se dio para explicar el auge de las CTA fue que estas eran tablas de salvación para las empresas que estaban cercanas a un cierre, pues permitían continuar con fuentes de empleo estable y con los beneficios tributarios propios de las entidades del sector cooperativo¹⁰.

Sin embargo, esta no era una opinión unánime, pues en la práctica se evidenciaba que estas se constituían para organizar mano de obra subordinada de una empresa cambiando el vínculo de empresa-asalariado a cliente-asociado, sin variaciones de orden productivo, organizacional o jerárquico, en tanto estos trabajadores no tenían vocación de autogestión o autogobierno, no eran dueños de los medios de producción, no adherían voluntariamente a las CTA y ni siquiera sabían qué derechos tenían como asociados; además, los sindicatos y los trabajadores denunciaban que esta figura servía para dificultar la acción sindical, disminuir los costos laborales¹¹ y flexibilizar los despidos de los trabajadores.

El auge de las CTA coincide con el período de negociación del TLC entre Colombia y los Estados Unidos, en los dos períodos presidenciales de Álvaro Uribe y el primero de Juan Manuel Santos, tiempo en el que los sindicatos colombianos denunciaron ante la OIT que los empresarios estaban aplicando esa figura como un mecanismo de contratación que impedía el libre derecho de asociación sindical, el derecho de presentar pliegos de peticiones y el derecho de huelga, respecto a lo cual el Gobierno colombiano respondía que sólo los empleadores y trabajadores vinculados mediante un contrato de trabajo estaban facultados para constituir sindicatos, pues “las demás personas que desarrollan actividades que no se derivan de un contrato de trabajo pueden organizarse en otra

⁹ CONFECOOP, *Desempeño sector cooperativo colombiano*, años 2000, 2005 y 2010, consultados en <http://confecoop.coop/informes-anuales/informes-anuales/>.

¹⁰ Arenas Gallego, E., Piedrahita Vargas, C. y Plata López, J.M., “Marco Jurídico de las Cooperativas de Trabajo Asociado”, *Opinión Jurídica*, vol. 6, n. 11, enero-junio de 2007, Medellín, Universidad de Medellín, p. 35.

¹¹ Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, *Las cooperativas de trabajo asociado en Colombia*, Boletín n. 10, diciembre de 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 17.

clase de asociaciones” y que los trabajadores de las cooperativas tiene su propia organización para la defensa de sus derechos que es la Confederación Nacional de Cooperativas¹².

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical le indicó al Gobierno colombiano que en virtud de lo previsto en el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, los empleadores y trabajadores sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, lo que incluye no solo al trabajador dependiente sino al independiente o autónomo, por lo que consideró que los trabajadores de las CTA podían constituir sindicatos y le pidió que tomara las medidas para modificar la legislación en este sentido¹³.

Los sindicatos colombianos emprendieron en asocio con la AFL-CIO una estrategia que fue muy eficaz, consistente en hacer lobby ante los congresistas del partido demócrata de los Estados Unidos para que le exigieran al Gobierno colombiano cambios en la legislación para que estas figuras no afectaran los derechos de los trabajadores. Por ello, el Gobierno inició una serie de reformas desde 2006.

En primer lugar, se profirió el Decreto 4588 de 2006 para reglamentar la organización y el funcionamiento de las CTA. Este Decreto hace explícitas varias consideraciones respecto a las CTA, que eran obvias por tratarse de entidades del sector cooperativo como, por ejemplo, que no tienen ánimo de lucro, que sus asociados son personas naturales que a la vez son gestores, aportantes económicos y aportes de trabajo, que se constituyen para generar y mantener trabajo para sus asociados, que deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios de producción y demás medios de trabajo, que no les aplican las normas de la legislación laboral sino la legislación cooperativa y solidaria, junto con los estatutos de la CTA en cuanto a compensaciones y régimen de trabajo asociado, que la afiliación a la CTA es libre y voluntaria, y que les está prohibido actuar como empresas de servicios temporales o como empresas de intermediación laboral, pues en caso que esto suceda, el contratante, la CTA y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado, entre otras.

De dicho Decreto es importante destacar este último punto, pues el Gobierno consideró que al establecer que las CTA tenían prohibido actuar como simples intermediarios o como EST, fijando solidaridad entre

¹² OIT, *Seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración*, Informe núm. 335, noviembre 2004, caso 2237, Colombia, consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907475#.

¹³ *Ibidem*.

quienes actuaban por parte de la CTA, la CTA misma y el contratante se controlaría el problema, sin embargo, esto no tuvo mayor impacto porque en el caso de que el trabajador considerara que la CTA a la que estaba afiliado realmente lo que estaba haciendo era una intermediación laboral o un suministro de personal, debía acudir al juez laboral e iniciar un proceso laboral para que se declarara un contrato de trabajo realidad con el contratante, lo cual por sí solo no fue disuasivo para quienes burlaban la contratación directa a través de las CTA, pues sabían que muchos trabajadores prefieren no demandar mientras se les permita continuar trabajando y por ello, el número de afiliados ni de CTA's no se redujo a partir de dicho Decreto y por el contrario, este continuó creciendo.

En segundo término, el Gobierno decidió adelantar un proyecto de ley por el cual las cargas tributarias de las CTA fueran superiores y con ello, no tuvieran tanta ventaja competitiva frente a las empresas contratistas con ánimo de lucro, que asumían un aporte parafiscal del 9% del valor de la nómina mensual de los salarios de sus trabajadores con destino a las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje. Como consecuencia de esta iniciativa, el Congreso expidió la Ley 1233 de 2008 que estableció, además de una contribución especial consistente en que las CTA también pagarían un 9% sobre las compensaciones ordinarias y extraordinarias de sus afiliados, que estas debían pagarle como mínimo el salario mínimo a sus afiliados salvo los pagos proporcionales en función del tiempo laborado, asumir la afiliación y aportes a la seguridad social, reiteró la prohibición de hacer intermediación o suministro de personal y agregó que la potestad de disciplinar sobre los asociados a la CTA no podía estar en cabeza del contratante, pues si esto sucedía se configuraba de manera automática un contrato de trabajo realidad.

El problema de dicha ley, fue que en el Congreso durante el trámite legislativo de dicho proyecto decidieron agregar un artículo que no estaba previsto en lo que presentó el Gobierno y consistió en una excepción al pago de la contribución especial del 9% para aquellas CTA cuya facturación anual no excediera de 435 salarios mínimos legales vigentes, es decir, si no tenían ese monto de facturación, se les exoneraba de pagar la contribución., con lo cual, la intención del Gobierno quedó anulada en la medida que lo que sucedió es que las CTA se fragmentaron para reducirse en tamaño, disminuir su facturación y no tener que pagar el 9% de la contribución especial, pero a la vez aumentaron en número de CTA para poder continuar prestando los servicios que ya tenían con sus terceros contratantes.

En los dos gobiernos de Álvaro Uribe no se logró la ratificación del TLC

por el Congreso de los EE.UU. y por ello, el Gobierno de Juan Manuel Santos en el trámite de un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria para la formalización y generación de empleo, incluyó un artículo en el cual se daba un plazo de un año para que las CTA se liquidaran y disolvieran, pero en el trámite ante la plenaria del Senado¹⁴, dicho artículo fue modificado y terminó como el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que consagró:

Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero¹⁵ de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

Parágrafo transitorio. Esta disposición entrará en vigencia a partir del primero (1o) de julio de 2013.

El texto del artículo en general es desafortunado porque su redacción deja a la interpretación del lector lo que es una actividad misional permanente, expresión que nunca había estado en una ley anterior, así como no es claro porqué exige que lo misional permanente no se contrate con CTA que hagan intermediación laboral, cuando está claro que ellas no están para hacer intermediación, entonces, queda la duda de si lo que quiso

¹⁴ Gaceta del Congreso, Proyecto de Ley 187 de 2010 Senado, 057 de 2010 Cámara, Gaceta 1119 de 22 de diciembre de 2010.

¹⁵ Véase http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1233_2008.html#1.

decir el primer párrafo es que si una CTA obra conforme a la ley, es decir, actúa con autonomía, autogestión, autogobierno y autodeterminación, ¿pueden ser contratadas para cumplir con el objeto misional de una empresa o entidad? O si ¿se debe entender que cuando una CTA cumple una actividad misional permanente de una empresa, es una forma de intermediación y por ello, está prohibido que hagan ese tipo de actividades?

El segundo párrafo del artículo fue demandando por inconstitucional y lo que determinó la Corte Constitucional es que sí era constitucional, pues no se partía de la mala fe de quienes contrataban con CTA sino que con la norma lo que se buscaba era evitar que se contrate a través de esta figura para hacer un fraude a la legislación laboral y garantizar a los trabajadores asociados que su retribución atienda al mínimo de condiciones que fija el Código Sustantivo del Trabajo¹⁶.

La tercera parte del artículo trajo una novedad en cuanto estableció a unas multas mucho más altas que las previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, que establecía que las sanciones que imponía la autoridad administrativa del trabajo eran hasta por 100 salarios mínimos legales vigentes y esta vez, pueden llegar hasta 5.000 salarios mínimos para las empresas o instituciones que no cumplan lo que prevé el artículo, es decir, para los terceros contratantes, mientras que para las CTA, la sanción sería su disolución y liquidación. Cabe mencionar que el Código Sustantivo del Trabajo fue reformado en el año 2013 y el valor de las multas se incrementó también hasta el tope de 5000 salarios mínimos legales vigentes¹⁷.

El párrafo transitorio, fue criticado porque era permisivo con las CTA que estuvieran violando la ley, en cuanto pese a ser intermediarias o suministradoras de mano de obra, tenían casi tres años más para seguir violando la ley antes de ajustarse a lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Sin embargo, dicho párrafo fue derogado por la Ley 1450 de 2011, a los seis meses de haberse proferido la Ley 1429 de 2010, por exigencia de los EE.UU, en el Plan de Acción Laboral, al que se hace referencia más adelante.

Es claro que el monto de las multas previsto en esta ley, junto con la causal de disolución y liquidación de la CTA, son elementos disuasivos para no burlar la contratación directa de los trabajadores y dejar de usar

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-645 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷ En 2010 el salario mínimo en Colombia era de \$510.000 pesos, que a una tasa de cambio del dólar de \$2.027,33 por dólar, la multa de 5000 SMLMV podría ir hasta US\$1.257.812.

para ello a estas cooperativas, sin embargo, ante las interpretaciones que se generaban con el primer párrafo del artículo 63, se consideró que este artículo por sí solo no era suficiente para solucionar las malas prácticas que se venían dando en contra de los derechos de los trabajadores gracias a las CTA.

4. La reforma hecha a la legislación sobre las CTA mediante el Decreto 2025 de 2011

Entonces, pese al cambio antes mencionado, el TLC seguía sin ser ratificado por el Congreso de los EE.UU., por lo cual, en abril de 2011 los Presidentes Obama y Santos suscribieron el Plan de Acción Laboral - PAL- mediante el cual el gobierno de Colombia adquirió unos compromisos en concreto y con unos plazos ciertos para hacer varios ajustes a los aspectos que en materia laboral le preocupaban a los Estados Unidos y que si se cumplían, generarían que el Presidente Obama presentara de nuevo al Congreso de su país, el TLC con Colombia para su ratificación.

Como parte de los compromisos del PAL, el Gobierno de Santos se obligó a modificar el párrafo transitorio del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, a expedir un decreto reglamentario para definir de forma “clara, amplia y suficiente” el concepto actividad misional permanente, fijar una estrategia de condonación de sanciones a quienes ocultaran contratos directos usando de manera ilegal las figuras de subcontratación a cambio de que los empleadores realizaran una contratación directa de los trabajadores afectados, establecer las presunciones de infracción por parte de las CTA a la normatividad vigente y establecer multas de mayor valor para los reincidentes a gran escala. El compromiso del Gobierno Colombiano fue elaborar el proyecto de reglamentación y trabajar con el gobierno de los Estados Unidos para “asegurar que los temas acordados se traten”, lo que implicaba enviar el borrador del proyecto de decreto a más tardar el 22 de abril de 2011 al Gobierno de los Estados Unidos¹⁸.

La reglamentación se hizo efectiva mediante el Decreto 2025 de 2011, en el cual se incluyeron todos los compromisos adquiridos en el PAL respecto a las CTA. En primer lugar, el Decreto indica que cuando el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 refiere a intermediación laboral esto se

¹⁸ Ministerio del Trabajo, *Plan de acción, Obama-Santos*, 2011, <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/asuntos-internacionales/plan-de-accion-santos-obama>.

debe entender como el envío de trabajadores en misión, que es una actividad propia de las empresas de servicios temporales y por tanto, no está permitida a las CTA (artículo 1), de igual forma prohibió que se les contratara para realizar actividades misionales permanente (artículo 2), se establecieron las conductas de las CTA y de los terceros que las contraten que serían objeto de sanción (artículo 3), se reiteró que si hacían intermediación o incurrían en las conductas prohibidas se les sancionaría tanto a las CTA como a los terceros que las contraten con multas hasta por 5000 SMLMV (artículo 4), para lo cual establecieron los parámetros bajo los cuales se fijaría la multa (artículo 9) y la forma en que se le podrían reducir o condonar (artículo 10), se previó que si las CTA actuaban como asociaciones para afiliarse colectivamente a los trabajadores a la seguridad social también serían multadas con 5000 SMLMV (artículo 5), entre otros.

Lo más relevante de esta normatividad fue lo previsto en el artículo 3 respecto a las conductas por las que podían ser sancionadas las CTA, donde expresamente se hace referencia a las prácticas evidenciadas para hacer fraude al contrato de trabajo y refieren a los siguientes asuntos:

- Cuando la persona que se afilia a la CTA no lo hace de manera voluntaria, es decir, cuando lo hace porque así se lo exigen para poderle dar un trabajo en alguna empresa o entidad.
- Cuando la CTA no tiene independencia financiera, lo que corresponde a exigir que estas tengan capacidad económica para funcionar y que, por ejemplo, no dependan de un solo cliente, que es lo que sucede cuando una empresa decide crear una CTA para contratar a través de ella a todo su personal.
- Cuando la CTA no es propietaria y no tiene la autonomía en el uso de los medios de producción o de las actividades para las que se le contrata, lo que significó que ya las CTA no podían recibir de sus clientes los medios de producción mediante un comodato o un arrendamiento, pues claramente, si eran verdaderas cooperativas no era lógico que se hubiesen constituido para prestar un servicio, ejecutar una obra o producir un bien y no tuvieran con qué hacerlo, además, una empresa que hubiera contratado a una CTA para evitarse contratar directamente a los trabajadores tendría que darle a esta la propiedad de los medios de producción para que continuara prestándole servicios, condición que por supuesto no sucedió y por tanto, por lo que optaron muchas empresas fue buscar otros mecanismos de subcontratación, pero no asumir el contrato de trabajo

- directo¹⁹.
- Cuando la CTA tenga vinculación económica con el tercero que la contrata, es decir, sus recursos existen gracias a un tercero al que le presta servicios y no por lo que ella misma ha hecho con sus afiliados.
 - Cuando quien impone reglamentos y medidas disciplinarias al trabajador asociado a la CTA no es esta, sino un tercero, lo cual podría suceder cuando el contratante ejerce una subordinación sobre esos trabajadores.
 - Cuando la CTA no tiene la autonomía para determinar las circunstancias en que cumplen las actividades sus afiliados sino que por el contrario, es el tercero contratante el que da las instrucciones que estos deben cumplir.
 - Cuando los órganos de gobierno corporativo no funcionan como legalmente corresponde, en tanto los trabajadores asociados a la CTA son los que deben tomar las decisiones al interior de esta y no un tercero; de igual forma, son aquellos los que deben determinar qué hacer con los excedentes o rendimientos que genere la actividad económica de la CTA y no otras personas.
 - Cuando los trabajadores asociados no hacen un aporte social a la cooperativa, lo cual es muy frecuente cuando estas se usan para ocultar verdaderos contratos de trabajo, pues si además de que el trabajador es obligado a afiliarse a la misma para permitirle trabajar, le hicieran aportar a la CTA varios de ellos preferirán no participar de esa contratación, entonces, lo que hacen esas empresas que hacen

¹⁹ Lo que han denunciado las organizaciones sindicales es que con los cambios en la normatividad a los trabajadores se les sigue contratando mediante subcontratación y no directamente, para lo cual, el contrato sindical reemplazó a las CTA. “Lo que ocurrió fue que las CTA que existían se cambiaron a “sindicatos” de fachada, a fin de poder seguir con la intermediación laboral mediante el esquema del contrato sindical. Y una situación similar se presenta en el sector salud de otros departamentos del país.

O sea que el cambio fue para que todo siguiera igual, que estamos ante falsos sindicatos que reemplazaron cooperativas para seguir explotando los y las trabajadoras de la salud; cooperativas que entre otras cosas también eran de fachada, porque no se comportaban como tales sino como simples bolsas de empleo.

En este sentido un dato elocuente es el que proporciona la Escuela Nacional Sindical: en el 2011 se crearon en Antioquia 24 sindicatos, de los cuales 20 eran antes CTA. (*Ver abajo el listado completo de estos sindicatos, con el nombre de las cooperativas de las cuales provienen y las entidades de salud a las cuales prestan servicios*). *Falsos Sindicatos reemplazan a Cooperativas de Trabajo Asociado para seguir explotando trabajadores de la salud*, consultado en <http://asmedasantioquia.org/magazines/articulos/38-magazin-no-13/2989-falsos-sindicatos-reemplazan-a-cooperativas-de-trabajo-asociado-para-seguir-explotando-trabajadores-de-la-salud>.

fraude al contrato de trabajo, es contratarlos a través de la CTA, pero no les hacen ningún descuento por aporte social, que además no se necesita porque el sostenimiento ya está garantizado con los recursos de esas empresas.

- Cuando la CTA no pague al trabajador asociado las compensaciones que le corresponden por la prestación de sus servicios ni los aportes a seguridad social.
- Cuando la CTA incurra en faltas previstas en otras normas legales.

A partir de esas conductas, las CTA y las empresas que habían aprovechado este mecanismo para ocultar contratos de trabajo con los trabajadores asociados a la cooperativa, empezaron a ser sancionadas con multas por el Ministerio del Trabajo, que a su vez les proponía la reducción o condonación de las mismas a través de acuerdos de formalización laboral, es decir, si el sancionado o el que estaba en el curso de una investigación del Ministerio para ser sancionado por haber incurrido en las conductas previstas en el Decreto, suscribía un acuerdo en el cual se comprometía a vincular con contrato de trabajo a los trabajadores que había contratado a través de la CTA, se suspendía el cobro de la multa o la investigación administrativa sancionatoria y cuando el Ministerio verificara que había cumplido lo previsto en el acuerdo de formalización, se daba por condonada la multa o se archivaba la investigación.

Según la información del Ministerio del Trabajo hasta abril de 2017, se habían suscrito 216 acuerdos de formalización laborales que han generado la contratación directa de 40.036 trabajadores²⁰.

5. Nulidad de varias disposiciones del Decreto 2025 de 2011

En el mismo año que fue expedido el Decreto 2025 de 2011 fue demandada la nulidad de sus artículos 1, 2, 4, 5, 9 y 10 debido a que los demandantes consideraron que el Gobierno extralimitó su facultad reglamentaria, en la medida que lo previsto en el Decreto contenía aspectos que no fueron parte del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y por tanto, el Ejecutivo carecía de competencia para llevar hasta ese punto la reglamentación.

²⁰ Escuela Nacional Sindical, *Relaciones laborales ilegales sujetas al marco de los acuerdos de formalización laboral*, 2017, p. 5, disponible en <http://calcolombia.co/wp-content/uploads/2017/08/RELACIONES-LABORALES-ILEGALES-SUJETAS-AL-MARCO-DE-LOS-ACUERDOS-DE-FORMALIZACION-LABORAL.pdf>.

Al respecto, el Consejo de Estado se pronunció el 19 de febrero de 2018²¹, declarando la nulidad de los artículos 2, 4 (incisos primero y tercero), 5, 9 y 10 del Decreto 2025, en tanto que consideró que el Gobierno excedió la facultad que tenía para reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Las consideraciones que hizo respecto a las partes anuladas refirieron a lo siguiente:

- Artículo 2: no se podía prohibir la contratación de actividades misionales permanentes con CTA, porque lo que previó el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 es que no se debe incurrir en la contratación con este tipo de cooperativas como simples intermediarias, vulnerando los derechos de los trabajadores, es decir, el Consejo de Estado resolvió la duda que había sobre dicho artículo y por ello, hoy se debe entender que se puede contratar con una CTA, incluso la actividad misional permanente de una empresa o entidad, siempre y cuando esta última obre como verdadera cooperativa y no como un simple intermediario que ayuda a ocultar quien es el verdadero empleador.
- Artículos 4, 5, y 9: el Consejo de Estado advirtió que en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, las sanciones de multa hasta por 5.000 salarios mínimos eran para los terceros contratantes mientras que para las CTA era su disolución y liquidación, por lo cual prever en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 2025 que dichas multas también eran aplicables a la CTA constituyeron un exceso en el poder reglamentario del ejecutivo, en tanto la extendió a quienes no eran destinatarios de ella. También consideró un exceso de reglamentación el prever que serían multadas con 500 SMLMV las CTA que actuaban como asociaciones para afiliarse colectivamente a los trabajadores a la seguridad social pues esta conducta no fue prevista en el artículo 63 de la citada Ley.
- Artículo 10: este artículo refería que los terceros contratantes que decidan formalizar voluntariamente mediante contratos de trabajo a término indefinido a los trabajadores que les prestaban servicios a través de mecanismos prohibidos en la ley, entendiéndose para ese momento, haber contratado su actividad misional permanente con una CTA, se les reducirá la sanción en un 20% por cada año que la relación laboral subordinada se mantenga, para llegar a una condonación del 100% luego del quinto año. Frente a este artículo, el Consejo de Estado afirmó que en la medida que ya no había lugar a las multas a la CTA por lo dicho respecto a los artículos 4, 5 y 9 tampoco

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011) de 19 de febrero de 2018, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

habrá lugar a los descuentos o condonación de las mismas, pero además refirió que este artículo también desbordaba la función reglamentaria del ejecutivo porque este tema tampoco hizo parte del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

La nulidad de estas disposiciones dejó al país en la misma condición normativa que había incluso antes del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, porque de nuevo es posible contratar con CTA actividades misionales permanentes, siempre y cuando estas actúen de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno, lo que por sí solo excluye que se puedan convertir en simples intermediarios, es decir, formas de contratación para eludir la contratación directa de trabajadores por parte de quien debe ser su verdadero empleador.

En la medida que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que las declaratorias de nulidad de un acto administrativo de carácter general tendrán efectos hacia el futuro²², pero tienen incidencia en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales, lo que debe suceder a partir de la declaración de nulidad parcial del Decreto 2025 de 2011, es que las investigaciones administrativas que esté adelantando el Ministerio del Trabajo e incluso las que estén en el trámite de algún recurso ante dicha entidad o ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ya no podrán sancionar a una CTA o a un contratante por permitir que las actividades misionales se adelanten a través de estas formas de subcontratación, siempre y cuando estas se cumplan respetando las condiciones legales que se les exigen para actuar como tales y no haya afectación de los derechos de los trabajadores.

6. Epílogo

No siempre el fin justifica los medios. El Gobierno colombiano tenía el interés de lograr un TLC con los Estados Unidos a fin de no perder las

²² El Consejo de Estado ha dicho “Anota la Sala adicionalmente, que como soporte de la hipótesis *«ex nunc»*, en algunos momentos la jurisprudencia de esta Corporación ha justificado el conferir alcances hacia adelante a las sentencias de nulidad bajo la consideración de que el control de legalidad de los actos administrativos, en especial de los de carácter general, se asemeja al examen de constitucionalidad de las leyes, a partir de lo cual se ha concluido, según esta variante de la regla *«ex nunc»*, que al igual que las sentencias que declaran la inexecutable de una ley, las que declaran la nulidad de un acto administrativo también debe tener efectos pro futuro”. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2013-01087-00(2512-13) de 27 de abril de 2017, Consejera Ponente: Santa Lisset Ibarra Vélez.

ventajas comerciales que tenía en virtud de las preferencias arancelarias que venía recibiendo gracias al APTDEA, sin embargo, la posibilidad de que este interés lo llevara a incluir en su agenda interna la revisión de asuntos laborales relacionados con la subcontratación de trabajadores, era más que remota.

Gracias al activismo de las organizaciones sindicales de Colombia y de los Estados Unidos, los temas laborales terminaron siendo una prioridad para lograr la ratificación del TLC en el Congreso de los EE.UU., al punto de suscribirse un plan de acción laboral entre Obama y Santos que obligó al Gobierno colombiano a actuar con rapidez, pero infortunadamente desconociendo los límites constitucionales y legales que tienen cada una de las ramas del poder público, pues generó una serie de reglamentaciones que por virtud del principio democrático debían ser de competencia del legislador, y que por la falta de voluntad política nunca se discutieron a tiempo, pues no era nuevo que el fenómeno de las CTA obedecía a un abuso de las mismas para burlar derechos de los trabajadores como por ejemplo, el de la asociación sindical, sin embargo, pese a que el trámite del TLC se venía adelantando desde 2004 solo hasta 2011, por la inminencia de la expiración de las preferencias arancelarias que le venía concediendo EE.UU. a Colombia, se tomaron medidas de fondo, respecto a ese problema.

Medidas que si bien en su momento lograron el fin que perseguían, principalmente que se ratificara el tratado, hoy han quedado anuladas por los excesos en la facultad reglamentaria del Ejecutivo y de nuevo ha quedado abierta la puerta a quienes amparándose en las figuras legales le dan un uso ilícito a las mismas para ocultar verdaderos contratos de trabajo y dejar a los trabajadores en un marco de protección reducido, para lo cual, será necesaria la intervención del Congreso en un tiempo que de seguro no será cercano, pues este año en Colombia hay cambio de Congreso y de Presidente, por lo cual, un proyecto de ley con este alcance no será prioridad ni del Gobierno saliente ni del que llegue en agosto de 2018.

7. Bibliografía

Arenas Gallego, E., Piedrahita Vargas, C. y Plata López, J.M., “Marco Jurídico de las Cooperativas de Trabajo Asociado”, *Opinión Jurídica*, vol. 6, n. 11, enero-junio de 2007, Medellín, Universidad de Medellín, p. 35.

ASMEDAS, *Falsos Sindicatos reemplazan a Cooperativas de Trabajo Asociado para seguir explotando trabajadores de la salud*, consultado en

<http://asmedasantioquia.org/magazines/articulos/38-magazin-no-13/2989-falsos-sindicatos-reemplazan-a-cooperativas-de-trabajo-asociado-para-seguir-explotando-trabajadores-de-la-salud>.

Bermúdez A.K. y otros, *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales, capítulos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 210-211.

CONFECOOP, *Desempeño sector cooperativo colombiano*, años 2000, 2005 y 2010, consultados en <http://confecoop.coop/informes-anuales/informes-anuales/>.

Escuela Nacional Sindical, *Relaciones laborales ilegales sujetas al marco de los acuerdos de formalización laboral*, 2017, p. 5, disponible en <http://calcolombia.co/wp-content/uploads/2017/08/RELACIONES-LABORALES-ILEGALES-SUJETAS-AL-MARCO-DE-LOS-ACUERDOS-DE-FORMALIZACION-LABORAL.pdf>

Ministerio de Comercio, *Exportaciones, empleo y PIB, mayores crecimientos en TLC con Estados Unidos*, 8 de abril de 2011, consultado en http://www.mincit.gov.co/publicaciones/18038/exportaciones_empleo_y_pib_mayores_crecimientos_en_tlc_con_estados_unidos.

Ministerio del Trabajo, *Plan de acción, Obama-Santos*, 2011, <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/asuntos-internacionales/plan-de-accion-santos-obama>.

Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, *Las cooperativas de trabajo asociado en Colombia*, Boletín n. 10, diciembre de 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 17.

OIT, *Seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración*, Informe n. 335, noviembre 2004, caso 2237, Colombia, consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907475#.

Procolombia, *Aptidea*, disponible en <http://tlc-eeuu.procolombia.co/abc-del-tlc/atpdea>.

Sánchez Castañeda, A., Reynoso Castillo, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global, estudio de legislación comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 7.

Central Unitaria de Trabajadores de Colombia – CUT, *Informe a la 106ª Conferencia de la OIT*, <https://cut.org.co/informe-general-a-la-106-conferencia-oit-de-la-situacion-de-derechos-laborales-en-colombia/>.

SICE, *Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, resumen*, p. 5 consultado en http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/Studies/COLResumen_s.pdf.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo