

COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER CONTRATACIÓN TEMPORAL EN COLOMBIA

Karina De la Rosa Torralvo
Docente investigador, Departamento de Derecho
Universidad del Norte Barranquilla

Introducción

Para iniciar un estudio sobre el trabajo temporal, lo primero que hay que determinar son los alcances terminológicos implicados, para con ello evitar confusiones entre las definiciones legales y el uso común.

En Colombia, que es nuestro caso de estudio, el trabajo temporal se relaciona principalmente con el trabajo temporal indirecto, es decir, aquel a través del cual una empresa 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 (en adelante, EST), la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador, lo equivalente en España a las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT). Para referirnos al trabajo temporal directo utilizamos el concepto de trabajadores a término fijo, toda vez que nuestra legislación¹, permite la contratación temporal directa por un término máximo de 3 años, renovables indefinidamente en el tiempo sin que pierdan el carácter temporal. Es decir que su procedencia es general, no ceñido al principio de causalidad, como ocurre en España.

De acuerdo con lo anterior, en Colombia, un empleador puede optar por contratar a sus trabajadores a través de contratos a término fijo o a término indefinido de forma discrecional, es decir, no existen causas legales en las que deba encuadrar su decisión. Existiendo otras dos formas de contratación que sí estarán atadas a la labor a desarrollar, como son el contrato por obra o labor y el ocasional o transitorio que es para aquellos trabajos inferiores a un mes y para labores distintas a las labores normales del empleador.

Para el caso del trabajo temporal indirecto, desarrollado a través de una Empresa de Servicios Temporales (EST), si existe una regulación detallada que establece los eventos y términos en los que puede operar la figura, como lo veremos más adelante.

¹ Artículo 46 Código Sustantivo del Trabajo (CST)

Hecha esta distinción es revelador citar unos datos estadísticos de la situación del trabajo temporal directo e indirecto en Colombia. La estructura del mercado laboral colombiano presenta una ocupación de apenas el 32% de la población en condiciones de trabajo decente en los términos en que la OIT lo concibe². Tal déficit se debe a que la mayor parte de la población ocupada hace parte de la economía informal: 60% para todo el país y 51% en las 13 áreas metropolitanas³. A su vez, el 62% de los asalariados tiene contrato de trabajo escrito, de estos la tercera parte tiene contrato a término fijo y el resto a término indefinido. Del 81,2% de los asalariados que cuentan con contrato de trabajo escrito son directos, existiendo un significativo 16% con otro tipo de vinculación⁴. Los resultados por sectores muestran que los trabajadores temporales se concentran en el agro, las minas y en comercio al por menor. Por estrato socio-económico se aprecia que los asalariados de estratos bajos son más propensos a ser temporales e indirectos. De otra parte, los trabajadores directos tienen mayor nivel educativo: el 41% cuentan con educación superior en comparación con el 31% de los contratados por CTA, el 26% por EST y el 25 por EAT⁵.

Otros estudios señalan⁶, que la proporción de empleo generado con contrato a término fijo pasó de ser del 13% de los ocupados entre 25 y 65 años de edad en 2003 a 20% en 2010. Existiendo aumentos elevados de estos porcentajes en algunos sectores y subsectores de la economía como, por ejemplo, el manufacturero, donde el empleo temporal pasó de ser 13% del total manufacturero en 2003 a 41% en 2009⁷.

El porcentaje de empleo temporal en Colombia es relativamente alto comparado con cifras internacionales y sitúa a Colombia en el grupo de los países con mayores participaciones de empleo temporal. De acuerdo con las estadísticas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD) para 2010, en promedio, el 9,89% de los trabajadores dependientes entre 25 y 55 años de edad de estos países son temporales.

² Es decir un trabajo que supone una relación contractual formal regulada por la legislación, con protección social, estabilidad y diálogo social.

³ Fuente: Datos recolectados por la Escuela Nacional Sindical, organización de la sociedad civil, no gubernamental, establecida legalmente como corporación sin ánimo de lucro. Es una entidad de investigación, educación, promoción y asesoría.

⁴ El 8,7 % son contratados a través de EST, el 4,3% a través de Cooperativas de Trabajo Asociado y el 2,9% a través de Empresas Asociativas de Trabajadores.

⁵ Fuente: encuesta social longitudinal de Fundesarrollo 2010. Fundesarrollo, es una entidad privada, sin ánimo de lucro, que tiene como misión principal realizar, promover y difundir investigaciones de carácter económico, social y político sobre la región Caribe y el país, con el fin de contribuir al fomento del desarrollo y a la solución de los problemas que limitan el bienestar de la población.

⁶ Según cálculos realizados con la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) Departamento Administrativo nacional de Estadísticas (DANE).

⁷ Según cálculos realizados con la Encuesta Anual Manufacturera (EAM) del DANE.

1. ¿Es posible suscribir un contrato laboral temporal en Colombia? ¿Cuál es el principio que rige la contratación temporal?

Tal como se mencionó en la parte introductoria, en Colombia es posible suscribir contratos temporales de manera directa, por un término máximo de 3 años prorrogables, cuantas veces sea necesario sin que pierdan su carácter temporal, existiendo sólo una limitación para los contratos a término fijo inferiores a un año, sobre los cuales si se exige que a partir de su tercera prórroga esta se realice por un período mínimo de 1 año.

En cuanto al trabajo laboral temporal indirecto, la regulación se encuentra en la Ley 50 de 1990, reglamentada por el Decreto 24 de 1998 y modificada por el Decreto 503 de 1998 y el Decreto 4369 de 2006, la cual establece de manera taxativa los eventos en los que un empleador puede contratar trabajadores de una empresa de servicio temporal: cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más.

Lo anterior pone en evidencia que las empresas de servicios temporales se rigen por el principio de causalidad enmarcado en las circunstancias antes descritas, siendo la regla general la vinculación directa a través de contrato de trabajo cuando se reúnan los elementos constitutivos de este. Existiendo límites claros, por lo menos en la redacción normativa, en cuanto al tiempo de duración de dichos contratos y a las causales específicas de contratación.

Existen otras formas de trabajo tercerizado como son las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) y las Empresas Asociativas de Trabajadores (EAT) que también pueden ser incluidas en la clasificación de trabajo temporal indirecto bajo la salvedad que no se rigen por la legislación laboral ordinaria sino por las normas del cooperativismo o del derecho comercial⁸.

⁸ Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) son empresas asociativas sin ánimo de lucro que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios por parte de los mismos asociados. Las Empresas Asociativas de Trabajadores (EAT) son organizaciones económicas productivas cuyos asociados aportan su capacidad laboral por tiempo indefinido y algunos entregan al servicio de la organización una tecnología, una destreza u otros activos necesarios para cumplir con los objetivos de la empresa.

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen en Colombia? ¿En qué casos pueden utilizarse estas modalidades contractuales y cuál es su regulación?

La legislación laboral colombiana⁹ establece la contratación a término indefinido más tres modalidades del contrato de trabajo en lo que respecta al horizonte temporal: 1) para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, 2) por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, 3) por un tiempo determinado.

Los contratos a término fijo deben constar siempre por escrito, es necesario dar un preaviso escrito con una antelación no inferior a 30 días so pena que se prorroguen automáticamente por el término inicialmente pactado, así mismo la ley no permite que los contratos inferiores a un año sean prorrogados por términos inferiores al inicialmente acordado por más de 3 ocasiones, al cabo de las cuales se deben prorrogar por mínimo un año. En relación con el régimen indemnizatorio, también existe una diferencia, ya que los contratos a término indefinido son indemnizados de acuerdo a una tabla que va en función del tiempo trabajado, en el caso de los contratos a término fijo las indemnizaciones se calculan con base en el tiempo que faltaría por trabajar, lo que dependiendo del plazo pactado y el momento de la terminación anticipada puede llegar a ser más onerosas que las indemnizaciones de los contratos a término indefinido.

En cuanto al trabajo temporal indirecto, de los tres eventos por los que la norma faculta a las empresas de servicios temporales para realizar una contratación temporal, la primera se refiera a las labores ocasionales, accidentales o transitorias, que de acuerdo con el código laboral colombiano, son aquellas de corta duración, no mayores de un mes y que se refiere a labores distintas a las actividades normales del empleador.

El segundo evento, es cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, en estos casos también prima la temporalidad, siendo el más previsible en su duración las vacaciones (15 días hábiles por año de servicios, como mínimo) y el de la licencia de maternidad, que tratándose de embarazos normales es de 14 semanas, término que puede variar en función del número de hijos y/o la fecha del nacimiento si es a término o prematuro.

En cuanto a la incapacidad por enfermedad, en Colombia no se configura como una causal de suspensión del contrato, sino que es regulado como una prestación económica y asistencial que aunque originariamente estuvo en cabeza de los empleadores hoy día debe ser subrogada por el sistema de Seguridad Social, configurándose unos términos máximos hasta los cuales el sistema de Seguridad Social cubre los costes, al cabo de los cuales se pueden presentar situaciones problemáticas en las que los trabajadores pueden

⁹ Artículo 45 CST.

quedar desprotegidos ante la enfermedad. Pese lo anterior, y en relación al tema que nos atañe, tales circunstancias puntuales no desnaturalizan el carácter temporal de la figura de la incapacidad por enfermedad. En cuanto a las licencias, también se reitera el factor temporal, destacando que en Colombia no existe la figura de las excedencias, existiendo unos pocos casos obligatorios como son licencia por luto (5 días), grave calamidad doméstica y comisiones sindicales, ambas determinadas por el principio de razonabilidad y proporcionalidad¹⁰, y para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, que en la actualidad son de muy corta duración, jurado electoral, escrutador y clavero.

La última eventualidad se refiere a los incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, es decir para aquellos casos en que la empresa requiera un aumento de su personal por un corto período de tiempo para desarrollar actividades propias del negocio, en este punto la norma es clara en cuanto al tiempo de duración de los contratos temporales indicando que es de 6 meses prorrogables por 6 meses más, al término de los cuales no es posible contratar ni con esa ni con otra empresa de servicios temporales.

No existe en nuestra legislación una reglamentación especial en relación con el trabajo temporal de los jóvenes o de las personas con discapacidad, aunque si existen unos beneficios tributarios para las empresas que contraten personas menores de 28 años, personas en situación de desplazamiento, en proceso de reintegración o en condición de discapacidad, exigiéndose sólo que se trate de nuevas contrataciones, más nada se exige en relación con la forma temporal de contratación.

3. ¿La regulación legal en Colombia reconoce un derecho preferente a los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo permanente en la empresa?

En Colombia no existe un derecho de preferencia por parte de los trabajadores temporales directos o indirectos, para ocupar un puesto de trabajo permanente.

4. ¿La regulación legal en Colombia permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales en comparación con los permanentes? ¿La realidad del mercado de trabajo cumple con esta regulación?

Los trabajadores temporales directos gozan de los mismos derechos prestacionales que los trabajadores a término indefinido, existiendo sólo la distinción en cuanto al régimen

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-930/09 Exp. D-7754 M.P Dr. Jorge Ignacio pretelt Chaljub.

indemnizatorio que como ya se menciona puede ser más o menos favorable según el momento de la terminación del contrato.

En relación con las condiciones laborales de los trabajadores temporales indirectos, la ley expresamente señala que las obligaciones legales que existen son en relación con el salario ordinario, es decir el que remunera directamente la labor realizada, el cual no puede ser en ningún caso inferior al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, para lo cual se debe tener en cuenta las escalas de antigüedad que maneje la empresa, y adicionalmente se deben extender a los trabajadores temporales los beneficios que tengan los trabajadores permanentes en materia de transporte, alimentación y recreación.

Lo anterior en la práctica genera que los trabajadores temporales, tanto directos como indirectos, queden por fuera de los beneficios extralegales acordados en pactos o convenciones colectivas, ya sea porque son excluidos del proceso de negociación por ser trabajadores en misión, o porque la precariedad de sus contratos no les permite su inclusión. Lo anterior estará determinado en gran medida por el peso de los sindicatos dentro las empresas.

5. ¿Cuál es el papel de las Empresas de Trabajo Temporal en el ámbito de la contratación temporal?

Con la dinámica actual de los mercados de trabajo a nivel mundial, que ha impactado las formas de producción tradicionales y, por ende, las relaciones de trabajo, la tercerización y la temporalidad juegan un papel importante y necesario dentro de este nuevo ciclo natural de la economía, el reto que se presenta es lograr un balance entre la eficiencia, la flexibilización, costes, competitividad, sin menoscabar los derechos mínimos laborales.

De acuerdo con datos del Ministerio del trabajo a diciembre de 2013 existen registradas 621 Empresas de Servicios Temporales con 254 sucursales, datos del año 2011 señalan que las EST agrupan más de 1.000.000 de trabajadores, sin embargo no existen datos oficiales actualizados al respecto. Otros estudios¹¹ sobre las condiciones laborales de los trabajadores temporales señalan que sus condiciones laborales son precarias o en todo caso inferiores a la de los permanentes directos.

¹¹ Fuente: encuesta social longitudinal de Fundesarrollo 2010.

6. ¿Cuál es la regulación legal en relación con la extinción del contrato temporal? En concreto, ¿el ordenamiento jurídico laboral reconoce una compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal?

Como se mencionó en respuestas anteriores, los contratos a término fijo si finalizan sin causa justificada en la ley antes de la fecha establecida, deben ser indemnizados con los salarios que faltaren por pagar hasta la fecha de término. En los contratos de trabajo temporal indirecto, es decir los celebrados por las (EST), dependerá de la modalidad de contratación, que usualmente es por obra o labor, caso en el cual la indemnización por terminación anticipada será el valor de los salarios del lapso de la obra o labor que falte por realizar, sin que pueda ser inferior a 15 días de salario. Si los contratos terminan en el plazo acordado serán liquidados como mínimo, de conformidad con los derechos prestacionales establecidos en la ley.

7. ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la regulación en materia de contratación temporal?

El incumplimiento de las formalidades que revisten el contrato a término fijo en cuanto a términos y prórrogas, puede conllevar a la inoperancia del contrato a término fijo y como consecuencia se le deberá aplicar al trabajador la regulación de un contrato permanente o a término indefinido.

En cuanto al trabajo temporal indirecto podemos distinguir dos clases de sanciones, unas tendientes a controlar la correcta constitución y el funcionamiento de la empresas de servicios temporales conforme a las autorizaciones exigidas por la ley, tales como permisos de funcionamiento, constitución de pólizas de garantía, rendición de informes, entre otras; sanciones que consisten en la suspensión y cancelación de la autorización de funcionamiento. Y existen otras sanciones consistentes en multas, tendientes a castigar el uso de los contratos temporales para fines diversos a los establecidos en la norma, por tiempo superior a los máximos establecidos o sin el cumplimiento de las obligaciones labores, parafiscales y de seguridad social. Ambas sanciones son responsabilidad de la autoridad administrativa (Ministerio del Trabajo).

Cabe mencionar que a finales del 2010, se expidió la ley 1429 reglamentada por el decreto 2025 de 2011, que prohíbe la contratación de actividades misionales permanentes de empresas o entidades públicas por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) o bajo otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Este nuevo marco regulatorio, elevó el valor de las multas por la intermediación laboral para actividades misionales, sin importar el nombre de la figura jurídica que adopte la intermediación, en procura de una mayor vinculación laboral directa de los trabajadores. Pese lo anterior, y aunque por lo reciente de la normativa aún no existen estudios oficiales que muestren la efectividad de la norma, hay información que indica que si bien las figuras tradicionales han formalizado las contrataciones, también existe un incremento de otras figuras de intermediación laboral, como las Sociedades Anónimas Simplificadas (SAS), los contratos sindicales, los contratos de prestación de servicios y las empresas de empleo temporal, que en muchos casos se usan para hacer lo mismo que hacían las CTA.

8. ¿La regulación legal sobre contratación temporal incluye provisiones dirigidas a evitar el fraude en la contratación temporal?

Adicionalmente a las disposiciones sobre multas y sanciones mencionados en la respuesta anterior, existe una norma que busca proteger la afiliación y pago al sistema de Seguridad Social integral de los trabajadores en misión, estableciendo que los pagos deben realizarse dentro de los 10 primeros días del mes y exigiendo que la EST, envíe un informe a la empresa usuaria sobre las afiliaciones y pagos, así mismo la empresa usuaria tiene el deber de verificar que la información sea correcta y que no tenga inconsistencias, so pena de ser solidariamente responsable en el pago de los correspondientes aportes, así como en las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión.

Así mismo, existe una norma general en relación con la intermediación laboral, que exige que los simples intermediarios declaren su calidad y manifiesten el nombre del respectivo empleador, ya que si no lo hacen deben responder solidariamente por las obligaciones laborales que se deriven de tal intermediación¹².

9. ¿Cuál es el papel de la negociación colectiva en Colombia en relación con la contratación temporal?

En Colombia, la tasa de sindicalización ha descendido continuamente a partir de la segunda mitad de la década de los setenta hasta alcanzar un 4,9% del total de trabajadores hacia 2010-2013, lo que la ubica en una de las menores tasas de sindicalización en el mundo. Datos señalan¹⁴ que el número de trabajadores cobijados por convenciones colectivas pasó de 129.381 en el 2000 a 88.920 en el 2009, lo cual

¹² Artículo 35 CST.

¹³ Fuente: Escuela Nacional Sindical (ENS) 2011.

¹⁴ Fuente: De acuerdo con los datos del sistema sindical laboral (SISLAB) (ENS).

coincide con los bajos niveles de creación de nuevos sindicatos.

Entre otros factores, los procesos de flexibilización y tercerización laboral han debilitado los espacios de negociación de los trabajadores y ha incidido en la baja posibilidad del establecimiento de lazos solidarios entre ellos, pilar en el que se funda el derecho de asociación. Lo anterior, sumado a la configuración legal restrictiva del objeto de la negociación colectiva en Colombia, así como los efectos jurídicos contractuales y no normativos que se le reconoce a sus productos (convención colectiva, pacto colectivo y contrato sindical) y a la ausencia de remisiones legales expresas a la negociación colectiva para que esta regule ciertas materias, nos lleva a afirmar que en el modelo normativo colombiano la negociación colectiva no desempeña un papel relevante y apreciable en la regulación y control de la contratación laboral temporal.