

ESCUELA NACIONAL SINDICAL, ANTIOQUIA

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY SOBRE LA
REFORMA LABORAL DEL GOBIERNO

POR

JHON JAIRO DELGADO

MEDELLIN, Febrero de 1991

ESCUELA NACIONAL SINDICAL - ANTIOQUIA

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY SOBRE
LA REFORMA LABORAL DEL GOBIERNO.

POR: Jhon Jairo Delgado.

Medellín, Febrero de 1.991.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA LABORAL DEL GOBIERNO

El proyecto tiene como finalidad reformar el Código Sustantivo del Trabajo y abrir la posibilidad para que el gobierno dicte disposiciones relativas al régimen de seguridad y previsión social y otras materias afines.

A. PRINCIPIOS GENERALES

Minimo de derechos y garantías

Se reforma la disposición legal que consagra el respeto al mínimo de derechos y garantías en los casos que ellos sean exceptuados por la ley, entre ellos, según el mismo proyecto la regulación de la jornada de las 36 horas/ semana que exceptuación el mínimo de derechos y garantías y las estipulaciones, autorizadas por la ley, para restarle el carácter de salario a algunas prestaciones económicas derivadas de la relación laboral y pagadas por el empleador.

B. DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

1) Elementos esenciales.

Se reforma las características integrantes del contrato de trabajo fijadas en el art. 23 del C.S.T. En general este artículo se conserva en sus dos numerales. El primero de ellos en el literal b fue adicionado permitiendo al empleador imponerle reglamentos y exigirle el cumplimiento de órdenes al trabajador "tales como promociones, traslados del lugar de servicio, adaptación a los cambios tecnológicos o a los procesos de trabajo que impliquen variación, supresión o creación de oficios, mientras dure la relación contractual laboral".

Esta adición modifica toda la jurisprudencia laboral que hasta ahora se había sostenido sobre las condiciones que originalmente se pactaron y que daban origen a la relación contractual.

La jurisprudencia había sostenido en fallos reiterados que el "jus variandi" no se podía aplicar arbitrariamente, es decir, que no era de recibo dentro de la legislación laboral modificar unilateralmente las condiciones de trabajo para las que se pactó. Y esta adición al art. 23 lo permite. La variación de las condiciones de trabajo se concreta en la modificación "en cuanto al modo, tiempo y clase de labor a

1. Los comentarios al proyecto de ley de reforma laboral del gobierno, a falta del texto oficial, los hicimos teniendo a mano una copia que de ella apareció en el diario La República de Bogotá, el día 27 de septiembre de 1990.

Donación E.U.S. 1991 \$600

realizar, tales como promociones, traslados del lugar de servicio, adaptación a los cambios tecnológicos o a los procesos de trabajo que impliquen variación, supresión o creación de oficios'.

2) Presunción de la relación laboral

Se conserva la presunción general que toda relación personal está regida por un contrato de trabajo. Sin embargo, el proyecto trae unos casos que excepcionan la presunción legal. Ellos son: "quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en un determinado ramo de actividades, o en ejercicio de una profesión liberal, alegue el carácter laboral de su relación, deberá probar que la intención de las partes fue celebrar un contrato de naturaleza laboral." Ello quiere decir que la persona que contrate con otra bajo cualquiera de una de estas modalidades enunciadas deberá probar que la voluntad contractual fue la necesaria para un contrato de trabajo y para ello dispondrá de la carga de la prueba para demostrar por medios idóneos el elemento de la subordinación en los términos que la nueva legislación dispone.

3) Contrato a término fijo

La modificación más importante y que mayor consecuencia trae para los contratos a término fijo tiene que ver con la eliminación del tope mínimo de tiempo para el cual puede celebrarse tal contrato. Se conserva únicamente el tope máximo. Así que el contrato a término fijo se podrá celebrar hasta por tres años y posiblemente ser renovado indefinidamente. Una legislación estricta sobre las empresas de servicios temporales, de tal suerte que hagan tales empresas poco lucrativas conduce a que, por medio de la modificación de los términos del contrato a término fijo, sean las grandes empresas las que manejen directamente la fuerza laboral temporal.

Se conserva la cláusula de renovación del contrato cuando no se diere el aviso con una antelación no inferior a 30 días y por un período igual al inicialmente pactado y así sucesivamente.

Si el término fijo pactado es inferior a un año el contrato sólo puede prorrogarse sucesivamente por tres períodos iguales o menores, al cabo de los cuales el período de renovación no podrá ser inferior a 1 año, y así sucesivamente.

4) Suspensión del contrato de trabajo

Se conservan igual los siete numerales del art. 51 con la única excepción de que el numeral tercero fue modificado en su contenido, así: "el contrato de trabajo se suspende por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por 120

días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

Aunque la anterior disposición no traía el trámite de autorización previa ante el Ministerio de Trabajo y S.S., de hecho, la suspensión de actividades legalmente tenía que someterse a una autorización administrativa. Anteriormente se debía dar aviso a los trabajadores con una antelación no inferior a un mes de la eventual suspensión o clausura y en caso de obviarse este periodo el patrono debía pagar los salarios del término pretermitido. Ahora ese aviso se autoriza que sea simultáneo con la solicitud de la suspensión o clausura temporal total o parcial ante el Ministerio de Trabajo. No obstante, los trabajadores y sus organizaciones no ser partes en este proceso, ahora se dificulta mayormente su participación para exponer sus razones sobre las actividades o situación de la empresa, pues no hay un período mínimo de aviso previo y en el momento de enterarse la solicitud ya ha sido presentada ante el Ministerio de Trabajo y S.S. Este procedimiento es una de las maneras de negarles toda participación y sirve para consolidar una relación exclusiva entre patronos y Ministerio de Trabajo respecto de la solicitud de suspensión o clausura de la empresa hasta por 120 días.

5) Terminación del contrato

Se reproducen las mismas causales de terminación, nueve en total, fijadas en el numeral primero que traía el art. 6 del D. 2351/65.

Se insiste además en que para las causales de suspensión de actividades por parte del empleador durante más de 120 días y para la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, el empleador debe solicitar permiso al Ministerio de Trabajo y S.S. e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo resolverá en un plazo de 2 meses la solicitud, el incumplimiento de este plazo es causal de mala conducta para el funcionario competente. De esta manera queda reformado el numeral 2 del art. 6 del D. 2351/65 que también traía la obligación de notificar al trabajador la fecha previa de la suspensión o la liquidación definitiva de la empresa.

6) Terminación unilateral del contrato sin justa causa

Se alude en este artículo a las injustas causas para terminar el contrato de trabajo. Cualquiera de ellas está fijada por exclusión con respecto a las justas causas del art. 62 del C.S.T. Una conducta o hecho que no nazca de las hipótesis del art. 62 será una injusta causa que, acarreará una indemnización que comprende el lucro cesante y el daño emergente.

La determinación de la indemnización en los contratos a término fijo se conserva igual; la variación, de gran trascendencia, se introduce para determinar las nuevas características de la indemnización en los contratos a término indefinido. Así que, la indemnización para un trabajador que sea despedido sin justa causa por parte del patrono, después que llevare 10 o más años de labores continuas, se aumenta en 10 días respecto de la anterior por cada año trabajado descontando el primero. Es decir, como antes para el primer año hay una indemnización básica de 45 días, por los demás (después del 10o y siguientes) que antes correspondía una indemnización de 30 días por año laborado, o por la fracción respectiva cuando no fuere el año completo, ahora corresponde una de 40 días por año de servicios y proporcionalmente a la fracción respectiva.

Esta modificación pretende ser más halagüeña para los trabajadores, pero en tanto mejora un poco la indemnización económica, a la vez, el proyecto deroga la famosa acción de reintegro que protegía al trabajador cuando él llevare más de 10 años en el empleo y podía optar entre la indemnización tal como estaba antes o la restitución en las mismas condiciones a su empleo del que había sido despedido.

Esta nueva cláusula no es favorable a largo plazo para la actividad laboral de trabajadores que se encontraran en una edad avanzada. En la medida que permite el manejo de una fuerza laboral de una manera libérrima sólo permite abrir posibilidades de empleo para la gente joven. La estabilidad en el empleo es ninguna, ni siquiera para un trabajador con alto rendimiento como el que ya ha prestado 10 o más años de servicio a la misma empresa. Entonces, la supresión de la acción de reintegro no está compensada en ninguna parte del proyecto con un beneficio equivalente porque el mero aumento de la indemnización no puede balancearse, en los términos como está planteado, con la desprotección de la fuerza laboral y de la situación global de todos los trabajadores.

En los demás aspectos normativos la disposición conserva la indemnización que debe pagar el trabajador de sus prestaciones cuando intempestivamente sea él quien de por terminado el contrato, y la negatoria de la existencia de la obligación de indemnizar si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían en la fecha de su ruptura.

En la anterior legislación había una discriminación para el pago de la indemnización si la empresa tenía un capital hasta 1'800.000 y desde este término hasta 3'500.000, que pagaban el 50% y el 75% respectivamente con relación al valor total de la indemnización. Ahora esa discriminación quedó borrada y ha de entenderse que las indemnizaciones se han de pagar plenas.

Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la nueva ley llevaren 10 o más años de servicios quedan protegidos con

la indemnización y la acción de reintegro del viejo sistema, pero, si ellos manifiestan su deseo de acogerse al nuevo sistema podrán hacerlo.

7) Duración máxima del período de prueba

El proyecto plantea una duración hasta de 6 meses, y en los contratos a término fijo inferiores a un año hasta la tercera parte del período pactado.

A su vez se conserva el contenido de la cláusula prerrogativa del art. 79 del C.S.T. pero respetando el límite máximo del período de 6 meses.

Se ve la intención clara por parte del gobierno de mantener a la clase trabajadora en vilo frente a la subordinación patronal. Elevar el período de prueba, no es otra cosa que ahondar la brecha frente a la estabilidad cada vez más escasa en este proyecto.

8) Sobre salarios

Se conserva la redacción del art. 127 del C.S.T., de manera igual, con la descripción de los elementos integrantes del salario.

En los pagos que no constituyen salario se adiciona, en parte, el art. 128 del C.S.T., así: Tampoco harían parte del salario "los beneficios o auxilios acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad". -Subrayado nuestro-

Como puede notarse, la nueva ley laboral propone que el límite del contenido de la prestación salarial puede estar sujeta a la voluntad de las partes. Si los contratantes deciden que los beneficios o auxilios acordados convencional, contractual o extralegalmente, como la alimentación y las primas, dejen de ser salario, bien pueden hacerlo. En los casos en que se acuerde dejar sin ese carácter a dichas prestaciones ello traería como consecuencia la reducción del denominado 'salario base' para efecto de liquidación de las prestaciones sociales.

a. Salario en especie

Se conserva la definición genérica que trafa el Código como aquella contraprestación ordinaria que recibe el trabajador o su familia, que es parte de la retribución ordinaria del servicio, tal como la alimentación, habitación o vestuario. La nueva disposición le da carácter de permanente a esta retribución y establece un límite que no puede ser superior al 50% de la totalidad del salario.

b. Normas y libertad de estipulación

El ordinal primero del art. 13 del proyecto conserva la redacción íntegra y completa del art. 132 del C.S.T.

Además, se adiciona dicho artículo del Código con el llamado salario integral. Para los trabajadores que devenguen un salario superior a 10 salarios mínimos valdrá la estipulación de un salario que junto con la prestación ordinaria incluya toda clase de primas, recargos, bonificaciones, trabajo extraordinario, cesantías, intereses, subsidios y suministros en especie.

Se excluyen de este salario las vacaciones, pues lógicamente, ellas tienen un contenido de descanso remunerado y como tal escapan a una exclusiva compensación monetaria que de antemano elimine el descanso; aunque para los trabajadores temporales sólo opera una prima de vacaciones proporcional al tiempo laborado, si contar con que, efectivamente, las vacaciones son un descanso remunerado y no otra cosa.

Como era de esperarse una disposición de salario integral tendría que entrar a excepcionar principios generales del derecho laboral que sólo mediante vía legal podría hacerse. El art. 1 del proyecto fija la excepción en el sentido de afectar o desconocer el mínimo de derechos y garantías únicamente en los casos que la ley lo expresare y, este es uno de ellos. También por vía legal se tenía que consagrar la posibilidad de renuncia a derechos y prerrogativas, pues las normas del derecho laboral son de orden público, y el salario integral da la posibilidad de excepcionar el principio de la irrenunciabilidad de las prestaciones sociales como una manera de su protección, para los eventos que sean contenidos en la hipótesis del salario integral no hay ninguna protección a las prestaciones sociales que si conserva para aquellos trabajadores que devenguen salarios inferiores a 10 mínimos legales.

Es preocupante que bajo la consideración de someter el salario a una denominación de integral, aparte de los gravámenes de la fuerza laboral por concepto de impuestos y cotizaciones a las cajas de compensación, a la seguridad social, al SENA y otras, este salario tenga que verse necesariamente afectado, de manera directa, por los fenómenos económicos como la inflación y la recesión, por citar sólo dos situaciones. El salario integral por devenir una prestación económica exclusivamente, tiene que recibir los cambios económicos y, en un país como el nuestro donde la tabla de inflación es altísima (32.36% para 1990) la estipulación entre trabajador y patrono, de suyo involucra la desvalorización de la moneda, adicionada por el forcejeo inmediato en que sitúa a las partes contratantes cada una por superar los intereses contrarios. Y si miramos un

mercado laboral competido o una alta recesión económica que conlleve a la baja generación de empleo, las condiciones de demanda laboral estarían supeditadas al ofrecimiento que hicieren los patronos a los trabajadores que eventualmente ganaren salario integral.

De este salario no podrán exonerarse, como se dijo, las cotizaciones a la seguridad social, SENA, ICBF y cajas de compensación familiar; no obstante, para las tres últimas entidades los aportes se reducen en un 30%.

El proyecto da a entender que la negociación de si se aplica o no el salario integral está sometida a la voluntad negocial de las partes cuando el trabajador tuviere un contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia del presente proyecto. Lo que se denomina autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo existe en la mera letra del texto legal, por una razón muy simple: en un mercado laboral competido el monto de la retribución económica no depende ni siquiera de la voluntad contractual del trabajador, este argumento se refuerza por la evidencia práctica donde el contrato de trabajo es un contrato de adhesión en el cual las condiciones de negociación de las partes está supeditada a la voluntad del más fuerte económicamente o a factores externos que excluyen con anterioridad la autonomía de la voluntad negocial.

c. Procedimiento de fijación

Se conserva el primer numeral del art. 147 C.S.T. que establece que el salario mínimo puede fijarse en pacto o en convención o en fallo arbitral.

En el numeral segundo del art. 147 que había sido derogado por la ley 54/87 por la cual se creó el Consejo Nacional Laboral, con el nuevo proyecto vuelve a regularse una atribución específica para este Consejo.

Se modifica la ley 54/87 en el siguiente sentido, que sea el Consejo Nacional Laboral el que fije el salario mínimo de carácter general o para cualquier región o actividad profesional, industrial, comercial, ganadera, agrícola o forestal de una región determinada.

Esta decisión sobre el salario mínimo estaría supeditada al voto afirmativo de los representantes del gobierno. Entonces, a partir de este proyecto el Consejo Nacional Laboral deja de ser un organismo meramente asesor donde la recomendación del salario mínimo se tomaba de manera concertada para que, en el futuro sea el Consejo quien fije el salario mínimo con el voto afirmativo de los representantes del gobierno. En los cuatro años de funcionamiento del Consejo Nacional Laboral ninguna propuesta se tomó de manera concertada, ha sido el gobierno

quien en último término fija el salario mínimo mediante decreto. En sus últimas sesiones para proponer el salario mínimo vigente a partir del 1 de enero de 1991 los representantes del gobierno estuvieron ausentes de las negociaciones y ello provocó el retiro de los representantes de los trabajadores. Así que, la distancia lograda con la nueva disposición respecto de la ley 54/87 no es considerable, pues si el gobierno no ha tenido interés en una verdadera concertación tampoco lo tendrá para dar su voto afirmativo, y por ende, se fijará por decreto gubernamental. Aunque la medida legal es sana, respecto de restituirle la posibilidad de fijación del salario mínimo al Consejo Nacional Laboral, ella se trunca por la obstaculización del espíritu de concertación, siempre faltante en el seno del Consejo Nacional Laboral.

La norma también especifica que para quienes laboren jornadas inferiores a la máxima legal su remuneración es proporcional al salario mínimo legal o convencional respectivo.

9) Jornada máxima de trabajo

Se conserva la norma general que señala como jornada ordinaria máxima legal 8 horas diarias o 48 semanales.

Sin embargo, dentro de los límites de horas a la semana se podrán fijar jornadas superiores a las 8 diarias por acuerdo entre las partes o por disposición del Reglamento Interno de Trabajo.

Se contemplan las siguientes excepciones:

- a. Por acuerdo ^{NO} entre empleador y trabajador se podrán establecer jornadas diarias de 6 horas sin que sobrepase de las 36 a la semana; estos turnos podrán ser acordados temporal o indefinidamente y permitirán a la empresa operar sin solución de continuidad.

El trabajador tendrá derecho solamente a un día de descanso compensatorio remunerado, pero no tendrá derecho ni al recargo nocturno ni al previsto para el dominical o festivo. Tal como está redactada la norma no establece a qué tipo de empresa o actividades se les pueda aplicar la jornada de las 36 horas ni mucho menos discrimina qué clase de trabajadores pueden ocuparse en ella; lo que induce a la conclusión que cualquier empresa y cualquier trabajador en ella pueden acogerse a esta jornada. La remuneración correspondiente al servicio en esta jornada es la mínima legal o convencional pero no se le pagará el recargo nocturno ni el dominical o festivo.

La duración máxima de la jornada para menores respeta los límites establecidos en el Código del menor y la clasificación por edades, a la vez que, precisa con mayor

claridad los límites de horas a la semana para el menor entre 12 y 14 años, y entre 14 y 16 años, para el primero 24 horas a la semana y para el segundo 30 horas a la semana. Ambos límites de horas semanales son una especificación mayor que el Código del Menor no traía.

La autorización que otorga el Ministerio de Trabajo y S.S. para reducir la jornada para labores insalubres o peligrosas también se conserva como la traía el art. 161 lit. a) del C.S.T.

10) Remuneración del trabajo nocturno y del suplementario

Se conserva tal como lo regula el art. 168 del C.S.T. con la explicada excepción del trabajo en la jornada de 36 horas/semana.

11) Descanso dominical remunerado

Se conserva la norma genérica del art. 172 C.S.T. que todo empleador está obligado a dar descanso dominical remunerado a sus trabajadores. Se exceptúan los trabajadores que laboren la jornada de las 36 horas semanales. A la anterior excepción le siguen otras que el Código traía en el art. 175 C.S.T. contempladas todas ellas para la permisión del trabajo en los días de descanso obligatorio.

Al trabajador que labore en uno de estos días o se le retribuye o se le da otro día de descanso compensatorio remunerado.

La remuneración del trabajo en domingo o día festivo permanece, como antes, con un recargo del 100% sobre el salario ordinario sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

Se exceptúa nuevamente el caso de la jornada de 36 horas semanales.

Del mismo modo, el trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho, a su elección, a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero; y se le remunera de la misma manera que el trabajo dominical o festivo. Así estaba y se conserva el art. 180 del C.S.T.; pero si se trata de un trabajador de la jornada de 36 horas semanales que labore excepcionalmente en su día de descanso obligatorio sólo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo.

La norma que trata del trabajo habitual en el descanso compensatorio, art. 181 del C.S.T. se conserva igual y se adiciona con la restricción para la jornada de 36 horas consistente en que si el trabajador labora habitualmente en el día de descanso obligatorio sólo tendrá derecho a un

descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo. Como se ve la restricción es idéntica que en el caso anterior al trabajo excepcional en el día de descanso obligatorio.

12) Definición de empresa

La definición genérica de empresa que traía el art. 94 numeral 1 del C.S.T. se conserva idéntica. Hubo variación en los numerales segundo y tercero. Entonces, empresa será toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares o complementarias del objeto social de ellas y que tengan trabajadores a su servicio.

En tratándose de la unidad de empresa cuando una misma persona natural o jurídica decida establecer una nueva unidad de producción para actividades similares o complementarias a su objeto social, no podrá declararse la unidad de empresa sino hasta un plazo de gracia de 10 años de funcionamiento. Por lo tanto los salarios y prestaciones que rijan en la principal no podrán aplicarse, con el criterio de unidad de empresa, sino una vez vencido el período de los 10 años.

La nueva disposición está diseñada con la finalidad de atender los cambios en la producción y los modernos procesos tecnológicos que exige la apertura económica; las inversiones que se hagan en la creación de nuevas unidades de producción estarían desafectadas de cargas laborales que pesarian en las empresas con un objeto social similar o complementario y que estuvieren en manos del sector inversionista.

La norma tiene tres inconvenientes, a primera vista son: la creación de nuevas plantas o factorías estaría en función de fines tales como la descentralización industrial, las exportaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida. El primer inconveniente se nota en la redacción de los dos primeros fines, pues, con el criterio de la descentralización de procesos industriales se puede fraccionar una empresa y descomponerla en unidades de producción inconexas respecto de las cuales no se puede declarar la unidad de empresa. Esta descentralización industrial, en el peor de los casos, puede ser un arma de lucha contra las conquistas sindicales, porque la ley, en ninguna parte obliga a mantener alguna o algunas de las antiguas unidades centralizadas.

Respecto de la finalidad exportadora podemos anotar que la vocación de la economía colombiana es la de ser un país exportador desde el inicio del modelo sustitutivo de importaciones y las medidas económicas que le han dado realidad son un hecho, la nueva apertura económica en nada pretende cambiar tal modelo. Entonces una planta industrial o factoría que se crease dependiente económicamente de otra principal o de un conjunto de unidades económicas ya

establecidas y cuya finalidad fuera la exportadora no podría predicarse de ella la unidad de empresa respecto de sus predecesoras sino una vez transcurrido el período de gracia de 10 años.

Las otras dos finalidades para la creación de nuevas empresas o unidades de producción no tienen ningún reparo de parte nuestra, antes bien, es un anhelo que los medios de producción tengan una finalidad social y que, en el mejor de los casos, esa finalidad desemboque en la "rehabilitación de una región deprimida".

El segundo inconveniente tiene que ver con el plazo de gracia, a nuestro parecer alto, para llegarse a declarar la unidad de empresa después de 10 años de funcionamiento respecto de otra principal o conjunto de unidades de producción. Y el tercero consiste en la preeminencia que adquiere el Ministerio de Trabajo para manejar y hacer la declaratoria de la unidad de empresa de manera exclusiva. La norma prescribe que "previa investigación administrativa" el Ministerio de Trabajo y S.S. podrá declarar la unidad de empresa "cuando ello fuere procedente", conforme a un reglamento que expedirá el gobierno.

Aparte de esta declaratoria de carácter ejecutivo, en la anterior legislación, la misma declaratoria podía ser hecha por un juez con fundamento en el trámite judicial para el caso.

13) Pensión después de 10 y de 15 años de servicios

La norma reguladora de la pensión-sanción reproduce el art. 8 de la ley 171/61, con la excepción de su párrafo que lo elimina. Señala la obligación vigente de los empleadores de pagar la pensión-sanción en aquellos lugares donde el Instituto de Seguros Sociales no ha asumido el riesgo de vejez.

Las últimas interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia señalan, de acuerdo con la ley 171/61 que el riesgo de vejez asumido por el ISS subroga la pensión-sanción, es decir, que el trabajador que tenga derecho a la pensión-sanción si cumplida su edad y demás requisitos para que el ISS asuma la pensión de vejez, ésta subroga completamente a la anterior, por lo tanto no hay concurrencia de ambos riesgos en una sola pensión.

C. DERECHO COLECTIVO

1. DERECHO DE ASOCIACION

Los cambios planteados en la parte individual de esta reforma, a la contratación laboral hacen que las modificaciones propuestas por el gobierno al Derecho de Asociación no sean tan

satisfactorias para los trabajadores, como en términos generales parecen serlo. Esos cambios, como lo analizamos en la parte dedicada a los aspectos individuales de la Reforma, supondrían a la larga una negación del derecho de asociación para los trabajadores.

La modificación de las normas tutelares del derecho de asociación, han sido una necesidad planteada en anteriores ocasiones, ésta Reforma recoge algunas de esas adecuaciones necesarias para hacer real el Derecho de Asociación para los trabajadores ya que los empleadores no han sufrido impedimentos a ese respecto.

Según el Proyecto Gubernamental el Art. 353 del C.S.T. incluiría un tercer numeral donde se consagra la posibilidad de trabajadores y empleadores de "Constituir las organizaciones que estimen convenientes" sin necesidad de autorización previa por parte del Estado. Esa intención es sana y estaba en mora de hacerse. Desde 1976 y por medio de las leyes 126 y 127 de ese año el Estado Colombiano aprobó los convenios 86 y 87 de la OIT que establecían ese derecho, que recoge ahora el proyecto, de los trabajadores a conformar organizaciones sin necesidad de autorización gubernamental previa; así se evitaría que el tiempo transcurrido entre la tramitación de la Personería Jurídica de un Sindicato y su aprobación, sea usado para menoscabar las posibilidades de organización mediante despidos de los trabajadores interesados, también se estaría equilibrando las posibilidades organizativas de los trabajadores con las de otros sectores como los comerciantes, que solo requieren del Registro Mercantil (Arts. 110 y 112 del Co de Co) para conformar sus sociedades. La modificación de este Art. trae consecuencias en los Arts. 361 a 372, 406, 423.

El Art. 354 modificado por el proyecto en su numeral 2o., amplía la posibilidad de sanción pecuniaria para quien atente contra el derecho de asociación sindical, aumentando el límite máximo de la multa de 40 a 100 veces el salario mínimo mensual más alto vigente y elimina la devolución de la multa para el evento de que, posterior a su fijación, sobreviniere una condena penal con sanción económica.

Ambas modificaciones son necesarias en términos de la protección al Derecho de Asociación. Empero la eficacia real de este Art. 354 C.S.T. y del 292 del Código Penal que lo sustituye, ha sido hasta ahora tan escasa que cuando se ha aplicado, ese hecho se constituye en novedad y como tal es resaltado.

Los cambios consignados en la Reforma que comentamos no agotan ni aún en lo formal, la que debería la protección al Derecho de Asociación.

El Art. 354 C.S.T. en su No. 1 remite al Art. 292 del C.P. que dice: "El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que concedan las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas,

incurrirá en arresto de uno (1) a cinco (5) años y la multa de un mil a cuarenta mil pesos".

La redacción de este Art. presenta una ostensible falla legislativa y es la de no incluir la posibilidad de actualización de la sanción pecuniaria. En cambio parece afortunado el hecho de no presentar una ejemplificación taxativa, sino dejar abierta al intérprete la posibilidad de incluir otros hechos no contemplados en la norma como posibles violaciones de la misma.

Empero y conservando esa redacción ejemplificante, útil para ilustrar al intérprete de la norma, podrían citarse otra serie de comportamientos también violatorios de la protección al Derecho de Asociación Sindical. Tales comportamientos serían: Ofrecimiento de prebendas para que el trabajador se desafilie o no se afilie al Sindicato, la variación de las condiciones de trabajo de personal amparado por fuero por razón de su cargo sindical, la negativa a negociar pliego de peticiones, la promoción de pacto colectivo donde exista sindicato, la reticencia a cumplir sentencias de reintegro de trabajadores con fuero, la represión a trabajadores que hubieren intervenido en investigaciones administrativas o procesos judiciales en contra del empleador, etc. (Más ejemplos?)

El Art. 356 C.S.T. cambiaría según el proyecto la denominación del Sindicato de Base por la de Sindicato de Empresa, lo cual no tiene implicaciones jurídicas, sino que apunta más bien a una mejor identificación de la organización, sin embargo ese cambio de nombre sí puede responder a implicaciones ideológicas que inspiran la Reforma y que buscan despolitizar las relaciones laborales.

La otra variación introducida por este Art. consiste en adicionar al nombre de "Los Sindicatos de Industria" la parte que dice "Q por rama de actividad económica", lo que permite entender el concepto de sindicalismo de industria no solo referido "[...] a las actividades extractivas o de transformación, sino también a los demás sectores de la actividad económica, como el comercial, agrícola o de servicios, entre otros."

Aunque ampliada, con respecto a la actual, la presentación del Art. dejó por fuera la posibilidad de que se agrupen en Sindicatos de Industria los trabajadores de Empresas que pertenezcan al mismo grupo económico.

Debe incluirse así mismo la posibilidad de que trabajadores particulares, oficiales y empleados públicos pueden concurrir en un mismo Sindicato, así como abrirse un espacio organizativo a los trabajadores del sector informal. (No está dada posteriormente)

El Art. 361 C.S.T. mejora técnicamente al cambiar la obligación de "levantar un Acta de Fundación" por la de suscribirla. Excluye la necesidad de consignar la residencia. Elimina también la condición provisional de los elegidos. Este Art. es

consecuente con el Art. 353 No. 3 del proyecto por eso los funcionarios elegidos lo son en propiedad y no tienen encomendada la tarea de realizar las gestiones necesarias para el reconocimiento de la Personería Jurídica porque ya ese reconocimiento lo hizo de manera automática el Art. 353. La redacción general del Art. 362 varía, explicita la libertad que tiene la Organización Sindical para dotarse de estatutos y reglamentos y establece la necesidad de que los primeros contengan cuando menos los mismos requisitos estipulados por la norma actual.

El hecho de consagrar esa libertad y el decir que esos son los mínimos requisitos que deben tener, está manteniendo las posibilidades actuales consagradas en el numeral 13 de la Ley vigente, que establece para el Sindicato la facultad de darse a las otras normas que estime necesarias para su buen funcionamiento.

El Art. 363 de la propuesta gubernamental también es consecuente con su Art. 353 No. 3. Establece la obligación de notificar de la Constitución del Sindicato al Empleador y al Ministerio de Trabajo, en cabeza del Sindicato, no de un funcionario en especial como lo hace la norma vigente que atribuya esa tarea al Presidente y Secretario provisionales.

Es mediante el Art. 364 que se pretende viabilizar la posibilidad planteada por el 353 No. 3 de que los trabajadores constituyan organizaciones sin necesidad de autorización previa, en efecto el Art. 364 concede formalmente la Personería Jurídica al Sindicato "por el solo hecho de su fundación y a partir de la fecha de la Asamblea Constitutiva".

El actual Art. 364 prescribe los requisitos necesarios que deben acompañar la solicitud ante el Ministerio de Trabajo para que reconozca la Personería Jurídica de un Sindicato.

El proyecto de Reforma (Art. 365) recoge casi los mismos requisitos pero para la inscripción en el Registro Sindical. Solo exceptúa las literales d) y e) en la norma actual y hace más prácticas las otras, por ejemplo en vez de solicitar la presentación de tres ejemplares de los estatutos solicita apenas uno, también introduce algunas precisiones como la de cambiar "Acta de la Reunión" por "Acta de la Asamblea".

El Art. 366 de la Reforma establece la manera como será tramitada la inscripción y es totalmente nueva; está orientado a hacer eficaz el reconocimiento automático de la Personería Jurídica de los Sindicatos.

Este Art. prescribe en su numeral 10. un plazo máximo de 15 días hábiles, contados desde la fecha de presentación de la solicitud de inscripción ante el Ministerio de Trabajo, para que éste admita o niegue la inscripción en el Registro o formule objeciones al respecto.

En el evento de que la solicitud no reúna los requisitos del Art. 365 de la Reforma, el Ministerio de Trabajo formulará las objeciones para que los interesados corrijan, para responder a esa corrección dispondrá de 10 días hábiles improrrogables. Una vez vencidos los términos enunciados sin que el Ministerio se pronuncie, "La Organización Sindical quedará automáticamente inscrita en el Registro".

El numeral 4 de este Art. 366 designa las únicas causales para negar la inscripción en el Registro, serían: La contradicción de los estatutos con la Constitución Nacional, la Ley o las buenas costumbres; El número de miembros inferior a 25 o cuando se tratare de la inscripción de un Sindicato de Empresa, en una donde ya hubiere sindicato de esta misma clase. El párrafo prescribe una sanción disciplinaria para el funcionario que incumpla injustificadamente los términos previstos, sería útil que la norma estableciera un tipo de sanción de una manera ejemplificante, constituyendo el incumplimiento falta grave y pudiendo dar pie incluso a su destitución.

Para la inscripción no debería mediar una solicitud, sino proceder simplemente de pleno derecho a la presentación de los documentos requeridos por la Ley. La labor del Ministerio se limitaría a la mera constatación, no valoración, de que la presentación cumple los requisitos de los Arts. 365 y 366 No. 4.

Los Arts. 367 y 368 del C.S.T. quedarían, según la propuesta del Gobierno, subsumidos en uno que prescribe la obligación de publicar en el diario oficial, el Acto Administrativo por el cual se inscriba el Registro a una Organización Sindical, desaparece entonces, como es obvio, la necesidad de publicar la Resolución que reconoce la Personería Jurídica y la de enviar esa publicación al Departamento Nacional de Supervigilancia Sindical.

En aras de la libertad de Asociación efectiva es necesario permitir que la Organización Sindical se consolide jurídicamente con celeridad, por eso encontramos necesario que esa publicación se pueda realizar en un diario privado, tal y como lo hacen por ejemplo los abogados cuando han solicitado su inscripción ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial.

La validez de la Modificación de los Estatutos prevista en los Arts. 369 y 370, elimina el requisito actual del concepto que debe dar el Departamento Nacional de Vigilancia Sindical y cambia la necesidad de la aprobación ministerial, por la de la inscripción en el Registro, para que las modificaciones sean válidas.

Sería deseable la completa autonomía de los trabajadores para darse las reformas estatutarias que requieran.

El efecto jurídico de la inscripción en el Registro Sindical es, según el Art. 372 de la Reforma, el que la norma vigente supone

para el reconocimiento de la Personería Jurídica, empero contempla el efecto retroactivo de la inscripción, hasta la fecha de la Asamblea Constitutiva del Sindicato, convalidando así los actos jurídicos que el sindicato haya realizado desde su constitución.

Del Art. 380 C.S.T. la Reforma elimina los literales B y C del ordinal segundo numeral primero de la codificación vigente, que sancionan respectivamente a los Directivos Sindicales que transgredan normas del título I del C.S.T. y al Sindicato con suspensión provisional de su personería. El límite máximo de la multa imponible al Sindicato es aumentado de 5 a 50 veces el salario mínimo mensual más alto.

El numeral 2 Art. 380 de la Reforma trae un procedimiento distinto para la tramitación de las solicitudes de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el Registro Sindical.

Aunque la Reforma nada dice al respecto, parece que esas solicitudes están abiertas a todas las personas con interés jurídico en ellas, la norma actual remite al procedimiento ordinario previsto en el Art. 144 C.S.T., la Reforma propone un nuevo procedimiento especial muy expedito para la tramitación de estas demandas.

El Art. 389 del C.S.T. prohíbe a los empleados directivos de una Empresa formar parte de la Junta Directiva del Sindicato de Base. La Reforma no circunscribe la limitación de los Sindicatos de Base sino que la extiende a todo tipo de Sindicatos; no sabemos si lo hace por descuido o por intención. No suscribimos esa ampliación ya que aunque no parece aconsejable la participación de este tipo de empleados en los cargos directivos del Sindicato, son los trabajadores los que deben establecer esa limitante de manera autónoma al interior de sus Sindicatos.

Del Art. 389 desaparecería la clarificación existente para definir la categoría de empleados de dirección, como los que representan al patrón o tienen funciones de dirección o de confianza personal o pueden ejercer coacción sobre sus compañeros. Igualmente se elimina la posterior enumeración no taxativa, de ese tipo de cargos que trae la norma vigente. Consideramos inconvenientes estas modificaciones, ya que tanto los ejemplos como las clarificaciones permiten al intérprete una aplicación más amplia de la norma, porque esa norma debe ser aplicada para cada caso en concreto, ya que se pueden dar empleados directivos que por su formación o por otras circunstancias están más cerca de los trabajadores que del empleador. En todo caso el intérprete de esta norma debe ser en primera instancia el Sindicato, será el quien determine que personas están llamadas a ocupar sus cargos directivos.

Según el numeral 2 del Art. 291 de la Reforma el cargo de Fiscal del Sindicato será ocupado por la fracción mayoritaria de los minoritarios y no por la minoritaria, eso dará una mayor

representatividad para quien desempeñe las funciones fiscales.

La Reforma Gubernamental adiciona un Art. nuevo al Capítulo VI del título 1o. parte 2a. Este artículo permite al Sindicato "prever en sus estatutos la creación de subdirectivas seccionales en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a 25 miembros. Igualmente se podrá prever la creación de comités seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y en el que se tenía un número de afiliados no inferior a 12 miembros. No podrá haber más de una subdirectiva o comité seccional por municipio". (Ojo comentario)

Se agrega también al C.S.T. otro caso de disolución de la Organización Sindical, el Art. 401 tendría un nuevo inciso que permite al Ministerio de Trabajo o a quien demuestra interés jurídico, solicitar ante un Juez Laboral la suspensión o la cancelación de la Personería Jurídica y la cancelación de la inscripción en el Registro Sindical en el evento de que la Organización Sindical haya incurrido en una causal de disolución.

En cuanto a la garantía de estabilidad en el empleo y en las condiciones de trabajo de que gozan ciertos trabajadores previstas en el Art. 406 las modificaciones del tenor técnico, cambiar 60 días por 2 meses, suponen una importante disminución del amparo foral. La norma actual contempla el mismo número de protegidos con fuero para los miembros directivos del Comité Seccional que para la Junta Directiva o sea 5 principales y 5 suplentes, siempre y cuando actúen en municipio diferente a la Sede Directiva Central y que estén estatutoriamente previstos. Además desaparecer estas especificaciones, la Reforma concede solamente un fuero para los comités seccionales, lo que representa una pérdida de fueros.

La Reforma también restringe la creación de comisión de reclamos a solo una en cada Empresa, impidiendo que las subdirectivas y los comités seccionales la tengan como hoy día, eso también representa una disminución de fueros.

La Reforma tampoco considera que el funcionamiento de los Sindicatos de Industria o por Rama de Actividad Económica necesitarán de una mayor estructura para poder funcionar y por lo tanto de mayor personal amparado por fuero.

El Art. 414 estaría adicionado por un inciso lo que zanja legalmente una cuestión ya definida jurisprudencialmente y es la permisión para "los empleados oficiales de constituir organizaciones sindicales mixtas integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos..." los cuales actuarán teniendo en cuenta las limitaciones legales que suponen el nexo jurídico de sus afiliados con la administración.

Por último el Art. 423 establece que para la inscripción en el Registro Sindical, no para la concesión de Personería Jurídica que será automática, en el caso de federaciones y confederaciones

se procederá de la misma forma que para los sindicatos.

2. CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO

a. Etapa de arreglo directo

El término anterior para la duración de las conversaciones era de 15 días hábiles prorrogables, de común acuerdo entre las partes, hasta por 10 días más.

Ahora esas conversaciones han de durar 20 días calendario, prorrogables de común acuerdo entre las partes hasta por 20 días calendario adicionales.

El parágrafo 1 del nuevo art. 434 del C.S.T. reproduce innecesariamente el art. 436 del C.S.T. que sigue vigente.

El parágrafo 2 del mismo artículo trae una innovación favorable a los intereses de los trabajadores: durante la etapa de arreglo directo podrán participar en la mesa de negociaciones, como asesores, hasta dos representantes de las asociaciones sindicales de segundo y tercer grado.

b. Mediación

Los artículos del anterior Código que regulaban esta etapa quedaron derogados. La medida tiene un criterio sano a la vez que, le da claridad al desarrollo del conflicto colectivo. No se entiende cómo el gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social venía actuando en cualquier conflicto como mediador. Su intervención obligatoria y mediadora distaba de ser en realidad lo que la ley denominaba como tal, pues, aunque presentaba fórmulas de arreglo en cada oportunidad su intervención no era la de un simple mediador, ella estaba apoyada en intereses y parcialidades. Es oportuno que el Estado uno de los mayores empleadores del país a la vez que propietario de empresas industriales y comerciales y de sociedades de economía mixta donde el régimen que se les aplica a sus trabajadores es de carácter privado, haya dejado de intervenir como mediador en los conflictos colectivos económicos entre empleadores y trabajadores; las razones interesadas y su parcialidad ubicaban a los representantes del Ministerio de Trabajo y S.S. en una posición interesada en nada neutral.

c. Declaratoria y desarrollo de la huelga

Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión del tribunal permanente de arbitramento, creado este último a partir de la nueva legislación.

Los tribunales de arbitramento obligatorios que entraban en funcionamiento para casos ad-hoc desaparecen y, los conflictos de la misma índole que resolvían aquellos serán resueltos, en adelante, por el Tribunal Permanente de Arbitramento.

La nueva disposición que modifica el art. 444 del C.S.T. es más clara y despeja los inconvenientes que trajeron la ley 39/85 y su D.R. 477/86 que daban la posibilidad de la declaratoria de huelgas minoritarias. En lo sucesivo las huelgas serán mayoritarias declaradas en asamblea general (lo mismo que la solicitud de someter el conflicto al Tribunal Permanente de Arbitramento) para lo cual se dispondrá de un término de 10 días después de terminada la etapa de arreglo directo.

Se conserva la obligación de dar aviso con una antelación de 5 días a las autoridades del Ministerio de Trabajo y S.S. para que puedan comprobar y estar presentes en el desarrollo de la asamblea.

La huelga sólo podrá efectuarse transcurridos dos días hábiles y no más de 10 días después de su declaración.

Los términos anteriores del art. 445 decían "sólo podrá efectuarse transcurridos 5 días de la declaración de ésta y no más de 30 después". Aquí se operó una reducción del período dentro del cual debe desarrollarse la huelga.

El numeral 2 del nuevo art. 445 del C.S.T. conserva en su contenido el numeral 2 del art. 3 de la ley 48/68 que autorizaba la toma de la decisión de someter las diferencias, por parte de los trabajadores, a un tribunal de arbitramento aún después de iniciada la huelga. Pero el nuevo artículo incluye la problemática frase de que los que pueden tomar la decisión de esta opción son "los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto"; no se lograron superar las vaguedades introducidas en el mismo sentido por la ley 39/85 y el D.R. 477/86.

Se conserva también la posibilidad que tenía el inc. 2 del art. 445 C.S.T. de que las partes dentro del término para el desarrollo de la huelga podrán adelantar conversaciones directamente o con la intervención del Ministerio de Trabajo y S.S.

d. Funciones de las autoridades

Se conservan los dos primeros numerales del art. 448 que señalan las funciones de las autoridades.

El tercero se modifica, y en su lugar se coloca la atribución para el Ministerio de Trabajo de convocar, antes o después de la declaratoria de huelga, ya fuere a solicitud de parte o de manera oficiosa, y someter a

votación si se desea eliminar las diferencias persistentes que no se solucionaren en la etapa de arreglo directo a la decisión del Tribunal de Arbitramento permanente. Esta nueva disposición reproduce casi exactamente el inc. 2 del numeral 2 del art. 3 de la ley 48 de 1968.

El numeral 4 del nuevo art. 448 reproduce íntegramente el art. 3 del D. 939/66 que autorizaba al Ministerio de Trabajo para dar por terminada una huelga que se prolongara por más de 30 días (ahora son 30 días calendario) para ordenar que las diferencias se sometían a la decisión de un tribunal de arbitramento obligatorio (ahora permanente).

Ha de entenderse que el término fue reducido y que, en realidad la interpretación concordante del D. 939/66 daba lugar a que el término para que el Ministerio interviniera era de 40 días. Una vez tomada la decisión los trabajadores deberán reanudar labores dentro de un término máximo de 3 días hábiles, igual término que antes.

e. Casos de ilegalidad y sanciones

Se conservan los causales del art. 450 numeral primero para que la suspensión colectiva del trabajo sea declarada ilegal. A esas causales se adiciona una más, la del literal e, y dicen que la suspensión colectiva del trabajo es ilegal "cuando se efectuare después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga".

Del numeral 2 del art. 450 C.S.T. queda eliminada la facultad del Ministerio de Trabajo para suspender y cancelar la personería jurídica del sindicato y para su disolución si hubiere promovido o apoyado la suspensión o paro del trabajo. Este error fue afortunadamente corregido y tal atribución, como debía ser, pasó a manos de la justicia del trabajo ante quien el Ministerio de Trabajo solicitará la suspensión o cancelación jurídica del sindicato conforme al procedimiento que regula el nuevo proyecto.

El numeral 3 del art. 450 C.S.T. pasa a ocupar sin modificación alguna el numeral 4.

3. TRIBUNAL PERMANENTE DE ARBITRAMIENTO

En la legislación vigente el Código Sustantivo del Trabajo contempla el Tribunal de Arbitramento como última instancia para resolver los conflictos colectivos de carácter económico. Su competencia y composición orgánicas, lo mismo que el procedimiento y naturaleza de sus decisiones están fijadas según los textos de los arts. 452-463 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.) -capítulos VI a VIII del título II de la segunda parte-.

Ahora surge con el proyecto la posibilidad de creación de un nuevo tribunal de arbitramento, único, con funcionamiento permanente.

En cuanto a las disposiciones que directamente tocan su naturaleza, composición, forma de funcionamiento, competencias y carácter de las decisiones que está llamado a tomar, nos proponemos dar una explicación haciendo un comentario crítico y paralelo al proyecto inicialmente presentado por la comisión de abogados laboristas y el proyecto que finalmente fue llevado al Congreso. La visión de conjunto nos permite observar la filosofía del proyecto inicial, y las modificaciones hechas sobre el primero son, en otro sentido, el trasunto de las características de la reforma laboral que el actual gobierno impulsa.

Al proyecto de la comisión de abogados laboristas, presentado bajo el número cinco (5), en adelante para efectos de simplificación, lo llamaremos proyecto A, y al proyecto de ley presentado por el Gobierno al Congreso y que recoge en una de sus secciones el proyecto inicial modificado, lo llamaremos proyecto B.

a) Finalidad para su creación.

Las razones directas para la creación del tribunal permanente de arbitramento se asientan en una doble evaluación negativa sobre la historia laboral que han dejado hasta ahora los tribunales de arbitramento obligatorios.

Estos han sido un fracaso, entre otros argumentos se exponen la dificultad de elección del tercer árbitro, la dilación del conflicto que conduce a una ausencia de aplicación de la justicia y, por ende, a la deflación de los intereses económicos de los trabajadores, laudos técnicamente mal elaborados que son vulnerables por vicios de forma, dejando a la postre a las partes en peor situación que la inicial al momento de crearse el conflicto.

También se evalúa negativamente la dificultad real de una organización de la administración de justicia que resuelva los conflictos para los que fue creada. Las cifras de negocios acumulados en los despachos y sin solución es escandalosa. No se entiende por qué respecto de un proceso que requiere una sentencia de fondo tenga que decretarse una prescripción judicial, pues aun en los casos de procesos penales que se impulsan mediante el principio inquisitivo, esta es una figura corriente.

El tribunal permanente de arbitramento responde al propósito de lograr una especialización en la administración de justicia, por eso cada una de sus tres salas tendrá dos expertos en economía, conocedores de los conflictos colectivos de interés, de la situación económica y financiera de las empresas y, en todo caso, de la economía del país, y uno en derecho para guiar la

interpretación, conocimiento y aplicación de las normas jurídicas.

En concordancia con lo anterior, el tribunal de arbitramento permanente responde a la necesidad de obtener la racionalización de la decisión del conflicto colectivo. El descrédito y la irracionalidad de las decisiones de los tribunales de arbitramento son las primeras connotaciones negativas que el actual proyecto pretende cambiar.

b) Designación de los árbitros.

El proyecto de la comisión de abogados laboristas art. 2 (proyecto A para nosotros), traía como primera fórmula para hacer la designación de los árbitros la intervención directa y de común acuerdo entre las organizaciones patronales y las centrales obreras en la forma como ellas lo determinaran en el Consejo Nacional Laboral.

El proyecto presentado por el gobierno art. 32 (proyecto B para nosotros), eliminó la posibilidad que fueran las centrales obreras y los sectores gremiales representados en el Consejo Nacional Laboral los primeros autorizados en hacer la designación de los árbitros. El tribunal se integrará, en principio, con la designación que hará el gobierno Nacional de sendas listas con treinta (30) economistas y veinte (20) abogados que, para estos efectos, presentarán los sectores representados en el Consejo Nacional Laboral.

c) Requisitos.

Los árbitros deben ser economistas o abogados especializados en derecho del trabajo, mayores de treinta y cinco (35) años, que hayan ejercido la profesión con buen crédito en un período superior a diez (10) años. De la redacción del proyecto B no se deduce que los economistas tengan que ser especializados en una área determinada de su profesión; el proyecto A sí traía un requisito de esta índole.

d) Competencia.

El proyecto A art. 4 atribuía las siguientes: decidir todos los conflictos económicos colectivos, ya fueren en actividades de servicio público o no, cuando no se hubiere logrado suscribir la respectiva convención colectiva; conocer de la reducción del personal de trabajadores cuando por razones técnicas o financieras, ello se hiciera indispensable; conocer de la revisión de las convenciones colectivas según el art. 480 del C.S.T., y las demás que asignare la ley.

El proyecto B eliminó la competencia que señalaba el anterior proyecto en cuanto al conocimiento para la reducción de personal. Y por tanto, quedó esta comprendida dentro de la hipótesis del despido colectivo para el cual se está autorizando dentro del mismo proyecto al Ministerio de Trabajo.

Si tal hecho eventualmente llegare a determinar un despido colectivo, dentro del proyecto A el tribunal no perdería la

competencia porque el caso concreto estaría cobijado en los límites de la norma genérica.

El proyecto B art. 53 lit. d y e asignó dos nuevas competencias, inexistentes en el proyecto A.

Estas competencias estaban radicadas en el Ejecutivo, de acuerdo al decreto 939 de 1966, la primera de ellas otorga la posibilidad de someter el conflicto colectivo económico a un tribunal de arbitramento después de haber transcurrido un término de 40 días desde la iniciación de la huelga.

Ahora la competencia se conserva en el tribunal de arbitramento permanente, en los casos que el Ministerio de Trabajo decida someter a decisión del tribunal los conflictos colectivos económicos después de transcurridos 30 días calendario.

La segunda facultad fijada por la ley 48 de 1968 que elevó a legislación permanente el decreto 939 de 1966, otorga la posibilidad de terminar la huelga y someter el conflicto colectivo a la decisión de un tribunal de arbitramento cuando ella afecte gravemente la economía nacional. Ahora, como antes, requerirá previo y favorable concepto de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y el conflicto colectivo se someterá a la decisión del tribunal permanente de arbitramento.

Ambas competencias están diseñadas con la finalidad de restringir el derecho de huelga; son competencias para fijar los límites de la huelga dentro de un marco económico intervenido por el Estado.

e) Momento en que adquiere la competencia el Tribunal.

Al día siguiente de concluida la etapa de arreglo directo en los conflictos colectivos que se presenten en los servicios públicos y en los que estén comprometidos trabajadores oficiales.

El párrafo del art. 53 del proyecto B niega las aspiraciones de ampliar el derecho de huelga a los trabajadores del Estado. Ni los empleados públicos ni los empleados en ramas de servicio público tienen este derecho. Inicialmente se creyó que la reforma laboral del Gobierno ampliaba el derecho a la negociación colectiva y por ende, de huelga a los trabajadores del Estado, pero no es así. Tanto los conflictos que se presenten en actividades de servicio público como en los que estén comprometidos trabajadores oficiales, luego de terminada la etapa de arreglo directo se someterán al conocimiento del Tribunal de Arbitramento Permanente.

En los demás casos será competente, una vez se comuniquen la decisión de someter a su consideración el conflicto colectivo, ya sea por los interesados o por el gobierno.

f) Procedimiento Arbitral.

1. Las partes disponen de dos (2) días hábiles para enviar al Tribunal todos los antecedentes del conflicto, dentro de los cuales se incluirán sendos estudios económicos y jurídicos junto

con sus fundamentaciones y anexos.

2. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a aquel en que haya recibido el expediente el Tribunal procederá a convocar las partes para obtener información precisa sobre el conflicto; ponerles de presente los planes y programas de desarrollo del gobierno y su incidencia en el respectivo conflicto; facilitar la mayor información posible a las partes en relación con aspectos técnicos y económicos para contribuir a racionalizar el conflicto y a acercar a los interesados a una solución directa.

3. El proyecto A art. 5 ord. 3 señala la incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre aspectos de procedimiento, formalidades probatorias, términos, nulidades, al momento de fallar. El proyecto B art. 54 ord. 3 señala la obligación de corregir las irregularidades antes de proferir el laudo, pero no impone el límite de su competencia hasta los aspectos formales o cualquier fenómeno jurídico similar al momento de proferir el laudo.

4. El laudo deberá proferirse dentro de los 30 días siguientes a aquel en que recibió el expediente el Tribunal.

5. Si las partes llegaren a un acuerdo antes de proferirse el laudo, aquel se protocolizará como convención colectiva ante el Tribunal.

Ambos proyectos conservan una regulación semejante en lo relativo al procedimiento arbitral, la única diferencia está en el tratamiento dispar de las fallas procedimentales o formales y su incidencia en la sentencia de fondo (como puede leerse en el numeral 3).

g) Contenido del laudo arbitral.

1. Como todo fallo, debe tener una parte motiva donde precisará los antecedentes del conflicto, identificará las partes, y determinará los fundamentos entre los que destacará los técnicos de orden económico.

2. Las peticiones no económicas deberán ser decididas en derecho teniendo como límite únicamente los principios constitucionales, en especial los arts. 17, 30 y 32 de la Constitución Nacional.

Esta disposición merece un particular comentario, se quiere decir en ella que las peticiones no económicas, es decir las peticiones jurídicas de orden colectivo deben ser resueltas teniendo únicamente como límite la Constitución. Hasta ahora los conflictos colectivos jurídicos son decididos por la jurisdicción del trabajo, y el marco normativo dentro del cual deben resolverse es la ley, y en particular la ley laboral. Entonces puede válidamente interrogarse sobre el alcance de la competencia del Tribunal de arbitramento sobre esta materia, podrá el Tribunal permanente de arbitramento crear derecho pues el único límite suyo está en la Constitución?

3. Respecto de los conflictos jurídicos individuales comprendidos en las peticiones, el Tribunal se declarará inhibido y los remitirá al juez competente.

4. El Tribunal permanente de arbitramento deberá decidir siempre el fondo del conflicto en todos los puntos no resueltos por las partes

Este deber en el proyecto B aparece matizado por la condición de que "ello sea procedente". En otras palabras, el laudo arbitral puede no decidir el fondo del conflicto porque no se hubieren corregido a tiempo las fallas procedimentales.

Un avance considerable traía el proyecto A, pues se consideraba que el Tribunal estaba facultado para decretar todas las pruebas que fueren necesarias, y para el pleno cumplimiento de la garantía sustancial de decidir el fondo del conflicto, establecía como presunción de derecho, subsanadas las omisiones o irregularidades que pudieran existir.

5. Los acuerdos parciales a los que hubieren llegado las partes se integrarán al laudo sin ninguna modificación.

6. La decisión arbitral será retrospectiva, siempre que fuere posible, para que no haya solución de continuidad respecto del contrato colectivo o laudo anteriores.

7. El laudo arbitral tendrá una vigencia de dos (2) años y pone fin al conflicto colectivo. Durante su vigencia no puede haber suspensión colectiva del trabajo.

La vigencia del laudo en el proyecto A no podía ser superior a aquella que haya sido solicitada por los trabajadores en el pliego de peticiones.

El proyecto B recogió íntegramente el art. 461 del C.S.T.

El plazo de la vigencia puede, en principio, limitarse o bien por los trabajadores o bien por el legislador.

Creemos que, son aquellos quienes en últimas pueden determinar las condiciones de ingreso, estabilidad, capacidad adquisitiva de sus salarios y, por lo tanto, el término de duración de las condiciones de sus contratos laborales.

h) Recurso Extraordinario de Homologación.

El laudo será susceptible únicamente de atacarse mediante este recurso ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Deberá interponerse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación del laudo.

El proyecto A imponía una diferencia: sólo las decisiones no económicas sería susceptibles del recurso de homologación, ello con la finalidad de que una vez ejecutoriado el laudo las prestaciones económicas tuvieran un cumplimiento inmediato, y las nuevas situaciones laborales no quedarán en entredicho o suspenso

por el recurso interpuesto. Se diseñó en el proyecto A un Tribunal ejemplar cuyas decisiones tuvieran un cumplimiento inmediato, pero el proyecto B mediatizó todas las decisiones del Tribunal a la solución relativa del recurso de homologación. El proyecto B, como podemos deducir, escamotea la eficacia del Tribunal marcando nuevas dilaciones al conflicto colectivo que inicialmente había propuesto combatir.

i) Procedimiento Especial.

Este es un procedimiento diferente del procedimiento arbitral genérico explicado anteriormente y que el proyecto B dejó únicamente para las revisiones de las convenciones colectivas de que trata el art. 480 del C.S.T. A más del anterior caso el proyecto A había señalada este procedimiento para que el tribunal resolviera sobre las reducciones de personal en las empresas.

1) La parte interesada hará por duplicado solicitud escrita y motivada. Esta solicitud reúne sustancialmente los requisitos de una demanda: debe señalar el nombre y dirección cuando se trate de personas determinadas, indicar claramente las pretensiones, los hechos que les sirvan de fundamento y las pruebas que los respaldan.

El proyecto B eliminó la obligación previa, contemplada en el proyecto A, de informar a los trabajadores sobre la solicitud de revisión de la convención colectiva de trabajo.

2) Además de la solicitud debe allegarse:

- a. Las pruebas que demuestren los hechos fundamento de las pretensiones.
- b. Un estudio económico, financiero y/o técnico justificatorio de las pretensiones.

3) Recibida la solicitud:

a. Se notificará dentro de los tres (3) días siguientes. El proyecto B señala como norma general la notificación personal. El proyecto A combinaba la notificación por telegrama certificado para personas determinadas y por aviso para los casos de personas indeterminadas, además de telegrama certificado a la sede principal del sindicato.

Es preferible la forma de notificación del proyecto A, con la aclaración necesaria de que la notificación al patrono o empleador se hace también de la misma forma que a los trabajadores determinados.

Las formas subsidiarias que trae el proyecto B en caso de que la notificación personal fracase, implican una largueza en los términos que desdice de la economía de tiempo que el mismo proyecto promete asegurar.

b. Traslado.

El proyecto A fijaba en 20 días el término para que el

expediente quedara a disposicion de las partes en la secretaria del Tribunal y en la sede de la empresa o establecimiento.

Este periodo estaba pensado para que los interesados tuvieran derecho a la informacion concerniente al conflicto y, naturalmente, para ejercer el derecho de defensa.

El proyecto B redujo el termino en cinco (5) dias para que la contraparte conteste la solicitud y presente las pruebas pertinentes. Este termino irrisorio no se compadece ni del derecho de defensa ni del derecho a la informacion sobre los aspectos de la solicitud. Es un termino brevisimo que coloca a la contraparte, que bien pudiera ser el sindicato o el patron, en una situacion de desventaja real; ninguno de ellos, en la mayoria de los casos, estara en capacidad de presentar un estudio economico, financiero y/o tecnico serio que controvierta al primero en un termino de cinco (5) dias. Si este termino se conserva para el traslado de la solicitud de la revision de la convencion colectiva, la contraparte en estos procesos, que bien pudiera ser los sindicatos, tendra que atenerse a los fundamentos de la solicitud inicial.

4) Las pruebas deberan practicarse dentro de los diez (10) dias siguientes al vencimiento del traslado, para lo cual el Tribunal tendra facultades oficiosas.

5) El laudo debera proferirse dentro de los quince (15) dias siguientes al vencimiento del termino para practica de pruebas. En el se precisaran las razones de orden tecnico que lo fundamentan.

6) Contra el laudo que expida el Tribunal en este caso no procede recurso alguno.

Esta clausula final que encontramos igual en ambos proyectos guarda una logica en relacion a la eficacia del fallo, pues este busca el cumplimiento inmediato de las decisiones arbitrales, siempre que, hubiere existido suficiente ejercicio del derecho de defensa. Pero en el proyecto B que limita sobremanera el derecho de defensa, como ya vimos, casi que lo reduce a su mas exigua expresion, esta clausula pierde sentido y solo sirve, junto con la que senala el termino del traslado, para que el procedimiento especial para revisar las convenciones colectivas sea un instrumento formalmente bien regulado pero que no es otra cosa que un procedimiento inicu.

4. CIERE DE EMPRESAS Y PROTECCION EN CASO DE DESPIDOS COLECTIVOS

Art. 466 C.S.T., reformado. El proyecto elimino el termino previo de un mes para dar aviso a los trabajadores en el caso de despidos colectivos por razones distintas a la fuerza mayor y el caso fortuito.

A su vez el proyecto senala que el aviso a los trabajadores es simultaneo con la solicitud que se haga al Ministerio de Trabajo.

Art. 40 del D. 2351/65. Protección en caso de despidos colectivos.

Numeral 1. El proyecto señala la precisión del aviso simultáneo por escrito de la solicitud a los trabajadores.

Numeral 2. Se introduce la razón impersonal ajena al empleador para suspender labores, dice el proyecto: "por razones técnicas o económicas", esto quiere decir que son las razones de un mercado competido las que determinan el cierre o el despido y no la voluntad del patrono.

Numeral 3. Introduce causales para autorizar el cierre o la suspensión y ellas tienen que ver con la incidencia de la apertura económica y la modernización de empresas y procesos productivos. La redacción del numeral en oposición a las demás causales no es técnica, no están separadas ni bien diferenciadas las causales sino que están entregadas en un párrafo apretado. Además se deja abierta cualquiera otra causal fundada en las mismas razones, en oposición a la precisión y taxatividad que traía el D. 2351/65.

Objeciones: El Ministerio de Trabajo conserva omnimodas facultades discrecionales en estos casos pues es él quien autoriza la solicitud. No se entiende cómo en desarrollo de los arts. 17 y 32 C.N. no se haya dado tal atribución a un organismo de concertación como el C.N.L. o a una autoridad judicial o arbitral como son la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Permanente de Arbitramento que se proyecta crear. Es decir, somos de la creencia que tal medida corresponda a una situación de concertación dentro de una mayor justicia social o dentro de un espíritu de coordinación social, y si esto no, pretendemos que tal decisión corresponda a un organismo que falle con razones estrictamente dentro del derecho o de la economía y no discrecionalmente como lo haría el Mintrabajo.

Numeral 4. Se precisa qué ha de entenderse por despido colectivo. En la legislación anterior no había una definición tal y su elaboración había sido de carácter jurisprudencial o doctrinaria. Esta definición del 10% de los trabajadores en un período de 6 meses es contundente ya que unifica un criterio para todos los casos. No nos atrevemos a comentar si es necesario adicionarle algún elemento cualitativo a este desnudo cálculo cuantitativo, pero en las elaboraciones anteriores se conjugaba un elemento cualitativo con uno cuantitativo.

Numeral 5. Aplicación del art. 140 C.S.T.

La antigua legislación también lo contempla en el art. 40 numeral 3 y 5 D. 2351/65.

Numeral 6. Del proyecto.

Precisa la obligación del patrono a pagar la indemnización

como si se tratara de despido sin justa causa; esta obligación también existía en la legislación anterior art. 466 C.S.T. Pero limita que las empresas o empleadoras con un capital inferior a 1.000 salarios mínimos pagan el 50% de la indemnización respectiva. Será una protección a las pequeñas empresas y quizá a las micro-empresas?

5. EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

El proyecto inicial del senador Alvaro Uribe Vélez será el referente para extraer las conclusiones del caso. Lo llamaremos proyecto a, y el que actualmente se discute en el congreso lo llamaremos proyecto b. Nos interesará resaltar las diferencias generales de ambos proyectos, a la vez que, el análisis de sus espíritus normativos.

El art. 63 del proyecto b prescribe que se entenderá por empresa de servicios temporales. Esta definición es novedosa dentro de la legislación laboral y, corresponde a la regulación jurídica de carácter laboral de las empresas cuyo objeto es la intermediación del trabajo; es la naturaleza de su objeto la que precisa el porqué es más apropiado que su regulación se encuadre dentro de la legislación del trabajo y no en la comercial. Quedan estas empresas, según los proyectos analizados, sometidas a un régimen mixto. Como personas jurídicas deben cumplir con los requisitos de las sociedades que son: creación mediante escritura pública; publicidad a través de la inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de su domicilio. Como su objeto es una materia de particular importancia: la intermediación del trabajo, quedan sometidas al régimen de autorización, vigilancia y control por parte del Ministerio del Trabajo.

Respecto de los trabajadores de planta en las empresas de servicios temporales, o en misión en las sedes de los usuarios que contratan con ellas, serán empleadoras.

Dice el art. 63 del proyecto b: "Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para controlar (sic) -debe leerse colaborar según proyecto a- 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".

En el tipo de relaciones que se conjugarían entre las empresas de servicios temporales y las usuarias de ellas encontramos tres personas o partes y dos contratos diferentes. Así que, habrá un contrato de prestación de servicios entre la empresa de servicios temporales y las usuarias, cuyo objeto es la ejecución de labores personales de un trabajador a favor de un tercero con respecto de quien no existe el carácter de empleador, a cambio de una contraprestación económica por el servicio prestado. El soporte material de este contrato es la intermediación de la fuerza

laboral.

Existirá también un contrato de trabajo entre la empresa de servicios temporales y los trabajadores que contrate, cuyo objeto es el de cualquier otro contrato de trabajo.

Clases de trabajadores.

Serán de dos clases: trabajadores de planta que desarrollarán sus actividades en las instalaciones propias de la empresa de servicios temporales, y trabajadores en misión que serán las personas que la empresa de servicios temporales envíe a las dependencias de sus usuarias a ejecutar el servicio contratado por estas.

Régimen de los trabajadores de las empresas de servicios temporales.

A los trabajadores de planta se les aplicará las normas laborales comunes.

El régimen para los trabajadores en misión varía por las nuevas regulaciones que se pretenden introducir, pues a ellos se les aplicará el Código Sustantivo del Trabajo y las normas especiales en las que se regule las empresas de servicios temporales. Estos tendrán derecho a:

a. La compensación monetaria por vacaciones y prima de servicios proporcional al tiempo laborado. Ello equivale a decir que esta prescripción desnaturaliza el contenido social y humano de las vacaciones como un descanso remunerado y, plantea que el trabajador temporal en misión no tiene derecho al descanso de vacaciones sino a una suma dineraria que cubriría tal periodo.

(Art. 68 del proyecto b y art. 7 del proyecto a).

b. Las prestaciones derivadas de la salud ocupacional en los mismos términos que las leyes determinan para los trabajadores permanentes. (Art. 70 del proyecto b y 8 del proyecto a).

c. Los beneficios que el usuario tenga establecido para sus trabajadores en el lugar de trabajo en materia de transporte, alimentación y recreación; además de las anteriores el proyecto a incluía la higiene y la seguridad industrial. (Art. 71 del proyecto b y 9 del proyecto a).

* En el proyecto a art. 16 se contemplaba la obligación de constituir una póliza de garantía de cumplimiento salarial, prestacional e indemnizatoria a favor de sus trabajadores. En el proyecto b art. 74 num.5 se recoge la misma intencionalidad de protección de las garantías y obligaciones económicas surgidas del contrato de trabajo, pero el beneficiario sería el Ministerio de Trabajo quien, de manera diferida, reembolsaría las sumas que correspondan a los trabajadores.

Ambas normas son problemáticas porque no se elaboraron con la teleología necesaria al derecho sustancial que se asegura con

ellas; no se nota un procedimiento especial por medio del cual se hicieran efectivas las sumas que correspondieren a los trabajadores como consecuencia del incumplimiento en el pago por parte de las empresas empleadoras. Sin embargo, es más beneficiosa la norma del proyecto a pues permite que sea el trabajador quien tenga la legitimidad por activa para demandar el pago del seguro. El procedimiento común que se seguiría sería constituir un litis consorcio entre la empresa aseguradora y la de servicios temporales para que con una cuota del seguro se pague lo que en el proceso laboral quedare a la empresa empleadora a deber al trabajador. El proyecto b no hace posible aplicar directamente esta última vía y tampoco explica otra cualquiera, por lo que pensamos que este vacío hace más compleja la situación para los trabajadores.

Obligaciones de los usuarios respecto de los trabajadores en misión.

Cuando se trate de oficios que ofrezcan riesgos particulares o actividades particularmente peligrosas para las que los trabajadores requieran un entrenamiento especial. Tanto la capacitación como el suministro de elementos de protección necesarios los dejó el proyecto b art. 70 inc. 2o. a la voluntad contractual entre la empresa de servicios temporales y el usuario. En cambio, el proyecto a art. 8 inc. 1o. fijaba esta obligación en cabeza del usuario.

Además los beneficios que el usuario tenga establecido para sus trabajadores en materia de transporte, alimentación y recreación, que ya comentamos en el literal c. anterior.

*Circunstancias en las que los usuarios pueden contratar con las empresas de servicios temporales.

En ambos proyectos la calificación de las circunstancias que pueden dar lugar a la celebración de contratos con empresas de servicios temporales es bien diferente. Mientras que el proyecto a pretende determinar la temporalidad de los contratos de trabajo a doce (12) meses para circunstancias normales, y, para algunas excepcionales como la demanda extraordinaria que implicara exportación de bienes y servicios, cuando se tratara de trabajos ocasionales o transitorios que no hicieren parte del giro ordinario del empresario como la sistematización de la empresa, instalación de equipos, restauración de equipos, restauración de locales, puesta en ejecución de nuevas tecnologías, o cuando se tratara de la creación de nuevas empresas o desarrollo de nuevas actividades en empresas ya establecidas, el servicio temporal podría extenderse hasta 24 meses. En todos los demás casos el servicio temporal normal no podría ser superior, por ninguna justificación, a 12 meses.

A lo anterior sumamos que el proyecto a era más claro al determinar que ninguna empresa podría cubrir cargos permanentes en la misma con trabajadores en misión de las empresas de

servicios temporales, salvando sólo los casos de vacaciones y licencias. (Art. 10 del proyecto a).

El proyecto b no hace otra cosa que describir una serie de actividades que se convertirán en temporales pero descuida la elaboración del concepto de temporalidad como una cifra numérica de tiempo y se desliza a enumerar un conjunto de actividades que traía el Código Sustantivo de Trabajo como trabajo ocasional o transitorio en su art. 6, y las que estaban sujetas a la celebración de contratos a término fijo según el art. 46 del mismo código. Estas fueron presentadas en el art. 69 del proyecto b, las primeras en el numeral 1 y las segundas en los numerales 2 y 3. En el numeral 3 se incluyeron unas actividades para ampliar las que el código había determinado sujetas a contrato a término fijo.

El numeral 4 del art. 69 del proyecto b señala que se celebrarán contratos temporales también para el desarrollo de actividades del usuario que por su naturaleza sean temporales.

Somos de la opinión que en este último numeral falla el proyecto, pues no se encuentra en otra disposición un criterio que nos dé certeza jurídica sobre que sean actividades de naturaleza temporal para los usuarios. Sobre las dificultades del art. 69 del proyecto b por una falta de precisión del fenómeno de la temporalidad en los contratos ver más adelante el comentario incluido en los numerales 2, 3 y 4 de los inconvenientes del proyecto del gobierno.

Requisitos legales para la creación y funcionamiento de empresas de servicios temporales.

1. Constitución de la empresa mediante escritura pública en la que se acredite un capital pagado igual o superior a 500 veces el salario mínimo legal mensual vigente.
2. Inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio.

Además de los anteriores para su funcionamiento debe presentar al Ministerio de Trabajo:

3. El reglamento interno de trabajo en el cual habrán especiales disposiciones relativas a los derechos y obligaciones de los trabajadores en misión.

4. Los formatos de los contratos que celebre con sus trabajadores y con los usuarios del servicio.

5. Una póliza de garantía de una compañía legalmente establecida en Colombia a favor del Ministerio de Trabajo en cuantía no inferior a 500 veces el salario mínimo mensual legal vigente para asegurar los salarios y prestaciones de los trabajadores en caso de iliquidez de la empresa. (Art. 74 num. 5 del proyecto b). El proyecto a art. 16 era más amplio al determinar que la póliza debería ser de garantía de cumplimiento salarial, prestacional e indemnizatoria, lo que quiere decir que, en los casos de incumplimiento por parte de la empresa respecto de sus trabajadores se hiciera efectiva la garantía. El proyecto b no

aporta una claridad como la del proyecto inicial, creemos que la póliza sigue siendo de garantía de cumplimiento pero reducida a los eventos de iliquidez de la empresa.

Cumplidos los requisitos el Ministerio de Trabajo autorizará el funcionamiento de la respectiva empresa de servicios temporales mediante resolución motivada. Para el funcionamiento de los establecimientos de comercio, las alcaldías exigirán la resolución de autorización expedida por el Ministerio de Trabajo debidamente ejecutoriada. Lo mismo que para renovar la licencia exigirán a las empresas de servicios temporales la presentación de la aprobación vigente expedida por el Ministerio de Trabajo.

Requisitos de los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios.

1. Deberán constar por escrito.

2. Hacer constar que la empresa de servicios temporales asume sus obligaciones laborales como el pago de salarios, trabajo suplementario y prestaciones sociales, de acuerdo a la ley.

3. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.

La obligación envuelta en esta disposición fijada en el art. 72 num. 3 del proyecto b colleva a la siguiente confusión: al determinar que las empresas de servicios temporales deberán constituir una póliza a favor del Ministerio de Trabajo, este cambio y la especificidad de la garantía a los casos de iliquidez de la empresa de servicios temporales, nos lleva a concluir que son dos las pólizas, una a favor del Ministerio de Trabajo según el numeral 5 del art. 74 del proyecto b y otra de cumplimiento de las empresas de servicios temporales respecto de sus trabajadores en misión, que naturalmente tiene que ser a favor de estos mismos trabajadores. Esta confusión estaba salvada en el proyecto a, pues la póliza de cumplimiento debía ser una sola a favor de los trabajadores, y no había en ese proyecto póliza alguna a favor del Ministerio del Trabajo. Estos vacíos surgidos de la interpretación de la norma se evitan siempre con una buena técnica legislativa, pero en el proyecto del gobierno la elaboración de las normas atiende más afines políticos que a una correcta fijación de los fundamentos jurídicos.

4. Determinar la forma de atención de la salud ocupacional que corresponda a una de las dos partes para con los trabajadores en misión.

Régimen de prohibiciones y sanciones.

1. Las empresas de servicios temporales no podrán prestar sus servicios a usuarias cuyos trabajadores se encuentren en huelga.

Esta es la prohibición más importante y tiende a la protección que las leyes, de acuerdo a la Constitución Política, tienen que darle al derecho de huelga.

2. El Ministerio de Trabajo no podrá autorizar el funcionamiento de empresas de servicios temporales cuando alguno de los socios, el representante legal o el administrador hayan pertenecido a otras empresas de la misma naturaleza sancionadas con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento dentro de los últimos cinco años. (Art. 81 del proyecto b y 23 del proyecto a).

3. El Ministerio de Trabajo podrá suspender o cancelar las autorizaciones de funcionamiento de acuerdo a un reglamento que expedirá el Gobierno Nacional.

4. El Ministerio de Trabajo tendrá la facultad de imponer multas en un monto de 1 a 100 veces el salario mínimo mensual más alto, en ejercicio de la función de control y vigilancia para las faltas legales que llegaren a cometer las empresas de servicios temporales. (Art. 86 del proyecto b y 25 y 32 del proyecto a).

Régimen de control y vigilancia.

Las empresas de servicios temporales quedarán sujetas al control y vigilancia del Ministerio de Trabajo para garantizar el cumplimiento de las leyes laborales y de su régimen legal propio. (Art. 82 del proyecto b y 25 del proyecto a). Es por ello que tendrán que presentar los informes estadísticos que este los solicite en relación con la oferta y demanda de mano de obra, sectores de actividad económica y escalas de remuneración; también estarán obligadas a comunicar toda reforma estatutaria dentro de los 30 días siguientes a su protocolización. (Arts. 79 y 75 del proyecto b, y 20 y 14 del proyecto a).

La obligación última que la norma impone de informar la reforma estatutaria no aclara la consecuencia jurídica del incumplimiento. Podría quizás plantearse que quedaría en el régimen de las sociedades irregulares que se estudian dentro de la doctrina comercial.

INCONVENIENTES GENERALES DEL PROYECTO DEL GOBIERNO EN LO RELATIVO A EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.

1. El proyecto inicial del senador Alvaro Uribe Vélez (proyecto a para nosotros) señalaba la posibilidad lógica y concordante con el código que el trabajador en misión tuviera una remuneración equivalente a la de los trabajadores que desempeñaran el mismo oficio en las empresas usuarias.

Esta disposición estaba asegurada en el párrafo del art. 9 del proyecto a. Ella es consecuencia acertada de una correcta interpretación del principio universalmente aceptado de "a igual trabajo corresponde igual salario". El proyecto del gobierno (proyecto b para nosotros) recortó el articulado con la finalidad de negar este principio para el caso de los trabajadores en misión, además que, esa limitación real en perjuicio de los intereses económicos de los trabajadores en misión no implica que los beneficios por ella obtenidos se queden necesariamente dentro del capital de trabajo del empleador usuario.

El proyecto b declara que a los trabajadores en misión se les aplicará lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y lo establecido en la presente ley. Esto equivale a decir que los trabajadores en misión quedarán sujetos a la decisión contractual que las agencias de empleo estén interesadas en proponerles.

2. Inexistencia de un límite que fije la temporalidad a un periodo de tiempo específico, por fuera del cual, la actividad laboral prestada debería convertirse en una necesidad permanente.

El proyecto del gobierno fija la temporalidad en la naturaleza de las actividades prestadas, como puede leerse en el art. 69; desatiende el concepto de temporalidad mismo y lo desvía a la descripción de actividades temporales pero no al término de su duración.

En el proyecto a tal límite general estaba fijado en doce (12) meses, y para algunas actividades extraordinarias, descritas allí mismo en el art. 10 se prorrogaba el término a 24 meses.

3. El proyecto b no determina las actividades que por ninguna razón pueden considerarse temporales. En los límites del art. 69 num.3 pueden incluirse toda una serie de actividades, normalmente fuera del objeto social del empleador usuario, y en ningún momento temporales. Esas actividades podrán durar según ese mismo artículo, inicialmente dos (2) años, prorrogables uno más; esta disposición será el esquinco de la normatividad para romper la temporalidad y la naturaleza de las actividades llamadas a serlo.

El proyecto a estaba encaminado a darle una mejor comprensión al fenómeno de la temporalidad y al tipo de actividades temporales. Es por ello que el art. 10 del proyecto a excluía una serie de actividades que, normalmente están por fuera del objeto social

del empresario, necesarias para él pero que son permanentes, entre ellas, los servicios de alimentación, transporte, aseo, jardinería, portería.

4. Falta en el proyecto b la determinación de una solidaridad entre las agencias empleadoras y las empresas clientes respecto de las obligaciones laborales generadas por el contrato individual de trabajo. En particular, la ausencia se hace notoria en los casos en que la empresa de servicios temporales estuviere obrando fuera de las reglamentaciones legales.

5. En contra de un criterio que sostenga que las empresas de servicios temporales serán reguladas para propender por una estabilidad en el empleo encontramos la ausencia de una protección de la estabilidad tanto en las empresas de servicios temporales como en las usuarias de ellas. En otras palabras, la falta de un criterio que determine la temporalidad a un período de tiempo determinado se junta con la desprotección en la estabilidad en el empleo. Consideramos que las empresas de servicios temporales, como se diseñaron en el proyecto, atentan contra la estabilidad en el empleo porque no hay normas que limiten el sistema de su contratación laboral única y exclusivamente a actividades que la ley llama temporales, es decir, no se encuentra ni siquiera la prohibición de que trabajadores que sean permanentes en empresas usuarias y aún dentro del personal de planta de la empresa de servicios temporales, no puedan ser reemplazados con trabajadores temporales. Es por ello que pensamos que, las consecuencias que generan un olvido de esta naturaleza son las mismas que se buscan con la tendencia generalizada a la flexibilización del empleo; volver temporales los empleos permanentes es una de las formas de socavar indirectamente con el derecho de asociación sindical. Si la norma no prohíbe tal proceder, debe quedar claro que queda autorizado. El proyecto inicial de Alvaro Uribe Vélez había recogido parte de esta preocupación y tenía, al menos, una cláusula prohibitiva de reemplazar trabajadores permanentes con temporales (art. 10 de su proyecto).

6. Falta también el señalamiento de la gratuidad para el trabajador de su oferta de trabajo a las empresas de servicios temporales. La actividad de reclutamiento de la fuerza de trabajo que hacen las empresas de servicios temporales no puede ser un medio de deducción onerosa que pese sobre la retribución salarial del trabajador ni antes ni después de haber sido reclutado. La ausencia de una norma prohibitiva al respecto puede implicar la legalización de una comisión de enganche pagada por el trabajador, o, como ocurre ahora, que el trabajador es estafado cuando su servicio se cotiza a determinado valor mientras que a él directamente le entregan otro más bajo sin tomar en cuenta la consensualidad que puede haber implícita en la intermediación. Este proyecto del gobierno y el inicial de Alvaro Uribe V. fallan en normas sobre el régimen de la negociación en la intermediación. En el proyecto de Uribe V. art. 30 se señalaba que la actividad de intermediación del empleo será prestada en forma gratuita para el trabajador. Esta norma se queda en el aire por no fijar cómo ha de entenderse la

gratuidad: si al principio del reclutamiento de la fuerza laboral o en todo el transcurso de la actividad temporal. En los requisitos de los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y sus usuarios debió señalarse otro más: la determinación del valor del servicio contratado. Esto es de suma importancia y ambos proyectos lo ignoran. Asimismo otras normas deberían determinar la forma de distribución del valor del servicio entre el trabajador en misión y la empresa de servicios temporales. La gratuidad del reclutamiento se puede fijar al momento del ingreso del trabajador y su mantenimiento en el mercado laboral, como todos sabemos no es gratuito, debería estar regulada en detalle la forma de distribución del valor del servicio. El trabajador está por la ley protegido en un mínimo de derechos, pero ello no quiere decir que las empresas de servicios temporales tengan por fuente de riqueza el gravamen de la fuerza laboral, siempre que, ese mínimo no se vea reducido. Somos de la opinión que el excedente que hubiere por encima del mínimo de derechos y garantías corresponde directamente al trabajador, pero que también él está obligado a contribuir al mantenimiento de la actividad intermediaria, por lo que el repartimiento de esos excedentes debería ser fijado por la ley. Al trabajador le correspondería la mayor parte y el resto sería una cuota fija mientras dure el servicio contratado.

7. Mientras que el gobierno preconiza la creación, protección y desarrollo de la pequeña y mediana industria sus leyes dicen lo contrario. El proyecto inicial de Uribe V. discriminaba el tratamiento para el caso de empresas de economía solidaria que tuvieran la finalidad de volverse intermediarias de la fuerza de trabajo. Es así como su capital pagado no debería ser inferior a 200 veces el salario mínimo legal mensual, lo mismo que la póliza de garantía de cumplimiento salarial, prestacional e indemnizatoria por igual valor al anterior (arts. 13 y 16 del proyecto a). Y para las demás empresas el primero debería ser de 1000 veces el salario mínimo legal mensual, y la segunda por un valor de 500 veces el mismo salario. El proyecto del gobierno unificó las cifras para ambos requisitos en 500 veces el salario mínimo legal mensual y con ello ablandó la situación para las grandes empresas pero, al mismo tiempo, la agravó para los empresarios de la pequeña y mediana industria. Esto nos lleva a decir que es interés del gobierno que sea el gran capital el beneficiario y movilizador directo de la oferta de la fuerza laboral desocupada del país.

8. El proyecto b no prohíbe que las empresas de servicio temporales tengan una vinculación como filiales o subsidiarias de sus usuarios. En la práctica este silencio implica que pueden existir intermediarias cuya finalidad sea la de reclutar trabajadores con una baja carga prestacional y en beneficio de las empresas usuarias a las que estarían subordinadas las empleadoras. El proyecto de Uribe V. sí había cuestionado la improcedencia de esta posibilidad y estaba prohibida expresamente en el art. 22.

6. SEGURIDAD Y PREVISION

En el proyecto no hay una elaboración diferente en lo que concierne a la seguridad social o a la previsión social. Mantiene la diferencia entre ambos conceptos con un criterio orgánico, respecto del patrón, para el primero el patrón o empleador es una persona de carácter privado y para el segundo lo es una entidad oficial.

Se exceptúan los funcionarios de la seguridad social y demás empleadores y trabajadores del ISS que deberán afiliarse al sistema de la seguridad social.

En definitiva las normas que regulan los riesgos de enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, invalidez, vejez y muerte y las asignaciones familiares no fueron modificadas. Es por ello que el tema de la seguridad o previsión social queda aplazado en la presente reforma.

El mayor interés gubernamental se dedicó en la reforma administrativa del Instituto de los Seguros Sociales y para ello utilizó la reforma laboral, además que, hay algunas normas que muestran ese perfil privatista a que se quiere someter el sector salud como es el art. 89 del proyecto.

7. QUE SON LAS DISPOSICIONES FINALES?

Aparte del pintoresco art. 97 del proyecto que conlleva a una reforma lingüística que pretende que al patrón no se le llame tal sino empleador, las disposiciones finales no son otra cosa que atribuciones que el Congreso le otorga al Presidente para legislar en cerca de una veintena de materias diferentes. Más que una crítica desde el derecho laboral, lo propio en este caso, es hacer una desde el derecho constitucional.

El Presidente se ha convertido, gracias a ese carisma de dictador, que las instituciones le asignan desde la reforma constitucional de 1986, en un legislador permanente.

El ocioso oficio del Congreso ha coadyuvado en gran medida a que el Presidente, con base en facultades que aquél le otorga, sea quien expida las leyes y los códigos en Colombia.

Es un anhelo que la asamblea constituyente de 1991 restituya la función legisladora del Congreso a través del recorte de las funciones colegisladoras del Ejecutivo. Así que, es necesario limitar al máximo las precisas facultades que se le otorgan al Presidente "pro tempore" para expedir legislación permanente.