



Comentarios del Consejo de Empresas Americanas - CEA Colombia a la Reforma Laboral



La comunidad empresarial estadounidense reunida en el Consejo de Empresas Americanas - CEA, tiene un compromiso con el desarrollo económico del país, el cual solo puede llevar a cabo de la mano de las políticas del Gobierno Nacional que buscan incentivar y facilitar la inversión extranjera.

Hoy en día, el CEA cuenta con 115 organizaciones en 17 sectores de la economía, responsables del 7.3% del PIB y más de 110.000 empleos directos. De estos, cerca del 98% son colombianos.

Contenido

I. Principios.....	4
II. Estabilidad Laboral – tipos de contratos y sujetos beneficiados.....	4
III. Terminación del Contrato.....	5
IV. Indemnización por despido injustificado.....	6
V. Tercerización y solidaridad.....	7
VI. Contratos de prestación de servicios.....	9
VII. Jornada de trabajo.....	10
VIII. Contrato de aprendizaje.....	10
IX. Jornada especial por circunstancias familiares.....	10
X. Derecho Colectivo de Trabajo.....	10
Conclusiones:.....	11

COMENTARIOS A LA REFORMA LABORAL PROPUESTA

A continuación, presentamos consolidados los comentarios de nuestras organizaciones afiliadas respecto de asuntos que consideran importante revisar, de cara a una reforma laboral concertada y estructural:

I. Principios.

En cuanto a los principios del derecho laboral propuestos en el proyecto de reforma consideramos que resulta innecesaria la mención que se hace respecto de derechos fundamentales de la OIT, puesto que, al ser un convenio ratificado, existen mecanismos de hacerlo efectivo sin incluirlo expresamente en una ley ordinaria. Además, la posición de país respecto del Convenio puede variar en el futuro, y dicha circunstancia requería una nueva revisión.

Asimismo, respecto a las relaciones que regula el Código Sustantivo de Trabajo, el mismo reglamenta las relaciones entre empleados y empleadores del sector privado, por lo que en la práctica la extensión a trabajadores del sector público es inoportuna e innecesaria.

II. Estabilidad Laboral – tipos de contratos y sujetos beneficiados.

El artículo 4 del texto de la reforma propone la siguiente modificación:

El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras no sea terminado conforme las causales establecidas en la legislación.

Consideramos que tal como está redactada la norma, puede haber diversas interpretaciones, como la imposibilidad de despido sin justa causa, por lo cual, recomendamos aclarar el texto actual.

Por otro lado, lo desarrollado en el proyecto de reforma respecto del concepto de estabilidad laboral reforzada o inamovilidad afecta claramente el derecho fundamental a la libertad de empresa tal como lo establece la constitución en su artículo 333. Este es un principio que permea toda la reforma, e implica modificaciones en el tipo de contratos, esquemas de protección, y formas de terminar el contrato de trabajo.

Sobre el artículo 5, el articulado propone el siguiente cambio al artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo:

El contrato de trabajo a término fijo deberá celebrarse por escrito y en él deberá especificarse la necesidad temporal que se pretende atender y su conexión con la duración que se establezca.

El contrato a término fijo en el país ha sido una herramienta de empleabilidad para los trabajadores que no se reduce a necesidades temporales de las compañías. Por tal motivo, consideramos importante tener en cuenta los diferentes criterios que justifiquen la celebración de un contrato a término fijo que permita la facilidad en la generación de empleo y que permitan disminuir la informalidad.

Adicionalmente, la libertad de empresa (artículo 333 de la Constitución), hace referencia al derecho que tiene cualquier persona de empezar un negocio sin impedimentos por parte del gobierno, y al obligar al empleador a la vinculación de sus trabajadores mediante un determinado contrato de trabajo, como los contratos a término indefinido, se constituye un impedimento para el empresario al momento de definir los esquemas laborales para el desarrollo de su objeto social.

Es importante no asumir que los contratos a término fijo resultan contrarios a la estabilidad del trabajador si son para el desempeño de actividades permanentes, y mal se estaría interpretando la finalidad de este tipo de contratos.

III. Terminación del Contrato

De acuerdo con la redacción del artículo 6° de la Reforma, se puede interpretar que las faltas graves definidas por la empresa en el contrato laboral, no se tienen en cuenta como justificación para el despido por justa causa.

En ese sentido, recomendaríamos que se mantengan las faltas definidas en el contrato de trabajo como justificación para el despido por justa causa, teniendo en cuenta que las faltas graves pueden variar entre las empresas y sectores.

De igual manera, es importante que la norma defina criterios o instrumentos específicos que permitan medir la proporcionalidad y razonabilidad de las faltas graves que justifiquen el despido con justa causa, con el fin de evitar la subjetividad al interpretar el nivel de la gravedad de la falta.

Por otro lado, se tergiversa el concepto de estabilidad reforzada y se mezcla este concepto con el del contrato a término indefinido. La estabilidad reforzada es una figura que supone la protección de ciertos sujetos por estar en una condición de vulnerabilidad frente a otros,

mientras que los tipos de contratos de trabajo hacen referencia a la tipología del contrato en sí.

El artículo 7 define que las personas con las circunstancias descritas en los numerales a), b), c), d) y e) solo podrán ser desvinculadas si existe una justa causa o causa legal.

Sobre el numeral c de este artículo que indica lo siguiente:

Personas en situación de discapacidad, es decir aquellas que tengan una limitación física, mental, sensorial o intelectual a mediano y largo plazo, sin importar la escala, siempre que en un contexto determinado ésta le impida al trabajador o trabajadora su integración profesional o el desarrollo de roles ocupacionales en condiciones dignas y de igualdad. Para que opere esta protección no se requiere que el trabajador haya sido calificado con algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Consideramos relevante que haya una delimitación en lo relacionado con las limitaciones físicas, con el fin de que el concepto no quede abierto a todo tipo de limitación física, sino a aquellas que sean consideradas como **graves**, en línea con el numeral b de este artículo, sobre el fuero de salud.

Del mismo modo, en el literal e), consideramos importante que el texto del proyecto defina claramente cómo aplicaría este punto a las personas que son parte del régimen de ahorro individual.

En conclusión, recomendaríamos que en el proyecto de Ley se defina el procedimiento y los criterios de autorización en los casos donde el Ministerio de Trabajo es el encargado de definir la terminación de contratos de trabajo con presunta estabilidad laboral reforzada, con el fin de disminuir tiempos y costos en trámites por parte del empleador.

IV. Indemnización por despido injustificado

De la redacción que tiene el proyecto de reforma en el artículo 10, se entiende que cualquier tipo de terminación que se invoque para el contrato de trabajo deberá ser motivada con el fin de desvirtuar la existencia de discriminación en la misma, por lo que ya no sólo la terminación con justa causa deberá tener la debida motivación.

Lo anterior restringe para el empleador la facultad que tiene actualmente de dar por terminado el contrato de trabajo sin una justa causa en cualquier momento, en la medida que actualmente no requiere ningún tipo de motivación para ello, pues el contrato de trabajo podrá finalizarse en cualquier momento que se requiera sin una debida explicación

o motivación, siempre y cuando no exista un fuero de protección que lo impida y se reconozca la indemnización legal correspondiente.

El riesgo de no motivar la desvinculación, demostrando que la misma se fundamenta en razones objetivas y que no obedece a un acto de discriminación, es que el despido sea ineficaz y por lo tanto el trabajador tendrá derecho a ser reintegrado o al pago de otra indemnización por retiro según su elección.

En nuestro concepto el esquema de pago de indemnización por despido injustificado solo generará mayo inestabilidad en el empleo, especialmente para los trabajadores más antiguos.

Adicionalmente, la reforma laboral propone el pago de indemnización sobre indemnización (artículo 8 de la reforma), lo cual puede generar incrementos en los costos de despido, sanciones y afectar la estabilidad y operación empresarial. Se viola un principio que advierte que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, y si la compañía debe pagar una indemnización, no existe sustento jurídico para generar una nueva indemnización respecto de la primera.

Ahora bien, la reforma laboral ya no limita la indemnización a 24 meses. Por lo cual, consideramos que esta modificación genera inseguridad jurídica, ya que, no hay aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad al pago de la indemnización, como si está claramente establecido hoy en día.

El artículo 11 del proyecto de reforma, modifica el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, indicando el nuevo artículo que el procedimiento para aplicar sanciones o despido con justa causa debe contar con una revisión de la decisión. Sin embargo, esta revisión a la decisión genera un acto procedimental adicional para el proceso, que ya se ha surtido anteriormente.

En ese sentido y teniendo en cuenta que los procesos laborales pueden tardarse generando graves dificultades para el empleador (hoy en día, por cuenta de la congestión judicial, un proceso laboral puede tardar incluso más de 5 años en resolverse), recomendamos que los procesos de sanciones o despidos con justa causa tengan facilidades en el desarrollo de su trámite y que no se equiparen legalmente estas dos situaciones.

V. Tercerización y solidaridad.

El artículo 12 modifica el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo de la siguiente manera:

los trabajadores del contratista o subcontratista tendrán los mismos derechos salariales y prestacionales que los de la empresa principal, especialmente en materia de aplicación de las convenciones colectivas. En el evento en que no existan disposiciones salariales y prestacionales aplicables a estos trabajadores, la respectiva empresa beneficiaria diseñará o acordará con las organizaciones sindicales los derechos aplicables a estos garantizando los principios constitucionales a la igualdad y estabilidad en el empleo. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios serán solidariamente responsables de las obligaciones salariales, prestacionales e indemnizatorias contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y trabajadoras, incluidas las del sistema de seguridad social, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Este apartado derivaría en un gran impacto económico para la sociedad y un gran efecto a largo plazo de acabar con empleos y empresas contratistas, ya que estas se tornarían como un servicio sumamente costoso, terminaría aumentando los índices de informalidad, y, por consiguiente, se desincentivaría la contratación por medio de otro tipo de empresas o por medio de contratos de prestación de servicios independiente. Así mismo, la solidaridad se amplía de una forma tan extensa que al final termina desconociendo la realidad del país y se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, ya que la empresa beneficiaria del servicio no debe garantizar estabilidad de empleo hacia los trabajadores de la empresa contratista. La presente solidaridad desvirtúa el objeto y definición de la tercerización y de los contratistas y pone en riesgo el principio de autonomía de la voluntad privada. En caso de que el contratista esté acreditado y sea especializado debería en virtud de la autonomía de la voluntad privada permitir la exclusión contractual de la solidaridad.

Adicionalmente, esto podría poner en riesgo especialmente a las pequeñas y medianas empresas, pues aun cuando sean especializadas, sería necesario que los contratistas independientes cuenten con múltiples nóminas según la cantidad de clientes que tengan, pues todos sus trabajadores tendrán condiciones salariales y prestacionales diferente conforme a las condiciones que maneje la empresa contratante para el cual ellos prestan sus servicios.

De otro lado, el proyecto establece una solidaridad general entre contratante y contratista que ya no depende de que el servicio contratado se relacione con el objeto del contratante para ser aplicable, pues podrá ser invocada bajo cualquier circunstancia de incumplimiento del contratista frente a sus obligaciones laborales.

Otro tema que preocupa de este artículo es que, además de la independencia organizacional que debe tener el contratista – financiera, directiva, técnica-, también se exigiría especialidad productiva, por lo que se deberá demostrar que el contratista independiente es un especialista en los servicios o procesos para los cuales es contratado.

Lo anterior conllevará a verificar seguramente que el objeto social de las empresas contratistas disponga dicha especialidad claramente, debiendo ser este ajustado y verificado en cada caso, lo cual podría afectar especialmente pequeñas y medianas empresas que no sean especializadas en todos los servicios para los que son contratadas.

Todo lo anterior podría incentivar la contratación directa.

De otra parte, el artículo 13 modifica el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 con la adición de tres párrafos. En particular, el párrafo 1 plantea que:

1. Las empresas usuarias no podrán celebrar contratos con las empresas de servicios temporales para la atención de actividades y necesidades permanentes de la empresa o establecimiento.

Recomendaríamos revisar el proyecto frente a las prohibiciones en materia de contratación de Empresas de Servicios Temporales (EST), ya que los casos en los que se puede contratar EST pueden llegar a ser actividades y necesidades permanentes. Con esta limitación habría una dificultad para las empresas cuando requieran contratar en situaciones ocasionales como:

- i. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias
- ii. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
- iii. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas.

VI. Contratos de prestación de servicios

Consideramos que es necesaria la revisión del texto propuesto en el proyecto frente al Código Sustantivo de Trabajo y la regulación de los esquemas de contratación de naturaleza civil. Este concepto nuevamente afecta la libertad de empresa.

VII. Jornada de trabajo

En cuanto a la jornada de trabajo, si bien aplica de manera inmediata la reducción de jornada a las 42 horas, consideramos importante revisar la posibilidad de eliminar jornadas como la de familia, capacitación y esparcimiento dispuestas en la Ley 50 de 1990, puesto que aplicarlas implicaría disminuir aún más la jornada laboral.

De la misma manera, consideramos necesario revisar el criterio que exige la norma sobre el registro diario de trabajo suplementario donde se registren las horas extras laboradas, debido a que puede generar barreras y trámites adicionales para las empresas, en especial, las Pymes.

VIII. Contrato de aprendizaje

Teniendo en cuenta que la naturaleza del contrato de aprendizaje es otorgarles oportunidades a los aprendices del SENA con el fin de construir experiencia laboral durante su etapa de formación, consideramos que la contratación laboral que plantea el texto de reforma no es la principal motivación para los aprendices.

En ese sentido, recomendamos la revisión de este artículo, debido a que puede generar una desmotivación por parte de las empresas para generar empleo y estabilidad laboral necesaria para un proceso de aprendizaje y experiencia de calidad y sustituir los contratos de aprendizaje por la monetización de la cuota.

IX. Jornada especial por circunstancias familiares

Consideramos que una jornada especial por circunstancias familiares cuenta con las mismas características y requisitos aplicables a las disposiciones existentes sobre calamidad doméstica.

X. Derecho Colectivo de Trabajo

Con respecto al apartado del derecho colectivo de trabajo, consideramos relevante la revisión del impacto de dejar abierta una temporalidad indefinida para las huelgas, debido a que puede haber una afectación en la operación empresarial.

De la misma manera, el llamado es a la revisión exhaustiva de medidas como la eliminación del voto del proceso de huelga, el derecho de asociación colectiva y el uso de los medios de comunicación de la empresa por parte del sindicato, debido a que genera riesgos importantes para el derecho de libertad de asociación.

XI. Prescripción.

El artículo 72 modifica el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo de la siguiente manera:

ARTÍCULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en cinco (5) años, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social o en el presente estatuto.

Haciendo una revisión de la medida de prescripción de 5 años desde que termine el contrato de trabajo, consideramos que debe revisarse el criterio de tiempo en esta prescripción, debido a que implicaría incrementar la congestión de la rama judicial, además, esta disposición aumenta el costo financiero para empleadores por vía de reservas para contingencias judiciales.

XII. Derogatorias

El artículo 76 declara que la presente ley rige a partir de su promulgación. No obstante, es necesario declarar un tiempo prudente de transición para el cumplimiento de las disposiciones en la reforma.

Conclusiones:

La presente reforma abre un espacio de debate que es una oportunidad para promover la formalidad y mejorar o facilitar el acceso de las personas a la seguridad social, con base en las diferentes propuestas que aquí recopilamos. Para lograr este objetivo, creemos pertinente revisar el impacto de las medidas sobre el sector productivo, teniendo presentes las diferentes responsabilidades que existen en un contrato laboral tanto de los trabajadores como de los empleadores, así como el espíritu del Código Sustantivo del Trabajo.

Desde nuestra visión, el Gobierno y el sector privado deben trabajar por disminuir la informalidad, fortalecer la generación de empleo y atraer mayor inversión, por lo que es necesario contar con estabilidad jurídica y reglas de juego claras en el largo plazo. Esta reforma propuesta supone una modificación significativa a las condiciones que actualmente tienen los empresarios para invertir en Colombia, por lo que sugerimos revisar los puntos antes mencionados.