

1200000-86585

Bogotá, D.C., 19 MAYO 2015

ASUNTO: Radicado 202130
Afiliación de contratista a Sindicato

Respetado doctor:

Hemos recibido su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta si existe la posibilidad de que los contratistas y sus trabajadores puedan afiliarse a una organización sindical de base de la empresa contratante. Sobre el particular le informamos lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4108 de 2011, "*Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo*", esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los honorables Jueces de la República, y los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador más no de obligatorio cumplimiento.

El contrato de prestación de servicios en nuestra legislación, forma parte de una amplia variedad de contratos en el cual, a criterio de los interesados y con base en las disposiciones legales existentes, se acuerdan aspectos como objeto, remuneración por los servicios prestados, tiempo de ejecución de las actividades contratadas y las causas de terminación del contrato, sin que en ellos exista una relación de carácter laboral.

En este orden de ideas, el Artículo 39 de la Constitución Política preceptúa:

*Los **trabajadores** y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado... (El resaltado no es del texto)*

Ante lo cual la Carta Fundamental garantiza que todo **trabajador** puede agruparse en sindicatos, principio que fue desarrollado por el Artículo 353 del CST, subrogado por el Artículo 38 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el Artículo 1º de la Ley 584 de 2000 al reiterar el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses" y en cuyo inciso 3 consagra:

*"Los **trabajadores** y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, **así como el de afiliarse a éstas**, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". (El resaltado no es del texto)*

Sobre el tema de las condiciones de admisión, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T - 1 7 3 de 1995, en los siguientes términos:

*"La libertad de asociación sindical debe ser entendida no solo en su sentido negativo tradicional, esto es, como el derecho a no ser compelido a pertenecer a un sindicato, sino también en un sentido positivo, como **la posibilidad efectiva de todo trabajador de pertenecer a una organización que defienda sus intereses profesionales, con la sola condición de cumplir los requisitos estatutarios** que no atenten contra el núcleo esencial del derecho de asociación sindical, haciendo ilusoria esa posibilidad. En esa segunda acepción, el derecho fundamental consagrado en el Artículo 39 de la Carta implica la prohibición para los sindicatos de impedir arbitrariamente el ingreso de trabajadores que cumplan los requisitos establecidos en los estatutos, y la imposibilidad jurídica de establecer en éstos condiciones de afiliación que dejan al capricho a los miembros del sindicato la aprobación de la solicitud de ingreso de nuevos afiliados. Este derecho de que gozan los trabajadores puede ser efectivamente ejercido solo en la medida en que los estatutos sindicales establezcan condiciones razonables, que no dejen a la discreción absoluta e inmotivada de los afiliados la posibilidad de acceder a él." (El resaltado y subrayado es nuestro)*

La misma Corte, en la sentencia C-110-94, en relación con las exclusiones al derecho de asociación sindical expreso:

*"El Artículo 39 de la Constitución únicamente excluye a los miembros de la fuerza pública, con el objeto de preservar su absoluta imparcialidad, pues la función que cumplen tiene por fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional. Pero la Carta de 1991 no establecido distinciones entre los demás trabajadores y, por el contrario, reconoció esta garantía a todo ellos, **independientemente de su vinculación a empresas privadas o a entidades públicas,**"*

Por su parte el Artículo 356 ibidem. Subrogado. L. 50/90 Artículo 40 consagra: **"Sindicatos de trabajadores. Los sindicatos de trabajadores se clasifican así**

a) De empresa, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución." (El resaltado y subrayado no son del texto)

Así mismo el Artículo 358 de la misma obra. Modificado Ley 584/2000, art. 2° señala: "Los sindicatos son organizaciones de libre ingreso y retiro de los **trabajadores....**" (El resaltado no es del texto)

A su turno el Artículo 365 también del C.S.T. Subrogado por la Ley 50 de 1990 Artículo 45, modificado por la Ley 584 de 2000 Artículo 4 determina:

"Todo sindicato de trabajadores deberá inscribirse en el registro que para tales efectos lleve el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.."

De acuerdo a las normas y jurisprudencia en cita, gozan del derecho de asociación sindical:

1. Todos los trabajadores, entendiéndose por tal, las personas naturales que se encuentren vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidor público, a través de una relación legal y reglamentada.
2. Los empleadores Colombianos, (personas naturales a jurídicas) con excepción de los miembros de la fuerza pública.

Así pues, la titularidad del derecho a la negociación colectiva en el sector privado correspondería a los trabajadores particulares y los empleadores¹, y en el sector público a los trabajadores oficiales en apego a lo establecido en la parte de Derecho colectivo del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 089 de 2014, y de otro lado, a los empleados públicos según lo establecido en el Decreto 160 de 2014, *Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.*"

En este contexto debe destacarse que el derecho en comento propende por la paz social a fin de resolver conflictos colectivos de trabajo cuyo objeto es mejorar las condiciones laborales de determinado grupo de trabajadores o empleados públicos, es decir, que su posibilidad de ejercicio se encuentra dentro del ámbito de relaciones jurídicas laborales, dentro de las cuales, valga decir, exista el elemento esencial de la *subordinación*.²

Por otra parte y tal y como se indicó, el Contrato de prestación de servicios profesionales no genera una relación de tipo laboral, como quiera que se trata de una modalidad contractual que debe ser utilizada en actividades no permanentes de la Administración Pública, siendo la autonomía del contratista un elemento característico de las actividades precisadas para la ejecución del mismo.

Así las cosas y para el caso en consulta, no contemplan las normas y jurisprudencia citadas la posibilidad de que los contratistas y sus trabajadores formen parte del sindicato de Empresa de la entidad contratante.

1 Corte Constitucional, sentencia C- 1050 de 2001, Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Tanto del texto del Artículo 55 de la Carta Política como de sus antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente se desprende que la titularidad del derecho constitucional a la negociación colectiva radica no solo en los trabajadores sino también en los empleadores. Ello es una consecuencia no solo de la bilateralidad de la convención, sino de la concepción de cooperación que inspiró a los constituyentes. La convención colectiva ya no es, por lo tanto, concebida como una tregua transitoria acordada con una perspectiva de corto plazo dentro de la cual cada parte busca derivar el mayor provecho, sino como un pacto de paz con una visión global y de largo plazo dentro del cual ambas partes encuentran propósitos comunes de mutuo beneficio. Tal conclusión se refuerza a la luz de la experiencia del derecho comparado, donde son ambas partes de la relación laboral las llamadas a solicitar el reexamen de los convenios colectivos de trabajo.

2 Corte Constitucional, sentencia C-934 de 2004, Magistrado ponente: No identificado en la página de relatoría de la Corporación, "Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya

lo he sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que al trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador preciso que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los Trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia"

El presente concepto se emite en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso

Administrativo.

Cordialmente,

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ--

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de
Atención de Consultas en materia de
Seguridad Social Integral