EL CONCEPTO DE FLEXIBILIZACIÓN LABORAL, UNA MIRADA A PARTIR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

SEBASTIÁN TRUJILLO BUSCATÓ

ANA MARÍA CARDONA OCHOA

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLIN

2009

EL CONCEPTO DE FLEXIBILIZACIÓN LABORAL, UNA MIRADA A PARTIR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

SEBASTIAN TRUJILLO BUSCATO

ANA MARIA CARDONA OCHOA

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesor: Dra. Alexandra Ocampo y Peláez

Asesora jurídica Secretaría General

Universidad EAFIT

MEDELLÍN

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

2009

AGRADECIMIENTOS

A nuestros padres por el apoyo brindado durante toda la carrera y nuestra asesora Alexandra Ocampo por su gran ayuda en la elaboración de éste trabajo.

CONTENIDO

PÁG.

INTRODUCCIÓN 6

1. ACERCAMIENTO A LA HISTORIA DEL DERECHO LABORAL 8

1.1 BREVE RECORRIDO HISTÓRICO..... 8

1.1.1 Antes de la revolución Industrial 8

1.1.2 Revolución Industrial 12

1.1.3 Reacciones Post – Revolución 15

1.1.4 Nacimiento de la OIT 18

1.2 EL DERECHO LABORAL EN COLOMBIA 19

1.2.1 Orígenes 19

1.2.2 Antes y después de la Constitución de 1991 22

2. BREVE ESTUDIO DEL CONCEPTO DE FLEXIBILIZACIÓN Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA PREVIO A LA CONSTITUCIÓN DE 1991..... 24

2.1 EL CONCEPTO DE FLEXIBILIZACIÓN 24

2.2 TEORÍA Y JUSTIFICACIÓN DE LA ESCUELA NEOCLÁSICA..... 26

2.3 TEORÍA Y JUSTIFICACIÓN DE LA ESCUELA KEYNESIANA..... 29

2.4 EL CONTEXTO COLOMBIANO: LEY 50 DE 1990 33

3. ESTUDIO BÁSICO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y SUS EXCEPCIONES FRENTE A LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991 38

4. FLEXIBILIZACIÓN LABORAL, UNA MIRADA A LA LEY 789 DE 2002: LA REFORMA LABORAL..... 47

4.1 LA FLEXIBILIZACIÓN LOGRADA POR LA LEY 789 DE 2002 48

4.2 OTRO ASPECTO A ANALIZAR: LA DESLABORALIZACIÓN DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE EN LA LEY 789 DE 2002 54

4.3 CONSECUENCIAS DE LA FLEXIBILIZACIÓN A PARTIR DE LA LEY 789 DE 2002 58

5. CONCLUSIONES 62

BIBLIOGRAFIA 65

INTRODUCCIÓN

La flexibilización laboral ha sido objeto de constante discusión entre las partes involucradas en una relación laboral, ya que implica, por un lado la desmejora en lo derechos de los trabajadores, y por el otro, la disminución de los costos para el empresario.

Con este trabajo, se hace un breve recorrido histórico sobre la consolidación de los derechos laborales en el mundo y su reconocimiento a través del tiempo según los diferentes momentos históricos y modelos de Estado.

Para el caso Colombiano, se parte igualmente de un recorrido desde su nacimiento, desarrollo y momento actual, y posteriormente se analizan diversos fenómenos tanto nacionales como internacionales que han sido determinantes en la expedición de leyes en el país sobre la materia. Para este efecto, se hace una mención concisa de las teorías neoclásica y keynesiana donde se establecen los postulados básicos de dichas escuelas frente al fenómeno de la flexibilización, y como las mismas se han expuesto como fundamento para la expedición de leyes laborales en el país. Con ello, se estudia el fenómeno de la flexibilización laboral dentro del marco de la legislación Colombiana, antes y después de la Constitución Política de 1991, sin olvidar el estudio de las normas de carácter internacional en la materia, que han sido adoptadas por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Se hace énfasis en la Ley 50 de 1990 y en la Ley 789 de 2002 que son los ejemplos más relevantes de este fenómeno en el país tanto antes como después de la Constitución política de 1991 y se realiza un análisis de la jurisprudencia más relevante en torno al tema.

Con todo lo anterior, se busca entender como un fenómeno de carácter global, como es la flexibilización, ha podido permear el ámbito de los derechos laborales, y con ello ha logrado generar discusiones acerca de las fronteras inmodificables de los mismos, se busca además definir si en Colombia jurídicamente en materia laboral se puede flexibilizar y en caso afirmativo cuáles son los presupuestos para ello. Sumado a lo anterior, se pretende identificar la efectividad de la regulación expedida a partir de los postulados de flexibilización laboral, tanto para los trabajadores como para los empleadores; partes que supuestamente, se verían igualmente beneficiadas con las reformas.

Por último, se deja planteada la posición tomada frente a la flexibilización laboral en la actualidad, teniendo en cuenta las consecuencias que trae la aplicación de la misma dentro del marco constitucional y legal colombianos, y teniendo en cuenta igualmente la situación actual del país en materia económica, política y social, que terminan siendo factores igualmente determinantes y directrices hacia donde debe enfocarse la regulación.

1. ACERCAMIENTO A LA HISTORIA DEL DERECHO LABORAL

1.1 BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

El derecho laboral como disciplina normativa, ha tenido un desarrollo histórico importante, el cual se ha caracterizado por ser un proceso alimentado de constantes fenómenos naturales, sociales y políticos, para lograr convertirse en el sistema normativo que es actualmente.

Este recorrido histórico muestra como el trabajo productivo, libre y por cuenta ajena, ha tenido muchas variaciones en el tiempo; variaciones que generalmente supusieron mejoras en las condiciones de vida de los trabajadores, y un ámbito de protección mayor, dependiendo del modelo estatal del momento.

1.1.1 Antes de la revolución Industrial

1.1.1.1 **Esclavitud.** En el mundo Griego comprendido entre los siglos VIII y VI A.C., el esclavo jugó un papel fundamental para el sostenimiento de la Polis; era la época donde hombres libres y esclavos, se distinguían tajantemente, y el poseer una condición u otra determinaba los derechos y obligaciones que se tenían en la sociedad.

De esta manera el esclavo era obligado a realizar trabajo productivo que generará bienes y servicios, encontrándose completamente incapacitado para sustraerse de tal obligación al no ser reconocido como persona, y es por ello que su dueño estaba en la posibilidad de venderlo o mandarlo a la guerra según sus propios intereses.

Pese a ello, el esclavo era una propiedad valiosa, y como tal había de ser tratado desde el punto de vista de su conservación. Esta concepción se reflejaba en la inexistencia de deberes jurídicos por parte del dueño, en virtud de los cuales éste se viera obligado a contar con la voluntad del esclavo para exigir su trabajo, así como tampoco estaba obligado a remunerarlo de forma alguna; sin embargo, el dueño de hecho remuneraba al esclavo para mantener su rentabilidad como propiedad, pero tal remuneración consistía en su manutención.

Por último, con la entrada de los romanos en Grecia en el siglo II A.C., la concepción del esclavo cambia de un modo significativo, ya que si bien en ambos escenarios el esclavo carecía de voluntad para decidir que trabajo o labor desempeñar, considerándose por tanto una "cosa" propiedad de su dueño, en el primer periodo el esclavo llego a equipararse con un simple semoviente, mientras que en Roma se reconoció su carácter de ser humano, reducido a la realización de labores serviles.[1]

1.1.1.2 **Servidumbre:** Este periodo histórico se desarrolló a raíz del ocaso del imperio romano, alrededor del Siglo III e implicó una ruptura con la idea de hombre esclavo y la concepción del hombre como un objeto. Esta transición no fue nada pacífica, pues fue necesario un cambio en la mentalidad de las personas, para reconocer que el esclavo, en su condición de ser humano, no podía ser tratado como una posesión carente de voluntad, sino que tenía también derechos por su condición humana.

[1] OLEA, Manuel Alonso. Introducción al Derecho del Trabajo, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1994, Pág. 131 ss.

Así, la corriente filosófica de pensamiento estoicista, fundada por Zeón de Citio, quien era un mercader Fenicio (335 – 264 A.C.), sostuvo que el siervo es persona y como tal arrienda sus servicios de por vida a otro sujeto, reconocían la condición de persona del siervo, lo que implicaba también el reconocimiento del elemento volitivo dentro de él.

Tales ideas se generalizaron en las comunidades de la época; sin embargo es solo con la llegada del Cristianismo y su visión personalista de la humanidad, la cual concibe al ser humano como poseedor de alma y conciencia, que se empiezan a dar los primeros y grandes vestigios del fin de la esclavitud.

Es dable resaltar como fue en la época de la servidumbre con el crecimiento de las ciudades, donde se intensifica la agricultura y la producción de bienes, lo que implica un crecimiento económico, que es el precursor de las relaciones que más tarde se darían entre patronos y trabajadores. Estos altos niveles de producción beneficiaban a los señores feudales, los cuales reconocían a los siervos un porcentaje de lo producido y la posibilidad de vivir en sus latifundios; todo ello dio lugar a un posicionamiento por parte de los siervos, que si bien no puede ser visto como una relación de trabajo, es un indicio de lo que llegaría a ser mas tarde.

En este periodo histórico, las relaciones entre siervos y señores feudales estuvieron reguladas por el derecho civil, debido a la inexistencia de derechos laborales para la época, lo que generaba diversos tipos de relaciones de servidumbre, que dependían fundamentalmente de las condiciones que cada señor tuviera dentro de su feudo y de fenómenos como la guerra en los cuales los siervos buscaban protección a cambio de su servicio.

Por ello, es necesario estudiar qué tipos de relaciones se daban principalmente en este periodo y sus características:

- Locaciones de obra y de servicios: Era el realizado por sujetos libres o artesanos independientes, en el cual se pagaba un precio por el valor de la obra que resultara después del trabajo. Este tipo de contrato era por cuenta ajena, en el sentido que los gastos de la obra a cargo del contratante empiezan a correr, a partir del momento en que se inicia la obra. Este tipo de contrato se daba generalmente entre artesanos libres y comerciantes dispuestos a pagar por sus obras.

- Los pactos de autoventa: En este tipo de contrato los sujetos, principalmente los gladiadores, se vendían para ir a la guerra frente a la promesa de un precio futuro que en la mayoría de los casos era determinado por el status de cada sujeto el cual brindaba mayor o menor capacidad para negociar un precio.

- Servicios temporales: Este tipo de contrato que se dio en el tránsito de la esclavitud a la servidumbre, era utilizado cuando no habían esclavos para realizar una obra o labor específica. Generalmente eran contratados los hijos de familias libres pobres, que acudían a los mercados a ofrecer sus servicios a comerciantes y señores feudales al mejor postor, realizaban la obra y una vez esta terminaba, eran despedidos nuevamente.

- Arrendamiento de personas: Era el contrato en virtud del cual se arrendaba a las personas como objetos para la realización de diversas labores por parte de los señores feudales quienes a cambio pagaban un canon. Fue uno de los contratos más utilizados en la antigüedad en el cual no había diferencia entre arrendamiento de personas, con el arrendamiento de cualquier otro bien, pues los

hombres y en especial los esclavos eran considerados bienes susceptibles de negociación

Bajo los modelos y características expuestas anteriormente, se rigieron las relaciones de trabajo en la antigüedad; es con la llegada de la modernidad, cuyo inicio está marcado con la Revolución Industrial, como este tipo de relaciones empiezan a cambiar debido a las necesidades sociales y de mercado emergentes.[2]

A continuación se desarrolla la época de la revolución industrial.

1.1.2 Revolución Industrial

La Revolución Industrial puede ser vista como ese momento histórico de rompimiento entre el mundo pre – moderno y el mundo moderno, ubicado temporalmente entre la segunda mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Es en este periodo donde nacen los centros de producción, que son el elemento que marca la entrada del capitalismo y de las relaciones contractuales de trabajo.

Para comenzar es necesario manifestar que en la Revolución Industrial confluyen varios fenómenos que marcan el crecimiento de los mercados y el abandono de las viejas prácticas pre – modernas; uno de esos fenómenos, que se menciono en el numeral anterior, fue la concepción del status del hombre frente a los demás seres de la naturaleza, en la cual se vio como la diferenciación entre hombres libres y esclavos, no venía dada por la naturaleza (derecho natural) sino por las personas (derecho de gentes)[3], con ello se empieza a dar relevancia a la voluntad y al espíritu individual, lo que unido con otros fenómenos como el interés por la

[2] OLEA, Manuel Alonso. Introducción al Derecho del Trabajo, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994. Pág. 156 ss.
[3] ARENAL, Concepción. Ensayo sobre el derecho de gentes. Capítulo I "El Derecho de gentes, en principio, es *la justicia en las relaciones de todos los hombres, a cualquiea nación que pertenezcan", Editoria Librería de Victoriano Suaréz, Alicant, 1985*

ciencia y el arte, logra llevar al ser humano a una época de descubrimientos e invenciones, que requerían cambios sociales y jurídicos fuertes.

Si bien la iglesia con su idea personalista del hombre, fue la gran precursora del reconocimiento del estado de "hombre" a los esclavos, su papel en la época de la Revolución Industrial, fue opuesto y crítico de los cambios que se estaban dando.

Con su visión del hombre "resignado" a vivir como Dios lo había mandado al mundo, alejado de las tentaciones terrenales de acaparar riqueza (votos de pobreza), la iglesia y en especial el catolicismo romano, retrasaron en Gran parte el proceso de modernización de la Humanidad.[4]

Es con el Calvinismo, y su idea del trabajo como una bendición de Dios, y su firme convicción según la cual los valores morales debían estar apartados de los valores que gobiernan los mercados, que en Inglaterra se comienzan a ver grandes avances científicos, tales como la máquina a vapor, la invención de motores, la optimización de instrumentos astronómicos y de medición del tiempo, entre otros, los que formaron el ambiente, para que las personas que tenían una relación de servidumbre, tuvieran la posibilidad de vender su mano de obra y recibir a cambio una contraprestación.[5]

Sin embargo, en el ambiente de industrialización de la primera mitad del Siglo XIX, nacen nuevas clases sociales entre las que se empieza a hablar de trabajadores fabriles y artesanos trabajadores, quienes tenían unas condiciones y derechos bastante precarios, lo que termino por generar movimientos obreros de lucha por mejorar sus condiciones.

Algunas de las situaciones mencionadas son las siguientes:

- Trabajo Infantil: Es uno de los temas que mas se critica a la revolución Industrial, pues la necesidad de incrementar la producción, generó el

[4] GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. Tratado de Derecho del Trabajo. Bogotá. Librería Editorial El Foro de la Justicia. 1985. Pag. 39 ss.
[5] OLEA, Manuel Alonso. Introducción al Derecho del Trabajo. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1994. Pág. 144 ss.

ingreso de menores de edad a trabajar en la industria, con unas condiciones que hoy resultan incomprensibles.

- Las extensas jornadas de trabajo y los bajos costos que significaba contratar a un niño, pues su salario era dos o tres veces inferior al salario de un hombre adulto, fueron los elementos que incentivaron el trabajo infantil en la época.

- El régimen del truck: Fue el mecanismo que pretendieron emplear los burgueses con el fin de volver a las condiciones de trabajo forzoso y servidumbre, implicaba el remunerar el trabajo del obrero, con los bienes necesarios para su subsistencia, o con bonos redimibles sólo en los locales de propiedad del dueño de las fuerzas productivas. Este régimen se vio reforzado por la escasez de moneda fraccionaria para el pago frecuente de salarios

- Ambientes de trabajo: Las condiciones de insalubridad en los primeros periodos de industrialización, eran una constante en las empresas, y ello sumado a jornadas laborales excesivas por el invento de la iluminación con gas, generaron unas condiciones realmente precarias, en las cuales el trabajador no tenía tiempo para nada distinto que la industria a la cual estaba totalmente atado por la necesidad de percibir un salario en la mayoría de las ocasiones precario.

- Para terminar, la regulación de las relaciones de trabajo durante el auge de la Revolución Industrial, estuvieron basadas en la voluntad del burgués, quien imponía las condiciones y normas que regirían la relación contractual.

- El estado liberal, con el fenómeno de industrialización en el siglo XIX, operaba plenamente, pero el descontento de la clase obrera con las condiciones y padecimientos a que eran sometidos, produjo una crisis en

este modelo Estatal en la época tardía de la revolución industrial, que a continuación se analiza.

1.1.3 Reacciones Post – Revolución

El modelo de estado liberal que implica la nula intervención del Estado en los asuntos económicos, salvo los aspectos necesarios para la subsistencia de la sociedad, como son asegurar la paz exterior e interior y la garantía de la propiedad, estuvo vigente durante el auge de la revolución industrial. Sin embargo, y a pesar de ello, el Estado como institución tuvo que intervenir mas tarde en varios aspectos de la economía debido al impacto de la industrialización, los gobiernos tuvieron que intervenir para cambiar las pésimas condiciones de trabajo de la clase obrera; así la *factory reform* inglesa de la década de 1830 y 1840 limitó el empleo de los niños y las horas de trabajo diario y reguló el empleo de las mujeres, al tiempo que nombró inspectores de fábricas; la ley de salud pública de 1848 estableció normas que permitían la intervención del estado en este campo[6].

Con la expansión del capitalismo en Europa, y el creciente descontento por parte de la clase obrera frente a las condiciones laborales, algunos pensadores empezaron a plantear sus ideas sobre la forma como debía estar compuesto el Estado, en aras de garantizar unos derechos mínimos a este sector de la sociedad; es así entonces como se empiezan a gestar las primeras ideas comunistas, de las cuales a continuación se mencionan las más relevantes para el tema que nos ocupa, en el sentido que fue con base en ellas que se logró la configuración efectiva de derechos en el sistema normativo para los trabajadores, que como es lógico generaron condiciones de mayor igualdad.

---

[6] KALECKI, Michael. Estudios sobre la teoría de los ciclos económicos, Ariel, segunda edición, Barcelona, 1973, Pág. 67.

- El socialismo utópico: Esta doctrina que nace en 1839 y cuyos exponentes más importantes fueron BLANQUI y SAINT SIMON, advertía las injusticias que se estaban dando en el régimen de propiedad privada y en la manera como eran llevadas las relaciones entre el Estado y los particulares; de esta manera proponían un abandono total del concepto de propiedad privada y en lugar de ello, la existencia de una sociedad colectivizada.

  Esta doctrina fue altamente criticada toda vez que las ideas que defendía eran bastante idealistas y alejadas de la realidad que se presentaba, y sumado a ello su convencimiento de la sola necesidad de adoctrinar a las poblaciones para generar un cambio en el sistema, se les ha reconocido, su intento por generar la conciencia en la sociedad que la mejor manera de generar cambios, era la unión de los individuos que sin duda en un elemento fundamental en las luchas sindicales.[7]

- Las tesis Marxistas[8]: Estas se dividen en materialismo histórico y materialismo dialectico. El primero de estos rechaza de plano el concepto de propiedad privada y sostiene que la existencia del capitalismo, está basada en un principio inadmisible para la sociedad, que es "la explotación del hombre, por el hombre". Plantea que en tal explotación el trabajador siempre pierde, pues es el dueño de los elementos de producción quien se beneficia de los trabajadores, y adicionalmente recibe altas utilidades de los productos, mientras el trabajador sólo recibe un salario irrisorio, con el cual nunca podrá aspirar a ser dueño de los factores de producción; lo que conlleva a decir que la brecha entre ricos y pobres cada vez es más amplia y marcada. [9]

---

[7] GINER, Salvador; "Historia del pensamiento social", Ed. Ariel, 1975. Pág. 51 ss

[8] Karl Heinrich Marx (Tréveris, Renania-Palatinado, 5 de mayo de 1818 – Londres, 14 de marzo de 1883) fue un filósofo, historiador, sociólogo, economista, escritor y pensador socialista alemán. Padre teórico del socialismo científico y del comunismo, junto a Friedrich Engels, es considerado una figura histórica clave para entender la sociedad y la política.

[9]. GINER, Salvador; "Historia del pensamiento social", Ed. Ariel, Barcelona, 1975.

La diferencia con el socialismo utópico, es que creen que los cambios sociales que deben darse, solo serán posibles, mediante procesos violentos de combate frente a la clase dominante.

- El materialismo dialéctico por su parte, realiza un gran aporte con su teoría de la plusvalía, con la cual en pocas palabras se pretende explicar, como el trabajador en sus jornadas de trabajo invierte más esfuerzo del necesario para obtener los recursos para su subsistencia, esos esfuerzos extras, generan en el empresario un mayor valor o ganancia que va a terminar en sus propias arcas y nunca es compartido con el trabajador.

  Toda esta visión Marxista, es la que permite más tarde las asociaciones de trabajadores y con ellas las creaciones de sindicatos, y ha sido hasta el momento actual, un foco de inspiración para las asociaciones que defienden los derechos de los trabajadores frente a los empleadores.

- El socialismo de Estado: Su postulado fundamental es que el lucro individual sin tasa ni medida, que caracteriza a la economía capitalista, debe desaparecer dado que atenta contra la solidaridad o unidad moral.[10]

  Posteriormente y para terminar, las tesis sobre el derecho al producto íntegro del trabajo y sobre la limitación de las utilidades a la industria privada, contribuyeron a las modernas teorías sobre intervención de Estado que no abogan por la abolición de la propiedad privada, para sustituirla por la propiedad colectiva; su modelo, busca encontrar mecanismos a través de los cuales el Estado funja como regulador de la propiedad privada, la cual debe representar los mayores beneficios para la sociedad. Este modelo defiende la modernización del derecho al trabajo, la restricción en ciertos aspectos, o el desconocimiento en otros de la libertad contractual y finalmente el derecho de asociación no solo desde el punto de vista del derecho de las personas a asociarse para encontrar fines de carácter

[10] IBIDEM

económico y cultural, sino también como instrumento que sirva al Estado para alcanzar mejor el propósito de regulación que favorezca los intereses generales.[11]

1.1.4 Nacimiento de la OIT

Posterior a la Primera Guerra mundial y siendo claras las difíciles condiciones de los trabajadores en el mundo, se crea un organismo de carácter supranacional: la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Así, la OIT fue creada como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social era esencial para alcanzar una paz universal y permanente.[12]

Esta organización se esfuerza por promover la justicia social para los trabajadores de todo el mundo mediante fórmulas políticas y programas internacionales para contribuir a mejorar las condiciones de trabajo y vida; elabora normas laborales internacionales que sirven de directrices a las autoridades nacionales para llevar a la práctica esas políticas, y ejecuta un amplio programa de cooperación técnica para ayudar a los gobiernos a hacer realidad esas políticas.

De esta forma, en la actualidad, los países miembros manejan su regulación interna de las relaciones laborales, pero al mismo tiempo cuentan con herramientas normativas supranacionales, como los convenios firmados con la OIT, algunos de los cuales son de obligatorio cumplimiento para los países, y adicionalmente, con recomendaciones de este organismo que sirven de parámetros para la creación y aplicación de normas internas.

---

[11] GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. Tratado de Derecho del Trabajo. Bogotá. Librería Editorial El Foro de la Justicia. 1985. Pág. 29 ss.
[12] Tomado de la página de la Organización internacional del trabajo, http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm. Fecha de consulta 17 de marzo de 2009

Por último La Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo Adoptada en 1998, compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes. Estas categorías son: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.[13]

1.2 EL DERECHO LABORAL EN COLOMBIA

Los movimientos sociales en todo el mundo, influyeron en la consagración de normas laborales en Colombia, que se generaron a raíz de las luchas que a nivel nacional proclamaban el reconocimiento de los derechos de los trabajadores. La abolición de la esclavitud, y la inspiración en los ideales de la Revolución francesa fueron los inicios del régimen laboral en el país, cuyos inicios coinciden con la proclamación de Independencia.

1.2.1 Orígenes

El primero de enero de 1852, en Colombia culmina el largo proceso de manumisión republicana que se había iniciado 40 años atrás con la expedición de la Constitución de Cartagena de 1812. Allí se legisló por primera vez en materia de libertad de las personas esclavizadas, libertad que no había podido concretarse hasta la fecha, debido al fracaso del proyecto político cartagenero, producto de la Reconquista española en 1815 comandada por Pablo Morillo. No obstante, este

[13] Tomado de la página de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El 9 de Marzo de 2009, La Declaración. 1996. http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm

personaje logró lo que tal Constitución no pudo: otorgó la libertad a muchos esclavizados a cambio de la colaboración con la causa española.

Fue a causa del contexto en que se desarrolló la discusión sobre la abolición de la esclavitud —la guerra de independencia— que este tema, más que un asunto humanitario, se convirtió en una consigna política con la que se buscó insistentemente ganar adeptos y pasar como benefactores del prójimo, así como modernos y demócratas. Esto hizo Bolívar en 1816, cuando para salirle al paso a la propuesta de libertad de los esclavizados ofrecida por los españoles, les prometió también libertad a cambio de la vinculación al ejército patriota.

La libertad de las personas se discutió después de la independencia, en el Congreso de Cúcuta. Allí, uno de los aspectos más debatidos fue la Ley de Libertad de Vientres, sancionada el 19 de julio de 1821, cuyo texto trajo consigo una conciliación entre los abolicionistas y los anti-abolicionistas en la medida que la Ley sólo se aprobó cuando se protegió el derecho a la propiedad privada de los esclavistas, que se expresó en la consigna de "ser generosos con los esclavos sin dejar de serlo con los amos". [14]

Con ello, en el país se empieza a contratar la fuerza de trabajo a cambio de un precio convenido entre trabajador y empleador; sin embargo este contrato en el fondo busca fundamentalmente que el trabajador permanezca realizando la labor para la cual fue contratado y se regula por las normas provenientes del derecho romano atinentes al arrendamiento de personas, más que por algún tipo de legislación laboral.[15]

Por ello, es sólo a partir de 1905, que en Colombia se empiezan a expedir múltiples leyes del trabajo, entre ellas se mencionan a continuación algunas de las más importantes:

[14] CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. Bogotá. Editorial Temis. 1981. Pág. 18 ss.
[15] ARENAS POSADA, Carlos, "Historia del derecho del trabajo" Ed. Tecnos, Madrid, 1999 Pág. 25

- La primera Ley de protección laboral fue la 29 de 1905, por medio de la cual se estableció una pensión vitalicia para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia mayores de sesenta años.
- La Ley 57 de 1915, sobre los accidentes de trabajo.
- Ley 21 de 1920, estableció el procedimiento para la declaratoria de huelga.
- Ley 83 de 1931 sobre sindicatos, que constituyó una herramienta de gran importancia en el desarrollo de las relaciones laborales en el país.
- Ley 10 de 1934, consagró por primera vez la obligación de realizar un contrato de trabajo, auxilios de enfermedad, cesantía y vacaciones remuneradas para los trabajadores.
- Ley 90 de 1946, por la cual se implantó el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.
- Por último, la difícil situación que afrontaba el país a finales de los Cuarenta, provocaron la expedición del Decreto 3518 de 1949, que declaraba el estado de sitio en todo el territorio nacional, por estar turbado el orden público, y es dentro de la vigencia de tal declaratoria que se expide Decreto 2663 de 1950, por la que se promulgó nuestro primer código sustantivo del trabajo que buscaba atender a la regulación normal de las relaciones laborales para el mejor estar de las clases trabajadoras, con el fin de lograr la justicia social y el desarrollo de la economía nacional, a lo cual contribuye una acertada y completa legislación social, por cuanto el Derecho del Trabajo influye notablemente en el mantenimiento del orden público[16] .

[16] Tomado de la página de la Comisión Nacional de Televisión, el 17 de Marzo de 2009 http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1950/decreto_2663_1950.html

1.2.2 Antes y después de la Constitución de 1991

La Constitución de 1991, generó cambios importantes en materia de derechos laborales, e implicó el reconocimiento del derecho al trabajo, como un derecho fundamental que tiene una especial protección por parte del Estado.

Sí bien el derecho al trabajo, antes de La Constitución Política de 1991 tenía una gran importancia, es con la expedición de esta que se reconoce como un derecho de los Colombianos y una obligación del Estado; ello porque el constituyente, consciente de la importancia del trabajo dentro del modelo de Estado social de derecho, definido en el artículo Primero, genera una doble visión en la cual aparece el Estado como garante del disfrute efectivo de éste por parte de los ciudadanos. [17]

Es con la Constitución de 1991, en su artículo 53, que se ordena al legislador la expedición de un Estatuto del trabajo que debe contener al menos los principios que a continuación se mencionan, aclarando que dicho mandato constitucional en la actualidad no ha sido cumplido por el legislador:

" Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

[17] CERON DEL HIERRO, Antonio. El Trabajo El Derecho Laboral y la Seguridad Social. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKÉ. 1996. Pág. 21 ss.,

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

El cambio frente a la Constitución de 1886, es evidente, puesto que el constituyente de 1991 impuso límites claros al legislador y demás órganos del Estado en materia de derechos laborales, límites que no puede desconocer en ejercicio de sus funciones ninguno de los poderes del Estado colombiano. .

La importancia de las normas y principios reconocidos en la actualidad es muy relevante para el análisis de los fenómenos actuales de privatización, desregulación e internacionalización de la economía, que buscan eliminar trabas al capital para lograr un mayor desarrollo económico que redunde en mayor justicia social, pues estos últimos fenómenos están efectivamente haciendo blandas esas barreras constitucionales, en principio tan firmes, generando una interpretación distinta de tales principios, que terminan finalmente permitiendo una flexibilización que responda a las necesidades del mercado, pero que de cierta manera este marcando un retroceso en los derechos que lograron posicionar muchos trabajadores durante casi un siglo.

2. BREVE ESTUDIO DEL CONCEPTO DE FLEXIBILIZACIÓN Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA PREVIO A LA CONSTITUCIÓN DE 1991

En el capítulo anterior se expuso la forma en que ha sido concebido el derecho laboral, el cual tras alcanzar un desarrollo, la constitucionalización en Colombia de unos principios y unos derechos económicos y sociales, ha impuesto unos mínimos fijos, interviniendo de esta manera las relaciones laborales de los trabajadores.

Ahora bien, con el paso de los años y la evolución de los conceptos e instituciones en general, se ha dado la necesidad de replantear la forma en que opera la flexibilización para el caso concreto del derecho laboral, toda vez que se puede ver un escenario internacional producto de la globalización, el cual es, por decirlo así, completamente dinámico y por tanto, reevalúa a nivel local las instituciones y conceptos que traban su continuo movimiento. Así, surge la flexibilización como respuesta a un dinamismo necesario por parte de ciertas instituciones ante el inminente mercado global.

2.1 EL CONCEPTO DE FLEXIBILIZACIÓN

El concepto de la flexibilización surge a partir de la idea del neoliberalismo[18], entendiendo que este propugna por la desregularización en materia económica, toda vez que, como explica, es por la regularización excesiva que el mercado se inhibe, se restringe y presenta fallas. Por tanto, el neoliberalismo propone una mayor libertad, un mayor campo de acción, un marco flexible, o lo que es lo

[18] "Neoliberalismo: Teoría política que tiende a reducir al mínimo la intervención del Estado". Tomado de Diccionario de la lengua española, Real academia española, el 17 de Abril de 2009, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=neoliberalismo

mismo, “una economía regida por las leyes del mercado, es decir, la oferta y la demanda convertida en ley natural”[19], tal y como fue propuesto por Adam Smith.

De esta forma es correcto afirmar entonces, que el neoliberalismo “defiende la internacionalización de la economía mediante el mecanismo libre de la oferta y la demanda, la libertad de mercados, la propiedad privada y que supone que todo intervencionismo de estado se limita a una simple medida que por ningún motivo estorbe la libre empresa.”[20]

Es por estas ideas que el concepto de flexibilización debe entenderse en primer término como un fenómeno económico, el cual implica, como su definición lo indica la capacidad de ser “susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades”, esto entendiendo que son las instituciones las que se ven afectadas por dichas variaciones[21].

Por tanto, será esta flexibilidad la que le permitirá al mercado auto-regularse y de esta forma corregir ciertas fallas generadas a partir de la rigidez del sistema entre ellas el asunto atinente al pleno empleo que según los postulados de esta teoría logran solucionarse en cierta medida con su aplicación en materia de derechos laborales; sin embargo, cabe aclarar que si bien la idea neoliberal está a favor de un mercado libre, este permite la intervención en el mismo cuando no le es posible superar las fallas de que adolece.

Ahora, en busca de alcanzar los fines que se pretenden con este trabajo, vale la pena decir que, aunque este concepto es eminentemente económico, tiene también consecuencias en lo jurídico, toda vez que entre muchas opciones, la flexibilización se ha planteado como campo de acción el derecho al trabajo, esto debido a la rigidez que han propuesto las instituciones, a saber: los mínimos inviolables que se erigen, tales como prestaciones económicas obligatorias y

---

[19] SIERRA GARCIA, Jaime, Diccionario Jurídico Ajustado a la Legislación Colombiana, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, Tercera Edición, 2001, Medellín, Pág. 287.
[20] Ibídem, páginas 286-287.
[21] Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, Tomado el 18 de Marzo de 2009, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=flexibilizar

necesarias en los diferentes tipos de relaciones laborales. Por tanto, es a partir de la flexibilización de las relaciones que se dan los efectos jurídicos objeto de análisis del presente trabajo.

Así, se plantea que para el estudio de la flexibilización se han tomado los postulados de dos escuelas, y que es a partir de estos que se ha estudiado la problemática de la flexibilización en el ámbito laboral, a saber: la escuela neoclásica y la escuela keynesiana. De esta manera, los postulados planteados por estas escuelas se han utilizado para el estudio de la flexibilización en torno al problema del desempleo, toda vez que se ha explicado que la flexibilización o la disminución de los costos de contratación de trabajadores son unas de las formas de generar nuevas plazas de trabajo.

2.2 TEORÍA Y JUSTIFICACIÓN DE LA ESCUELA NEOCLÁSICA

La teoría neoclásica explica que "en un mercado cualquiera, bajo el análisis del equilibrio parcial[22] , se supone que la situación de equilibrio prevalecerá en el corto plazo debido a la libre operación de las fuerzas del mercado."[23]

Además de lo anterior, los planteamientos básicos de esta teoría, afirman que "la teoría neoclásica del desempleo está dada por el equilibrio de cualquier mercado de bienes, donde la oferta es igual a la demanda (E: S=D), aplicado en particular al mercado laboral.[24]", lo que quiere decir que la teoría neoclásica analiza el desempleo y por tanto el mercado laboral como cualquier otro mercado de bienes y servicios, en donde la oferta y la demanda se regulan por la mano invisible del mercado, logrando siempre un equilibrio perfecto. De esta forma, si se partiera de

[22] RUBUANO MACIAS, Jorge Enrique, Revista EAN: A propósito de la flexibilización laboral, Nro. 49, 2003, Pág 147: "El equilibrio parcial toma como referencia la estática comparativa, método que parte de una situación de equilibrio inicial para llegar a una de equilibrio final, sin tener en cuenta lo que ocurre en el proceso; es decir, no toma en cuenta el tiempo y, certeris paribus, refleja los cambios que ocurrirían en las variables analizadas, esto es, en términos de precios y cantidades".
[23] Ibídem, página 141.
[24] Ibídem, página 141.

un punto ajeno al equilibrio, el mercado, rigiéndose por las leyes de la oferta y la demanda, lograría retomar rápidamente su punto de equilibrio.

Para esta teoría "si el precio fuera superior al de equilibrio, el exceso de oferta impulsaría hacia abajo el precio hasta el nivel en que desapareciera el exceso, hasta un nivel que se conoce como la famosa letra E de los gráficos micro. Si partiéramos del caso opuesto, tomando como punto de partida un precio por debajo del de equilibrio, serían los potenciales compradores los que, en su pugna por la escasez del producto, harían subir el precio hasta el nivel del equilibrio, donde, nuevamente, oferta y demanda se igualarían."[25]

Esto quiere decir, respecto al tema de la liberación salarial, que partiendo de un modelo en donde el salario mínimo se encuentra fijado por encima de su nivel óptimo, pudiendo evidenciar esto en la enorme demanda insatisfecha de trabajo (desempleo), al eliminar este límite, el nivel de salario fluctuaría libremente hasta encontrar su punto de equilibrio, logrando así el pleno empleo al eliminar el exceso insatisfecho de demanda de empleo. Por otro lado, en el evento contrario, de estar el salario por debajo de su nivel óptimo, serían los trabajadores quienes reducirían la oferta de mano de obra para que ante la escases de la misma, el salario fluctuará libremente hasta alcanzar su punto de equilibrio.

[25] Ibídem, página 141

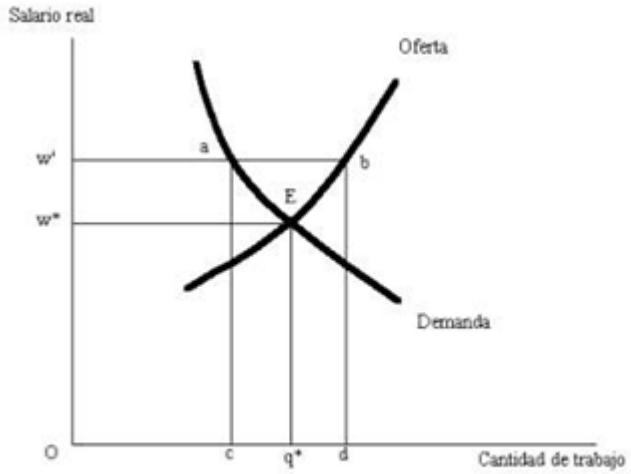


Figura 1: El Mercado de trabajo neoclásico

Fuente: Revista EAN, Nro 49, 2003, página 141

Ahora bien, según este análisis, en el mercado de trabajo lo que ocurre es que "los excesos de oferta de mano de obra no se comportan igual que en los demás mercados, es decir no se pueden eliminar, debido a que su rigidez afecta el funcionamiento de las llamadas fuerzas de mercado"[26], por lo que la teoría neoclásica explica que esta rigidez es consecuencia del actuar del Estado y los sindicatos, toda vez que en primer término el Estado es una "fuerza intervencionista y distorsionante porque, con sus regulaciones y leyes –siempre excesivas, a su juicio-, impide que se forme un verdadero precio libre."[27]

Esto se ve reflejado, por ejemplo en Colombia, en la imposición de un salario mínimo y en su incremento año tras año, subsidios y demás imposiciones tales como las vacaciones y prestaciones sociales, que en últimas generan un aumento en el costo de la contratación de trabajadores, es decir, que el costo de un trabajador se aumenta por el exceso de sumas impuestas por el Estado y que la disminución en los costos de salario, vacaciones y prestaciones sociales vía

[26] RUBIANO MACIAS, Jorge Enrique, A propósito de la flexibilización laboral, Revista EAN, Nro. 49, 2003, Pág 141.
[27] Ibídem, página 142.

regulación estatal no necesariamente implica un cambio en la demanda por parte de los empleadores ante la sobre oferta de mano de obra.

Por otro lado, esta teoría explica que los sindicatos generan un efecto nocivo en el mercado laboral, toda vez que no permiten un libre acuerdo entre trabajador y empleador sino que por el contrario, interviene generando así precios más elevados y cantidades menores de trabajo que las que se podrían dar en un supuesto de libre competencia.

Así, es claro que para la teoría neoclásica los culpables de los altos costos de contratación y en últimas, del desempleo son los sindicatos y el Estado, al ser estos los directos responsables de la rigidez y estaticidad del mercado laboral.

Por tanto, esta teoría propone flexibilizar los precios, es decir apartarse de las regulaciones y permitir una libre fluctuación para que en la práctica se pueda llegar al nivel de equilibrio deseado, es decir, que al eliminar la rigidez, por ejemplo en materia salarial, eliminando por tanto la concepción de salario mínimo, esto conllevará a un aumento en la demanda de trabajadores, reduciendo así el desempleo y, eventualmente, alcanzando el nivel de pleno empleo.

2.3 TEORÍA Y JUSTIFICACIÓN DE LA ESCUELA KEYNESIANA

La teoría Keynesiana toma su nombre de su principal exponente: John Maynard Keynes. Éste economista británico, planteó su nueva teoría a partir de la idea de que el Estado como tal debía abandonar su papel eminentemente pasivo frente al mercado para tomar así un papel más activo en el mismo. Es decir, que si bien "el Estado como fenómeno histórico vinculado al desarrollo del mercado y del sistema capitalista siempre ha tenido una función importante en relación a la economía"[28],

[28] GALLEGO MENDEZ, María Teresa, Manual de Ciencia Política (Rafael del Águila): "Estado Social y Crisis del Estado", Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pág. 113.

su pasividad frente al mercado ha resultado como una de las razones de la falla del mismo.

Una de estas fallas y quizás la más influyente para el desarrollo de la teoría de Keynes fue la crisis americana de 1929, conocida como la gran depresión, por lo que fue a partir de esta que Keynes vió la necesidad de introducir cambios en los modelos económicos utilizados hasta la época, propiciando así a partir de la publicación de su obra central, la "Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero" la evolución del capitalismo, modelo que como se conoce, se regía por la libertad del mercado y por tanto dictaba la pauta en materia económica

Fue por tanto a partir de esta crisis, que el capitalismo vio la necesidad de evolucionar conservando su postulado esencial: la propiedad privada de los medios de producción. Esta evolución introdujo cambios importantes, tales como el ascenso de la macroeconomía, la cual "es la rama de la economía que estudia el comportamiento de agregados, por oposición a la microeconomía, que estudia unidades individuales"[29], además de los nuevos métodos de medición y la econometría, la cual se refiere al "análisis cuantitativo de fenómenos económicos reales basados en los desarrollos simultáneos de la observación y la teoría, relacionados mediante métodos apropiados de la inferencia"[30].

Retomando la obra anteriormente citada, en ella Keynes "muestra que el capitalismo es intrínsecamente inestable"[31] y además "que el capitalismo no contiene mecanismos automáticos y equilibradores para restaurar la producción y el pleno empleo en época de recesión"[32], lo que quiere decir, que las leyes por las cuales se rige el capitalismo, es decir las leyes de la oferta y la demanda, no son aptas en la práctica para encontrar un punto de equilibrio, su punto de equilibrio una vez ha perdido el mismo.

---

[29] Tomado el 16 de marzo de 2009 de http://www.zonaeconomica.com/definicion/macroeconomia
[30] Tomado el 16 de marzo de 2009 de http://www.econlink.com.ar/definicion/econometria.shtml
[31] GALLEGO MENDEZ, María Teresa, Manual de Ciencia Política (Rafael del Águila): "Estado Social y Crisis del Estado", Pág 114.
[32] Ibídem, Pág 114.

Es debido a esto que Keynes propone un papel más activo del Estado en la economía, argumentando que el Estado no solo debe intervenir "en el gasto privado mediante impuestos y tipos de interés"[33] sino también "en el gasto público mediante servicios sociales y capital social"[34].

Así, la teoría de Keynes o Keynesiana, toma en cuenta conceptos tales como el de la demanda agregada, la cual se refiere a "la cantidad de bienes y servicios que las familias, las empresas, el gobierno y el resto del mundo pueden y desean obtener a un determinado nivel de precios y en un periodo determinado en el país" [35], entre otros. Estos conceptos, que hasta el momento habían sido desconocidos, adquieren un papel fundamental dentro de la nueva teoría económica para así hacer parte, entre otras, de las soluciones planteadas a los problemas resultado del anterior sistema.

De esta forma, la teoría Keynesiana le da una nueva connotación al concepto del salario, ya que a partir de esta "el salario no es solo un precio de un mercado particular y un elemento de costo para las empresas, sino uno de los componentes básicos de la demanda agregada."[36]

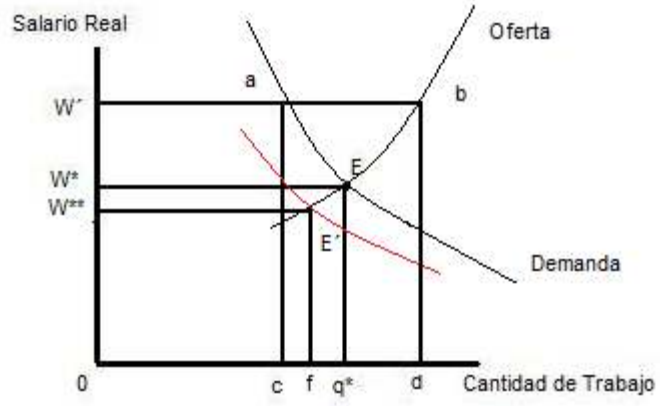
Así, la teoría Keynesiana explica que el desempleo no se debe al alto costo de los salarios ni demás prestaciones económicas, tal y como lo explicaba la teoría neoclásica, sino que este se debe a la inexistencia de una demanda agregada insatisfecha, es decir, no hay más empleo porque la demanda actual se encuentra satisfecha.

En otras palabras, "Keynes se dio cuenta de que la inversión empresarial dependía del estado de ánimo de los capitalistas y de que éste se formaba de acuerdo con sus expectativas de beneficio"[37] , lo que quiere decir que mientras no

[33] Ibídem, Pág 114-115.
[34] Ibídem, Pág 115.
[35] Tomado el 16 de marzo de 2009 de http://es.mimi.hu/economia/demanda_agregada.html
[36] RUBIANO MACIAS, Jorge Enrique, A propósito de la flexibilización laboral, Revista EAN, Nro. 49, 2003, Pág 142.
[37] Ibídem, página 142.

exista una demanda de producto insatisfecha, no habrá necesidad por parte de los empresarios de crear nuevos empleos.

Por último, para este acápite, cabe recordad que Keynes advirtió que la flexibilización respecto a los salarios, contrario al efecto buscado por los neoclásicos, podría producir un detrimento de la demanda total, es decir, si la demanda de cierto producto se encuentra satisfecha y el Estado decide flexibilizar el salario, eliminando así el monto mínimo (salario mínimo), los empresarios no solo no iban a contratar nuevos trabajadores, ya que no los necesitan, sino que además a los trabajadores existentes les reducirían el salario como resultado de esta nueva política flexible, tal y como se puede ver en la siguiente gráfica, donde las diferentes w representan los diferentes niveles de salarios, las diferentes letras en el eje x representan la cantidad de personas empleadas y E y E´ representan los diferentes puntos de equilibrio, E pre flexibilización y E´ post flexibilización del salario.



Fuente: Revista EAN, Nro 49, 2003, página 143

De esta forma, en la gráfica anterior, Keynes explicaba que el desplazamiento puede darse hacia la izquierda del gráfico, “en cuyo caso el punto de equilibrio neoclásico ya no sería tal, puesto que el equilibrio se habría desplazado hacia la

izquierda y por debajo del anterior (de E hasta E´), es decir, compatible con niveles de salario real y de ocupación más bajos (w**<w* y f<q*).”[38] Demostrando así, que el peligro que resulta de la flexibilización del salario, toda vez que más que crear empleos, lo que se logra es que se desmejoren las condiciones de los empleos existentes.

2.4 EL CONTEXTO COLOMBIANO: LEY 50 DE 1990

En el ámbito nacional, se considera a la Ley 50 de 1990, la reforma laboral, como el primer paso hacia un mercado laboral flexible, ya que esta “estuvo orientada a facilitar la creación de nuevos empleos, al introducir modificaciones a la legislación para hacer menos costosa la contratación y el despido de personal”[39]. En otras palabras, lo que se pretendió fue el incentivar la creación de nuevos empleos al reducir el costo de los mismos.

De esta forma, se puede ver que dentro de las disposiciones más importantes en materia de flexibilización laboral se encuentran las tendientes a la “flexibilización de los contratos temporales, la facilitación del despido del trabajador después de diez años de antigüedad, la adopción de un sistema de salario que integrará todas las remuneraciones para los trabajadores de mayores ingresos (10 salarios mínimos)…”[40] Estas disposiciones se encuentran en los artículos 6 y18 de la Ley 50 de 1990[41], y además los artículos 71[42] y siguientes, en los cuales se introdujo y reguló el tema de las empresas de servicios temporales.

---

[38] Ibídem, página 143.
[39] ISAZA CASTRO, Juan Guillermo, Flexibilización laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano, Revista Equidad y Desarrollo, Nro. 1, 2003, Pág 13.
[40] Ibídem, Pág 13.
[41] **ARTICULO 6o.** El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 8o del Decreto-Ley 2351 de 1965 quedará así:
ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA.
1. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

2. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la Ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan.
3. En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días
4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:
a) Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año;
b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;
c). Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) día adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y
d) Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.
PARAGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente Ley tuvieren diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5o del artículo 8 del Decreto-Ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen.
5. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato sin justa causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. El empleador podrá descontar el monto de esta indemnización de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales. En caso de efectuar el descuento depositará ante el juez el valor correspondiente mientras la justicia decida.
6. No habrá lugar a las indemnizaciones previstas en este artículo, si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían en la fecha de su ruptura.
ARTICULO 18. El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:
ARTICULO 132. FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACION.
1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.
2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21, y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario, superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.
3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).
4. El trabajador que desee acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo.
[42] **ARTICULO 71.** Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.
ARTICULO 74. Los trabajadores. Vinculados a la empresa de servicios temporales son de dos (2) categoría: Trabajadores de planta y trabajadores en misión.
Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.
Trabajadores en misión son aquéllos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.
ARTICULO 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente Ley.
ARTICULO 76. Los trabajadores en misión tienen derecho a la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado, cualquiera que éste sea.
ARTICULO 78. La empresa de servicios temporales es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los términos de las Leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes.
Cuando el servicio se preste en oficios o actividades particularmente riesgosas, o los trabajadores requieran de un adiestramiento particular en cuanto a prevención de riesgos, o sea necesario el suministro de elementos de protección especial, en el contrato que se celebre entre la empresa de servicios temporales y el usuario se determinará expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones. No obstante, este acuerdo no libera a la empresa de servicios temporales de la responsabilidad laboral frente al trabajador en misión.
ARTICULO 79. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de

Así, se puede ver a grandes rasgos que las disposiciones citadas apuntan a una flexibilización de la relación laboral, ya que éstas:

- Permitieron la adaptación de un sistema de salario integral, mediante el cual el empleador puede llegar a acordar con su trabajador cuando el salario de este sea mayor a 10 salarios mínimos, acuerdo que consiste en pactar la integridad de este salario, esto es, "que además de retribuir el salario ordinario, contenga el valor de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie…"[43]
- Facilitaron el despido de los trabajadores, toda vez que por un lado disminuyó el monto de las indemnizaciones, y por el otro, eliminó el reintegro como sanción al empleador en los casos de darse un despido sin justa causa de un trabajador con diez o más años de antigüedad al servicio del empleador.
- Se introdujo la regulación de las empresas temporales, facilitando la "contratación" de personal extra para ciertos casos en que sea requerido.
- Eliminaron el sobrecosto respecto a las cesantías al simplificar su régimen.

Ampliando un poco el tema respecto a las empresas de servicios temporales, no se puede olvidar que fue la Ley 50 de 1990 la que las introdujo en el ordenamiento jurídico y las reguló, dándole vida a uno de los temas más importantes en materia de flexibilización, toda vez que es mediante esta figura que las empresas han

---

antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.
PARAGRAFO TRANSITORIO. Los contratos de los trabajadores en misión vinculados a las empresas de servicios temporales con anterioridad a la vigencia de esta Ley, serán reajustados en un plazo de doce (12) meses de conformidad con lo expresado en este artículo.
ARTICULO 81. Los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán:
1. Constar por escrito.
2. Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la Ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.
3. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.
4. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78 de la presente Ley.

[43] Artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado al artículo 18 de la Ley 50 de 1990.

podido contratar personal indirecto, simplemente mediante un contrato de prestación de servicios con la empresa de servicios temporales, la cual en últimas, es quien se encuentra obligada a cumplir con las obligaciones laborales de los trabajadores en misión.

Cabe anotar, que las empresas de servicios temporales cuentan con dos clases de trabajadores, los trabajadores de planta, que son los que se ocupan, por decirlo así, del funcionamiento de la empresa de servicios temporales, y los trabajadores en misión, que son los que van y se ocupan de la labor para lo cual fue contratada la empresa temporal. Estos trabajadores tienen básicamente los mismos derechos consagrados en la Ley, que los empleados de la empresa que contrata los servicios de la empresa temporal, mas no cuentan con la posibilidad de exigir derechos o mejoras a las condiciones laborales consagradas en una convención o pacto colectivo. Al respecto, es importante resaltar que es la empresa de servicios temporales y no la empresa contratante la que está obligada a realizar el pago de salarios, hacer las respectivas afiliaciones, etcétera, lo que resulta verdaderamente conveniente para la empresa contratante, toda vez que la responsabilidad respecto a esto "nuevos" trabajadores recae casi por completo en la empresa temporal, ya que la empresa beneficiaria de los servicios prestados por los trabajadores en misión sólo es responsable por la salud ocupacional de estos. Sin embargo es importante resaltar que la empresa contratante será solidariamente responsable frente a los incumplimientos en que la empresa temporal incurra con respecto a los derechos de los trabajadores en misión.

Ahora, si bien puede considerarse a la Ley 50 de 1990 como el primer acercamiento hacia una flexibilización de las relaciones laborales, cabe recordar a Isaza Castro, quien explica que "autores como Ocampo et al. (2000) y López (1998-a) han señalado que los avances en materia de flexibilización laboral logrados por la Ley 50 de 1990 fueron opacados por la reforma posterior a la seguridad social de 1993 (Ley 100 de 1993). Si bien, los cambios introducidos en 1990 facilitaron enormemente la contratación de personal temporal y redujeron los

costos asociados al régimen anterior de cesantías, los costos no salariales, como porcentaje del salario básico, aumentaron de 47% antes de la Ley 100 de 1993 a 53% una vez introducida esta norma"[44].

Esto quiere decir, que si bien la Ley 50 de 1990 fue un primer acercamiento al tema de la flexibilización laboral, ésta se quedo corta al no haber podido lograr los objetivos propuestos, entre los que se encuentra la creación de nuevas plazas de empleo, esto en parte y como se mencionó, por las disposiciones introducidas por la Ley 100 de 1993.

La Ley 50 de 1990 fue expedida a la luz de la Constitución de 1886, la cual, por decirlo así, permitía la flexibilización en materia laboral sin mayor reparo, toda vez que bajo esta Constitución no se encontraban consagrados los derechos económicos ni sociales, lo que resultaba en una desprotección de los mismos.

Sin embargo, el panorama para la flexibilización ha cambiado radicalmente desde entonces, toda vez que con la Constitución Política de 1991 en su artículo 93, el Protocolo de San Salvador ratificado por Colombia y el PIDESC se consagró el principio y mandato de progresividad para los derechos económicos y sociales, y se ha establecido que aunque estos "no son de aplicación inmediata e integral, sin embargo los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación"[45].

Por lo tanto, habrá que analizar en qué consiste el mandato de progresividad y analizar en qué casos, de ser posible, puede llegar a darse una nueva flexibilización de estos derechos, todo esto a la luz de la Constitución Política de 1991.

---

[44] ISAZA CASTRO, Jairo Guillermo, Flexibilización laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano, Revista Equidad y Desarrollo, Nro. 1, 2003, Pág 13.
[45] Sentencia C- 671 de 2002. MP Eduardo Montealegre Lynett

3. ESTUDIO BÁSICO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y SUS EXCEPCIONES FRENTE A LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Como se expuso en los capítulos anteriores, los derechos laborales históricamente han sido el fruto de grandes luchas en las cuales han estado presentes no solo elementos políticos o religiosos, sino también modelos de Estado que han influido de un modo importante en el reconocimiento o no, de los mismos.

En Colombia, al analizar los derechos laborales es necesario distinguir su status e importancia antes y después de la Constitución de 1991. Por ello, este capítulo pretende ilustrar cómo el constituyente quiso mediante principios como el de progresividad, darle una especial protección a los derechos sociales y económicos, entre los cuales se encuentra el derecho al trabajo que adquirió también en la Carta, la connotación de derecho fundamental.

A partir de 1991, el país empieza un proceso de cambio con relación a la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales, que hasta la fecha no se había dado; y adicionalmente la nueva Constitución reconoce la importancia y rango dentro de la legislación interna que tienen los convenios y tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, pues estos harán parte del bloque de Constitucionalidad en casos tales como cuando aludan a derechos fundamentales, entre otros eventos, o del bloque de legalidad, según sea el caso.

Así, el bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución[46].

[46] Sentencia C-225-95, MP: Alejandro Martínez Caballero.

Uno de esos casos es la incorporación al ordenamiento interno, del Protocolo de San Salvador, aprobado mediante la Ley 319 de 1996 que hace parte, del bloque de constitucionalidad y establece que las personas tienen derecho al trabajo en condiciones dignas, justas y equitativas para lo cual los Estados parte, deben garantizar a través de sus legislaciones una remuneración que asegure su subsistencia digna y decorosa y un salario equitativo e igual por trabajo igual sin distinción alguna. [47]

Además cabe resaltar como en su artículo 4, expresa que: *No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos vigentes en el Estado, en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales*…" lo que implica que a las personas que se hallen amparadas por situaciones jurídicas consolidadas con las normas vigentes, no se les puede menoscabar sus derechos con la expedición de una nueva norma.

Todo ello en últimas está en armonía con el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, consagrado en el artículo 366 de la C.P., lo cual nos lleva a concluir que el parámetro o directriz de estas normas es la progresividad no la regresividad.

Teniendo claro el reconocimiento del derecho al trabajo como derecho fundamental, y la obligación impuesta por la Constitución de desarrollar tal derecho en condiciones dignas y justas, con respeto por los mínimos establecidos y en búsqueda del mejoramiento de estos (progresividad), cabe ahora analizar, cuál es el alcance del principio de progresividad que se consagra a favor del derecho al trabajo en los tratados internacionales y en la Constitución.

Muchos son los momentos en los cuales la Corte Constitucional se ha pronunciado con el fin de establecer el alcance del principio de progresividad, uno

[47] Sentencia SU-624-99, MP: Alejandro Martínez Caballero.

de ellos fue en la Sentencia C – 896 de 2006, en la que se estudió el principio de progresividad a partir de la demanda de constitucionalidad del literal e del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el cual se consagran los beneficiarios de la pensión de sobreviviente y reiteró la posición que venía asumiendo hacía varios años al respecto diciendo: "*La Corte ha precisado que el mandato de progresividad de los derechos económicos sociales y culturales, no puede entenderse como una justificación para la inactividad del Estado, sino que implica la obligación de éste de actuar lo más expedita y eficazmente posible a fin de ampliar la satisfacción de los mismos".*

Ello permite deducir que el principio de progresividad, insta al Estado, para que en materia de derechos sociales y económicos, entre ellos el derecho al trabajo, implemente mecanismos y directrices que permitan paulatinamente la mejora de los mínimos reconocidos; pero, al mismo tiempo le impone el deber de salvaguardar tales mínimos de todos aquellos factores que amenacen con desmejorarlos, y es en este punto donde la realidad económica y social del país, que diariamente atropella a cada ciudadano muestra con hechos la evidente contraposición entre el mercado, sus exigencias y los principios constitucionales, que como en el caso de la progresividad, van en contravía muchas veces del desarrollo del mercado.

Un ejemplo claro de ello, lo constituye el fenómeno de la Apertura económica que se dio en Colombia a principios de los años noventa con el fin de integrarse a la economía global. Este modelo consiste en que al introducir un elemento de competitividad extranjera, la calidad de los productos internos y la innovación aumentan, mientras que los costos tienden a bajar, de tal manera que es de mayor beneficio para el consumidor.[48]

[48] ANGEL ARANGO, Carlos Arturo. Apertura y comercio internacional. Editorial Universidad EAFIT. 2003. Pag. 47

Ello inicialmente resultó devastador para la economía interna, por la imposibilidad que tenían los empresarios Colombianos de adecuarse tecnológicamente para competir con las multinacionales que ingresaban productos al país a muy bajos costos; pero era un hecho que en principio facilitó la entrada y desarrollo de conceptos como el de "flexibilización laboral" que expresaban la necesidad de tornar más flexibles esos mínimos consagrados constitucionalmente con el fin de generar un desarrollo económico que redundara en mayor justicia social y posteriormente con los años buscar una solución a los problemas de desempleo del país.

Así, en la sentencia C- 038 de 2004, la Corte Constitucional analizó los fenómenos de flexibilización propuestos en la Ley 789 de 2002, que fue expedida a partir de la necesidad urgente de incrementar los índices de empleo en el país; de esta forma la Corte Constitucional resalta como uno de los deberes y finalidades del Estado impuesto por la Constitución es la promoción del empleo, lo cual significa implementar cambios en el sistema que permitan cumplir con tal finalidad.
Surge entonces la pregunta acerca de sí puede el Estado adoptar válidamente decisiones legislativas o políticas públicas que desmejoren un nivel alcanzado de bienestar básico de la población, frente a las evidentes necesidades del mercado de ser más competitivo tanto interna como externamente, que no se veían satisfechas con las políticas y normas laborales del país.

La Corte Constitucional en esta sentencia, que es considerada como una de las más representativas en materia de flexibilización, [49] se pronuncia acerca del alcance del principio de progresividad y los mínimos que protege, pero también estableció unas reglas o parámetros que permitían al legislador en ciertos eventos dictar normas de carácter regresivo, que hicieron que esa frontera clara que existía como protección de los mínimos en materia de derechos sociales, se tornara flexible.

[49] Sentencia C – 038 de 2004. MP Eduardo Montealegre Lynett

Adicionalmente, en la misma sentencia la Corte Constitucional hizo referencia al principio de favorabilidad y la importancia de este frente a los derechos adquiridos[50].

A continuación se realiza un recorrido por la sentencia C 038 de 2004 cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Eduardo Montealegre Lynett, para así identificar cual ha sido la posición de la Corte en materia de reconocimiento de derechos adquiridos a partir de la Constitución de 1991 y como está posición ha influido de manera importante en la normatividad aplicable a los trabajadores.

De esta manera, la Corte analiza el concepto de flexibilización, que no significa nada distinto, a tornar mas "blandas" o "maleables", las fronteras que delimitan los mínimos en materia de derechos de contenido económico y social, con el fin de alcanzar las metas de empleo que fundamentan la Ley[51].

Pero inmediatamente surge un cuestionamiento en el análisis que la Corte Constitucional realiza,,pues sí se supone que una garantía del derecho fundamental —como máximo poder de reclamación de una persona a su comunidad—, consiste en poseer un contenido o núcleo esencial, sustraído a decisiones encaminadas a maximizar metas globales, por ejemplo, el progreso económico. ¿Bajo qué argumentos puede legítimamente un órgano de poder que traza políticas públicas reducir o hacer flexible tal frontera mínima? ¿Y si la Constitución prohíbe desmejorar los derechos sociales laborales en Estado de Emergencia Económico-social (Art. 215), ¿no lo prohibirá también en tiempo de normalidad?

Con tales cuestionamientos, la Corte aborda el tema a partir de definir que se puede considerar como un derecho adquirido, y en qué consiste una mera expectativa, pues de su delimitación, depende su especial protección

[50] Sentencia C – 126 de 1995 MP Hernando Herrera Vergara "*las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente, no tienen porqué ser alteradas en el evento de que entre a operar la nueva legislación"*
[51] Congreso de la República de Colombia. Ley 789 de 2002. Parte motiva

Constitucional (Artículo 28 C.N), De este modo, hace referencia a sus pronunciamientos anteriores sobre el tema en los siguientes términos: *"El derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho. Y como las leyes se estructuran en general como una relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere. En ese orden de ideas, un criterio esencial para determinar si estamos o no en presencia de un derecho adquirido consiste en analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación.*[52]*"*

Y sobre la mera expectativa opina la Corte Constitucional "no puede predicarse igualdad de condiciones entre quien se ha hecho acreedor a una pensión, por haber cumplido los requisitos para ello que quien no los ha cumplido y por ello no cuenta sino con una esperanza de adquirirlo, es decir una mera expectativa".[53]

Con tales definiciones, la Corte Constitucional termina por concluir que sí la protección constitucional cubriera a una mera expectativa, ello podría traer como consecuencia la petrificación del ordenamiento jurídico, dado que frente a cada nueva regulación alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable, y no podría entonces ser suprimida.

Considera necesario la Corte Constitucional clarificar la definición del Principio de Favorabilidad, y plantea que este solamente opera cuando existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más

[52] Sentencia C-478 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero.
[53] Sentencia C-478 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero.

favorable que la otra. Pero ambas normas deben estar vigentes en el momento en que el juez que analiza el caso particular va a decidir cuál es la aplicable. Tal análisis es realizado pues el principio de favorabilidad no puede ser aplicado a problemas de transito legislativo, como erróneamente lo expuso el accionante en la Sentencia analizada.

De esta forma, termina su análisis acerca del primer límite al legislador para desmejorar las condiciones laborales, y es que éste se encuentra obligado a respetar el ámbito de los derechos adquiridos. Sin embargo, la Corte va más allá y determina otros los límites existentes para los cambios legislativos, pero al mismo tiempo comienza a reconocer como las condiciones fácticas de un Estado, pueden en un momento dado, impedir que éste garantice el desarrollo del principio de progresividad, y por ello dichos limites están ligados con las necesidades de la realidad que los confronta.

Por ello, la Corte Constitucional en su análisis, da un paso más adelante para establecer que el principio de progresividad en materia de derechos económicos y sociales, consagrado en normas no solo internas, sino en normas de carácter supranacional, implica también que "*una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar*

que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social"[54].

Se puede concluir de todo lo anterior, que por regla general en materia laboral, es un deber del Estado la aplicación del Principio de Progresividad, y su reconocimiento en las normas emitidas por el legislador; sin embargo, existen eventos en los cuales se permite la regresividad, y para ello la Corte obliga a que se fundamenten tales decisiones en imperiosas razones para dar un paso regresivo.

Pero, ¿cómo determinar sí las razones expuestas son realmente imperiosas y justificantes de una Ley o política regresiva? Para ello la Corte Constitucional ha establecido tres criterios que debe emplear el legislador en su creación normativa, y son: No puede desconocer derechos adquiridos sino que además debe respetar los principios constitucionales del trabajo y las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia. [55]

Basándose en las anteriores herramientas, la Corte Constitucional en su análisis de la Ley 789 de 2002, y en especial de los artículos 1°, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de esa misma ley que regulan el sistema de protección social, el trabajo ordinario y nocturno, el trabajo dominical y festivo, la indemnización en caso de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, la indemnización por falta de

[54] Sentencia C-251 de 1997. MP. Alejandro Martínez Caballero.
[55] Sentencia C-038 de 2004. MP Eduardo Montealegre Lynett.

pago, la relación de aprendizaje, y la jornada laboral flexible, declaró la constitucionalidad de los mismos, pues el crecimiento económico y el pleno empleo justificaron la regresividad de algunos de estos derechos.

4. FLEXIBILIZACIÓN LABORAL, UNA MIRADA A LA LEY 789 DE 2002: LA REFORMA LABORAL

En el capítulo tercero se realizó un estudio detallado acerca de las exigencias fácticas y legales que deben cumplirse para poder apartarse el mandato de progresividad del que están dotados los derechos económicos y sociales.

De esta forma, y como anteriormente se planteó, la flexibilización en materia laboral, resulta a simple vista una regresión de los derechos económicos y sociales, toda vez que la flexibilización plantea la posibilidad de alejarse de lo legalmente consignado, es decir, para el caso del derecho laboral, permite desconocer el mandato constitucional de progresividad respecto a ciertos derechos económicos y por tanto desmejorar las condiciones previstas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Por tanto el mandato de progresividad referente a los derechos económicos y sociales logró darles cierta estabilidad, toda vez que hizo más estricta su reforma en peor, o su regresividad, esto debido a, como se explicó en el capitulo precedente, los diferentes requisitos exigidos para apartarse de dicho mandato.

Uno de esos requisitos, cabe resaltar, es la idea de una regresión justificada, es decir que en materia laboral se encontró permitida esta flexibilización en tanto buscó mejorar la situación económica del país, es decir, planteó una pequeña regresión respecto de ciertos derechos económicos con el fin, a un plazo prudencial, de crear empleos y mejorar las condiciones de los ciudadanos desempleados en general.

Esto, tal y como puede verse en la exposición de motivos del proyecto de ley de la Ley 789 de 2002, a saber: “crear 160.000 empleos por año (640.000 en cuatro años) es el resultado que el país obtendría en caso de aprobar el presente proyecto de Ley. Esta cifra sería la consecuencia directa de la ampliación, sólo en

el sector formal, de las medidas previstas en el proyecto. La importancia de esta cifra es demostrada en algunos estudios adelantados por el Departamento Nacional de Planeación, en los cuales se resalta el tan significativo número de Colombianos desempleados que se verían beneficiados por estas propuestas."[56]

A continuación se estudiará qué artículos de la Ley 789 de 2002 buscaron la flexibilización del derecho laboral colombiano en los términos que hemos explicado durante el presente trabajo.

4.1 LA FLEXIBILIZACIÓN LOGRADA POR LA LEY 789 DE 2002

Dentro de los puntos a estudiar, cabe resaltar la importancia que tienen los artículos 13, 25, 26 y 28 de la Ley 789 de 2002 en lo referente al tema de la flexibilización laboral, ya que estos tienen una incidencia directa en el tema de la reducción de costos, dentro de los que podemos contar los recargos por hora nocturna y la disminución en la indemnización por despido sin justa causa, entre otros, y su relación con la creación de nuevos puestos de trabajo.

De esta forma, el artículo 13 de la Ley 789 de 2002[57] excluyó del pago de los aportes parafiscales a los empleadores que contrataren nuevos trabajadores; sin

[56] Tomado del Archivo General de la Presidencia de la República el 25 de Febrero de 2009, Juan Luis Londoño de la Cuesta http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/archivogen.htm

[57] Ley 789 de 2002, artículo 13: "Régimen especial de aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Servicio Nacional de Aprendizaje y a las Cajas de Compensación Familiar.
Estarán excluidos del pago de los correspondientes aportes al Régimen del Subsidio Familiar Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, los empleadores que vinculen trabajadores adicionales a los que tenían en promedio en el año 2002, con las siguientes características o condiciones, siempre que estos no devenguen más de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes:
1. Personas que hayan sido vinculadas para prestar un servicio a las empresas desde los lugares donde se encontraren privadas de la libertad o fueren vinculadas, mediante contrato de trabajo sin solución de continuidad, después de haber recobrado su libertad.
2. Personas con disminución de su capacidad laboral superior al veinticinco por ciento (25%) debidamente calificada por la entidad competente.
3. Reinsertados de grupos al margen de la ley, debidamente certificados por la entidad competente.
4. Personas entre los 16 y los 25 años y trabajadores mayores de 50 años.
5. Jefes cabeza de hogar según la definición de que trata la presente ley…" (Subraya fuera del texto)
Tomado de la página de la Secretaria del Senado el 26 de febrero de 2009, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0789_2002.html

embargo, para esta exención de aportes, los trabajadores contratados deben tener cierta calidad, es decir, deben ser reinsertados de grupos al margen de la ley, jefes cabeza de hogar, etc. Así esta medida buscó abaratar los costos de los empleadores para que estos no solo crearan nuevas plazas de empleo, sino que también fueran ocupadas por personas pertenecientes a los grupos más vulnerables de la población, tal y como lo son los discapacitados y reinsertados.

Por su parte, los artículos 25 y 26 de la Ley 789 de 2002[58] introdujeron una reducción considerable en los costos del empleador, toda vez que, primero, se amplió la jornada diurna, logrando así que sea menos factible incurrir en excesos de nómina al no tener que pagar el recargo nocturno sino a partir de las diez de la noche, y segundo, redujo el recargo por el trabajo realizado los domingos y festivos, es decir, anteriormente por trabajar un domingo se recibía el salario más un recargo del 100%, ahora se recibe además del salario, sólo el 75% de recargo o un día de descanso compensatorio si se trata de trabajo ocasional en el día domingo, es decir, uno o dos domingos al mes, por otro lado si se trata de trabajo habitual, el cual se refiere a quien trabaja tres o más domingos al mes, se recibe no sólo el recargo del 75% sino también el día de descanso compensatorio. Estas medidas encuentran su justificación en la idea de promover la marcha continua de

[58] Ley 789 de 2002, artículo 2: "Trabajo ordinario y nocturno. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:
Artículo 160. Trabajo ordinario y nocturno:
1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).
2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.)."
Ley 789 de 2002, artículo 26: "Trabajo dominical y festivo. El artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 29 de la Ley 50 de 1990, quedará así:
1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.
2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.
3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.
Parágrafo 1°. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.
Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.
Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1º de abril del año 2003.
Parágrafo 2°. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario." (Subraya fuera del texto)
Tomado de la página de la Secretaria del Senado el 26 de febrero de 2009, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0789_2002.html

la industria, esto es, "que ciertas actividades productivas y de servicios, puedan ajustar su dinámica a las nuevas realidades que afronta el país"[59], esta realidad no es otra que la globalización, la cual se traduce en una competencia mundial, lo que implica el abaratamiento de costos si se quiere estar en buena posición ante este fenómeno que hoy es realidad.

Además respecto a este punto, cabe mencionar que en la exposición de motivos del proyecto de la Ley 789 de 2002, se explicó que estas medidas se tomaron "con el fin de dar la posibilidad a algunos sectores de la economía de abrir las posibilidades para contratar nuevos trabajadores sin que la carga laboral impida esa creación de nuevos espacios de trabajo. Esto se requiere especialmente para empresas comerciales y de servicios, de las cuales se exige una gran demanda de prestaciones pero debido a los recargos existentes, los empresarios no pueden atenderla en las horas en que los usuarios la requieren- Ampliar la jornada como está prevista en este artículo tiene que traer como consecuencia mayor ocupación laboral"[60].

Por otro lado, el artículo 28 de la Ley 789 de 2002[61] disminuyó de manera sustancial las indemnizaciones por despido del trabajador sin justa causa, es decir

---

[59] Tomado del Archivo General de la Presidencia de la República el 26 de febrero de 2009. http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/23/empleaexpo.htm

[60] Tomado del Archivo General de la Presidencia de la República el 26 de febrero de 2009. http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/23/empleaexpo.htm

[61] Ley 789 de 2002, artículo 28: "Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6º de la Ley 50 de 1990, quedará así:
Artículo 64. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.
En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:
En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.
En los contratos a término in definido la indemnización se pagará así:
a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:
1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;
b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.
1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

que, si bien los trabajadores despedidos sin justa causa reciben una indemnización, a partir de la ley en estudio esta pasa a ser sustancialmente menor, toda vez que, por ejemplo, teniendo menos de un año de servicio, se recibía bajo el régimen de la Ley 50 de 1990 una indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de trabajo, mientras que ahora bajo el régimen de la Ley 789 de 2002 tan solo se reciben 30 días de salario como indemnización ante el despido cuando se devenga menos de 10 salarios mínimos, mientras que si se gana más de 10 salarios mínimos la indemnización por despido será de 20 días de salario.

En resumen, la Ley 789 de 2002 ha flexibilizado el derecho laboral en los siguientes puntos:

- Exención de aportes parafiscales para aquellos empleadores que contraten personas privadas de la libertad, ex convictos, discapacitados, reinsertados, personas entre los 16 y 25 años de edad o mayores de 50 años y jefes cabeza de hogar.

- Extensión de la jornada diurna de trabajo, sin derecho a recargo por trabajo nocturno, desde las 6 a.m. hasta las 10 p.m.

- Reducción del recargo por trabajo dominical de 100% a 75% .

- Disminución de las indemnizaciones por despido del trabajador sin justa causa.

Así, hasta el momento se han mencionado los artículos que consideramos, en principio, más relevantes respecto al tema de flexibilización, lo que ahora

---

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.
Parágrafo transitorio. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieren diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6° de la Ley 50 de 1990, exceptuando el parágrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991."
Tomado de la página de la Secretaria del Senado el 26 de febrero de 2009, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0789_2002.html

corresponde es entrar a analizar estos y establecer, a nuestro entender, que es lo que efectivamente se logra con estas medidas.

Frente a la exención de aportes parafiscales, cabe mencionar que si bien en su exposición de motivos se explica que lo que se pretende con esta medida es otorgar "una serie de exoneraciones temporales frente a ciertas contribuciones a la nómina que permitan garantizar una mayor estabilidad en el empleo y condiciones para que la población desempleada en éstas categorías se incorpore con mayor facilidad a la economía"[62], hay que recordar que esta exoneración solo contempla a las personas más vulnerables frente al mercado laboral, a saber: discapacitados, ex convictos, personas mayores de 50 años, etc. Por esta razón es necesario recordar que son estas personas las que el empleador "paradigmáticamente excluye de sus pretensiones al momento de establecer los perfiles de sus vacantes. Recientes encuestas realizadas por los gremios de la producción reflejan que los empresarios no están dispuestos a hacer "caridad" solo por la exoneración del 9% de la nómina que estos representan."[63]

Además, es importante entender al respecto que "más que una reducción en los costos laborales, estas medidas son auxilios transitorios orientados a incrementar la demanda por empleo de trabajadores no calificados y otros grupos vulnerables. Por ejemplo, el artículo 13 de la reforma (que contempla la exención de parafiscales para quienes empleen individuos vulnerables) debe verse más como un estímulo transitorio a la generación de empleo que como una reducción permanente de los costos laborales: la medida tiene una duración máxima de cuatro años y su aplicación está supeditada a que la tasa nacional de desempleo se ubique por encima de 12%."[64]

---

[62] Tomado del Archivo General de la Presidencia de la República. Juan Luis Londoño de la Cuesta http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/archivogen.htm

[63] JARAMILLO HOYOS, Cesar Augusto, Reforma Laboral y su incidencia en el empleo, Revista Empresarial & Laboral, Edición 51, Junio-Julio 2003, Pág 50-51.

[64] GAVIRIA, Alejandro, Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o no?, Documento CEDE 2004-45, ISSN 1657-7191 (Edición Electrónica), Noviembre de 2004, Pág 5.

Así mismo, la ampliación de la jornada ordinaria, la disminución de los recargos por trabajo dominical y festivo y la disminución de la indemnización por despido sin justa causa han sido introducidas bajo la justificación que al reducir costos, se generará más empleo. Sin embargo, debe recordarse que el "cálculo de la reducción en los costos laborales asociados a la reforma laboral (y, en particular, a la disminución de las indemnizaciones y el aumento de la jornada diurna de trabajo) es complejo. Mientras el aumento de la jornada diurna de trabajo y la disminución de los recargos dominicales tienen beneficios directos e inmediatos, al menos para las empresas que operan por fuera de los horarios ordinarios, la disminución de los costos de despido incide sobre los costos de ajuste (i.e., su beneficio sólo se materializa cuando las empresas deciden reducir su nómina). Es posible, sin embargo, calcular la reducción en los costos directos propiciada por los menores costos de despido."[65]

Esto quiere decir, que si bien si se genera una disminución en los costos del empleador, esto no asegura que se genere empleo, toda vez que el empleador "no se verá estimulado a crear un turno adicional"[66] por un ahorro del 25% del recargo en festivos y dominicales o "una reducción de dos horas o mejor de un 25% de recargo hora".[67]

Por otro lado, la disminución de las indemnizaciones de despido sin justa causa, pueden resultar contraproducentes respecto a los fines de la ley, toda vez que contrario a la generación de empleo se está facilitando y abaratando el despido de los trabajadores.

De esta forma podemos ver que si bien esta ley logró flexibilizar en materia laboral, es cierto también que hasta el momento no se ha logrado la generación de empleo pretendida. Así, Jaramillo Hoyos explicó que "mientras la economía no recupere su expansión y no sea sostenible durante un periodo largo de tiempo, no

[65] Ibídem, páginas 5-6.
[66] JARAMILLO HOYOS, Cesar Augusto, Reforma Laboral y su incidencia en el empleo, Revista Empresarial & Laboral, Edición 51, Junio-Julio 2003, Pág 51.
[67] ibídem, Pág 51.

se podrá esperar que se afecten los indicadores del desempleo. El profesor Arthur Okun así lo determinó en su famosa ley la cual se expresa de la siguiente manera: Un punto de crecimiento sostenido del PIB refleja un punto de crecimiento en el empleo en economías crecientes y estabilizadas. (En Colombia un punto de desempleo equivale a unos 220.000 puestos de trabajo). Para poder ver materializada esta ley en Colombia, se requiere que entremos definitivamente en un ciclo económico estable y sostenible. Si no es así, el empleador, único capaz de hacerlo, no se motivará a crear una plaza de trabajo más…[68]"

Al respecto cabe aclarar, que no solo por la reducción de costos en la creación de empleo estos se crearan porque si. No, es necesaria una economía sólida y en crecimiento, lo cual implica una mayor demanda, como explica Keynes, una demanda agregada, ya que en el punto en que esta demanda se encuentre insatisfecha será el empleador el que cree nuevos puestos de trabajo para satisfacerla.

4.2 OTRO ASPECTO A ANALIZAR: LA DESLABORALIZACIÓN DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE EN LA LEY 789 DE 2002

Un aspecto que aun no se ha mencionado es la deslaboralización del contrato de aprendizaje. Se habla de deslaboralización porque hasta el régimen anterior a la ley en estudio, se refirió al practicante como empleado, situación que cambió con la introducción hecha por la presente ley, en tanto ya no se habla de empleado o trabajador sino de aprendiz en estricto sentido. La ley 789 de 2002 regula en sus artículos 30 al 42, la nueva relación de aprendizaje, la cual se encuentra desprovista del carácter laboral propio de las relaciones de trabajo.

[68] Ibídem, Pág 50.

La nueva naturaleza jurídica del contrato de aprendizaje es, como explica Campos Rivera, la de un contrato de enseñanza, toda vez que "el aprendiz no desarrolla una actividad laboral-productiva propiamente dicha en beneficio de su patrocinador, diferente de la de adquirir formación profesional, metódica y completa del oficio, ocupación o actividad que constituye el giro ordinario de los negocios de la empresa o empresario que lo patrocina"[69], de lo que puede extraerse que la subordinación ya no es laboral en estricto sentido, sino que ésta está circunscrita únicamente a las actividades propias del aprendizaje, el cual como retribución a su labor, además de recibir su respectivo patrocinio para la fase lectiva, recibe en la fase practica no un salario sino un apoyo de sostenimiento mensual, el cual como la ley preceptúa, no constituye salario.

Esto quiere decir que al negársele el estatus de un contrato de trabajo se están reduciendo los costos en la medida que el aprendiz, primero, no recibe salario ni prestaciones sociales y segundo, no tiene que estar afiliado a la integridad del sistema de seguridad social.

Respecto al primer punto cabe aclarar que si bien el aprendiz no recibe salario como tal, este, como vimos, recibe un apoyo de sostenimiento, el cual puede variar, esto dependiendo de la fase en que el aprendiz se encuentre. Por tanto, al haberle negado el carácter de salario al apoyo de sostenimiento que recibe el aprendiz se ha permitido también que este se encuentre "por debajo del salario mínimo: hasta 50% en la fase lectiva y hasta 75% en la fase práctica"[70], esto tratándose de un aprendiz técnico.

Por otro lado, respecto al tema de la seguridad social, se explica que "durante la fase práctica, el aprendiz deberá estar afiliado en riesgos profesionales a la aseguradora de riesgos profesionales –ARP- que cubra a la empresa. En cambio, durante las fases lectivas y práctica, el aprendiz deberá estar cubierto por el

[69] CAMPOS RIVERA, Domingo, Derecho Laboral, Editorial Temis S.A., Séptima Edición, Bogotá, 2003, Pág 271.
[70] GAVIRIA, Alejandro, Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o no?, Documento CEDE 2004-45, ISSN 1657-7191 (Edición Electrónica), Noviembre de 2004, página 5.

sistema de seguridad social en salud –como trabajador independiente- pero pagado por la empresa patrocinadora…"[71]. Así podemos ver que el aprendiz en ningún momento se encuentra afiliado a sistema de seguridad social en pensiones, lo que resulta en un ahorro, no para el empleador, sino para el patrocinante del aprendiz ya que no debe hacer una cotización "completa" al sistema.

Es importante recordar que el artículo 32 de la Ley 789 de 2002 impone a "las empresas privadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción, que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15), se encuentran obligadas a vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional metódica y completa en la actividad económica que desempeñan."[72] Además, la misma Ley consigna también en su artículo 34 que "los obligados a cumplir la cuota de aprendizaje de acuerdo con los artículos anteriores podrán en su defecto cancelar al SENA una cuota mensual resultante de multiplicar el 5% del número total de trabajadores, excluyendo los trabajadores independientes o transitorios, por un salario mínimo legal vigente. En caso que la monetización sea parcial esta será proporcional al número de aprendices que dejen de hacer la práctica para cumplir la cuota mínima obligatoria"[73].

Por tanto, no solo es obligatoria la contratación de aprendices, sino que en caso de no cumplirse o no querer contratarlos existe la posibilidad de pagar una cuota como cumplimiento de la obligación impuesta.

De esta forma, queda claro que si bien se ha disminuido el costo de los aprendices al deslaboralizar su relación, lo que eminentemente ha sido un punto primordial respecto a la flexibilización que trajo la Ley 789 de 2002, y que su contratación es obligatoria para las empresas descritas en el artículo anteriormente transcrito,

[71] CAMPOS RIVERA, Domingo, Derecho Laboral, Editorial Temis S.A., Séptima Edición, Bogotá, 2003, página 275.
[72] Tomado de la página de la Secretaria del Senado el 1 de abril de 2009, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0789_2002.html
[73] Tomado de la página de la Secretaria del Senado el 1 de abril de 2009, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0789_2002.html

también es cierto que al permitir el pago de la cuota de monetización del aprendizaje se está frenando esa iniciativa de abrir nuevas plazas de "empleo" a los aprendices, ya que se le está dando en últimas la facultad al empleador de que sea él quien decida si los contrata o no. Por lo que al respecto podemos concluir, tal y como muestra la práctica, que solo los empleadores que realmente necesiten los aprendices los contrataran, mientras que los que consideren lo contrario pagarán la cuota, con lo que podría quedar en entredicho lo de la obligatoriedad de su contratación.

Por último, respecto a este acápite, se puede concluir que "al deslaboralizar el contrato de aprendizaje, muestra más precario el empleo obtenido por esta vía que un verdadero estímulo al empleador obligado a contratarlo"[74] ya que este, "una vez deslaboralizado, no impactará el propósito de la reforma pues al no crecer las nóminas actuales, no se incrementará la cuota de aprendices"[75], es decir, que por el hecho que cuesten menos los aprendices no se contratarán si estos no se necesitan, que por el hecho de ahorrar en aprendices no se utilizará este "ahorro" para crear nuevos empleos y que por el contrario lo que efectivamente trae esta deslaboralización (flexibilización) del contrato de aprendizaje es una reducción en la calidad para el aprendiz y por tanto un detrimento respecto a la recompensa de su labor, que tal y como muestra la práctica hoy en día, no es otra que la de un verdadero empleado.

[74] JARAMILLO HOYOS, Cesar Augusto, Reforma Laboral y su incidencia en el empleo, Revista Empresarial & Laboral, Edición 51, Junio-Julio 2003, Pág 51.
[75] Ibídem, página 51.

4.3 CONSECUENCIAS DE LA FLEXIBILIZACIÓN A PARTIR DE LA LEY 789 DE 2002

Es cierto que respecto de la Ley 789 de 2002 existe opiniones encontradas, ya que si bien algunos la consideran un gran hito, el punto de partida hacia la generación de empleo, otros no la ven sino como una Ley que trajo unas condiciones de trabajo más precarias.

Lo que si resulta evidente es la flexibilización que esta Ley logró, toda vez que varió sustancialmente, como se ha explicado, las condiciones de trabajo extendiendo la jornada diurna, reduciendo los costos de los recargos, deslaboralizando el contrato de aprendizaje y disminuyendo los montos de las indemnizaciones por despido sin justa causa.

Todas estas medidas comentadas a lo largo de este capítulo tienen algo en común: todas, sin excepción, representan una disminución en los costos para el empleador, toda vez que, como vimos, se cuenta con una jornada diurna extendida, de necesitarlos en su día de descanso el recargo pagado no será tan oneroso, etc.

Estas medidas tienen además otra punto en común, y es que si bien están dictadas a favor de una disminución en los costos para el empleador, representan una disminución del ingreso para el trabajador, toda vez que de igual forma en caso de extender su jornada diurna abarca hasta las diez de la noche, si trabaja su día de descanso su recompensa monetaria se verá disminuida, esto sin hablar de su indemnización en caso de un despido sin justa causa: indemnización que por obvias razones será mucho menor.

Se puede ver entonces, que todas estas medidas que ha impuesto la Ley 789 de 2002 se encuentran fundamentadas principalmente en la idea que al flexibilizar

estas condiciones de trabajo en particular y a partir de la reducción de costos que estas representan, se logrará la generación de nuevos empleos.

Por tanto, es esta la razón que permite vulnerar, tal y como se estudio en el capítulo tercero de este trabajo, el mandato de progresividad consagrado en la Constitución Política de 1991 para los derechos económicos y sociales. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿es esta la mejor opción para crear empleo?

Jairo Guillermo Isaza Castro trae una cita muy interesante y del todo pertinente a este trabajo, a saber: "según UNICEF Colombia, la evidencia empírica proveniente de varios países en desarrollo indica que "las políticas de flexibilización han reducido el desempleo pero han generado pobreza, bien sea por la creación de empleos de baja remuneración, o por la exclusión de segmentos de población del mercado de trabajo". Para el caso colombiano, se observa que un gran número de pobres son trabajadores y que una flexibilización del mercado que no tenga en cuenta este dato, podría deteriorar la posición de los trabajadores con menor remuneración (UNICEF Colombia, 2002, p. 22-23)."[76]

De esta forma puede verse que si bien estas medidas logran generar empleo, están vulnerando en gran medida a la población trabajadora de escasos recursos, por lo que se puede pensar que el remedio está resultando más dañino que la enfermedad y que por tanto, en últimas se está vulnerando sin un sentido verdadero y justificado el mandato de progresividad.

Por tanto, se encuentra coherente el planteamiento hecho por Jaramillo Hoyos, el cual explica que "los empresarios están temerosos de ampliar sus nóminas cuando lo que están produciendo no lo está consumiendo la población por la recesión actual y mientras esto no se les aclare, no crearán nuevas plazas adicionales"[77].

---

[76] ISAZA CASTRO, Jairo Guillermo, Flexibilización laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano, Revista Equidad & Desarrollo, No. 1, Noviembre 2003, Pág 18.
[77] JARAMILLO HOYOS, Cesar Augusto, Reforma Laboral y su incidencia en el empleo, Revista Empresarial & Laboral, Edición 51, Junio-Julio 2003, Pág 51.

De igual forma, cabe anotar que tan solo el año pasado, 2007, la senadora Piedad Córdoba presentó ante el congreso uno de los proyectos de ley que pretenden desarrollar al artículo 53 de la Constitución Política[78], apoyándose en la idea que los principios constitucionales consagrados en este artículo deben, sobre todas las cosas, respetarse y por tanto critica la anterior reforma laboral, toda vez que según explica, esta no cumplió los fines que se propuso, motivo por el cual debe ser replanteada. Así las cosas, la senadora cita la investigación realizada por Darío Fajardo Montaña, el cual sintetiza que "…Un informe de las Naciones Unidas en preparación, señala, con base en las cifras oficiales, como luego de la crisis de 1999, no se ha producido una recuperación del empleo en los niveles anteriores a esta coyuntura. Por el contrario, se advierte cómo, a pesar del crecimiento económico el empleo y el subempleo no siguen esa tendencia y algunos se sorprenden al constatar un crecimiento sin empleo. De hecho, un estudio reciente de la Universidad Externado de Colombia, señala cómo en el 2005, 46.9% de los trabajadores eran asalariados; el resto eran trabajadores por cuenta propia, empleadores, trabajadores familiares o servicio doméstico; de estos asalariados solamente 35% tenían un contrato de trabajo permanente, un 15% eran trabajadores temporales y el 50% restante no tenían regularizada su situación laboral. Según cifras recogidas por CID, el 55% de los trabajadores por cuenta propia reciben menos de medio salario mínimo mensual (67) y según la Escuela Nacional Sindical, más del 80% de los asalariados devenga menos de dos salarios mínimos mensuales, ingresos insuficientes para adquirir la canasta básica de bienes para lo cual se requieren 2 salarios mínimos legales. A pesar de los

[78] ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.
Tomado el 31 de marzo de 2009 de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

cuestionamientos a las cifras oficiales, no es de extrañar que, según el estudio de Planeación Nacional sobre pobreza presentado en septiembre de 2006 "en el país hay cerca de 22 millones de personas en condición de pobreza y, de estos, 7.4% están en situación de pobreza extrema."[79]

Por tanto, estas últimas concepciones expuestas se inclinan a mirar la situación desde un punto de vista Keynesiano, el cual sobre todos los otros resulta más acertado y plausible en tanto considera que para que haya empleo es necesario la necesidad de la generación del mismo, generación que solo se da si existe una demanda insatisfecha y que su satisfacción sea rentable.

Además, cabe recordar la reflexión hecha por Stiglitz, a saber: "…el afán por aumentar la flexibilidad del mercado laboral es el intento enmascarado de echar para atrás –bajo el pretexto de la "eficiencia económica"- las ganancias que los trabajadores han alcanzado después de años y años de negociación y de actividad política".[80]

[79] Consultado el 31 de marzo de 2009 de http://74.125.47.132/search?q=cache:DKxm8ijAtaYJ:www.trianalaboralistas.com/documento1.pdf+estudio+ley+789+filetype:pdf&cd=50&hl=es&ct=clnk&gl=co

[80] GONZALES, Jorge Iván, El desempleo y la flexibilización del mercado laboral, Revista Javeriana, Marzo 2002, Nro. 682, Tomo 138, Año de Publicación 70, Pág 32.

5. CONCLUSIONES

- El derecho laboral históricamente ha sido variable, esto es, ha estado sujeto a cambios constantes desde su concepción, estos cambios se han dado con relación a los diferentes modelos políticos en el tiempo, y en esa medida ha sido en mayor o menor grado un herramienta de protección a trabajadores.

- Fenómenos como la globalización, han permitido que las normas de carácter internacional se integren a los ordenamientos jurídicos internos como herramientas de protección de los derechos laborales, y de la misma forma como directrices de los mismos.

- En Colombia, el derecho laboral no ha sido ajeno a las normas y recomendaciones internacionales, y es a partir de la Constitución Política de 1991 como empieza a mostrar más fuertemente los límites a tener en cuenta para la creación de leyes que puedan amenazarlos.

- El mercado global y por tanto el nivel de competencia que este ha impuesto, ha generado en los empresarios colombianos la necesidad de buscar alternativas legales que les permitan estar a la par de esta nueva competencia mundial, para lo cual han creído necesario, entre otras medidas, la flexibilización de las normas laborales por parte del Estado con el fin de abaratar costos en el proceso productivo para así no solo ser más competitivos a nivel internacional, sino también generar empleo a nivel local.

- La apertura económica que comenzó en Colombia en 1990 puede considerarse como la gran impulsora de la teoría neoliberal que aboga por la flexibilización de los derechos a partir de las necesidades del mercado.

- La Ley 50 de 1990 fue el primer acercamiento que tuvo la legislación colombiana a un ejemplo concreto de flexibilización en materia de derechos laborales, toda vez que esta introdujo cambios en la indemnización por despido injusto, la definición de salario y en el modo de contratación, logrando así una desmejora respecto a la ley anterior.

- La Constitución de 1991 introdujo respecto a los derechos económicos y sociales el mandato de progresividad, el cual impone al Estado que estos derechos cobijen de manera progresiva a un mayor número de personas y a su vez generen en estas un mayor nivel de satisfacción.

- La Corte Constitucional en sus diferentes sentencias, ha contemplado la idea de la regresividad de los derechos económicos y sociales, explicando que esta se encuentra sujeta a tres condiciones básicas sin las cuales tal regresividad carecería de validez, las cuales son: En primer lugar el legislador no puede desconocer derechos adquiridos, en segundo lugar el respeto por los principios constitucionales y por último las medidas deben estar justificadas d acuerdo al principio de progresividad.

- A partir del análisis y resultados de la aplicación de la Ley 789 de 2002 se ha visto que, primero, no han sido alcanzadas la metas de generación de empleo y crecimiento que han justificado su creación, y segundo, que esta ha sido una clara desmejora de los derechos adquiridos por los trabajadores, que no ha sido compensada hasta la fecha de ningún otro modo.

- Por último, consideramos que la flexibilización de los derechos laborales no ha logrado sino un subempleo de equilibrio, lo cual no es otra cosa que un equilibrio sub - optimo, manifestándose entonces en última medida como una respuesta deficiente al problema de desempleo en nuestro país y arrojando como conclusión última que solo con un crecimiento económico sostenido se

verán los empleadores motivados a crear nuevas plazas de empleo, no de manera automática, sino solo en la medida que a partir de ese crecimiento se manifieste una insatisfacción en la demanda y haya una necesidad justificable de satisfacerla.

BIBLIOGRAFIA

ANGEL ARANGO, Carlos Arturo. *Apertura y comercio internacional.* Editorial Universidad EAFIT. 2003.

ARENAL, Concepción. *Ensayo sobre el derecho de gentes,* Editorial Librería de Victoriano Suaréz, Alicant, 1985

ARENAS POSADA, Carlos, *Historia del derecho del trabajo* Ed. Tecnos, Bilbao, 1999 Pág. 25

CAMPOS RIVERA, Domingo. *Derecho Laboral Colombiano*. Bogotá. Editorial Temis. 1981.

CERON DEL HIERRO, Antonio. El Trabajo El Derecho Laboral y la Seguridad Social. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKÉ. 1996.

GALLEGO MENDEZ, María Teresa, *Manual de Ciencia Política* (Rafael del Águila): "Estado Social y Crisis del Estado", Editorial Trotta, Madrid, 1997.

GAVIRIA, Alejandro, Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o no?, Documento CEDE 2004-45, ISSN 1657-7191 (Edición Electrónica), Noviembre de 2004.

GINER, Salvador; *Historia del pensamiento social*, Ed. Ariel, Barcelona, 1975.

GONZALEZ, Jorge Iván, El desempleo y la flexibilización del mercado laboral, Revista Javeriana, Marzo 2002, Nro. 682, Tomo 138, Año de Publicación 70, Pág 32.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Bogotá. Librería Editorial El Foro de la Justicia. 1985.

ISAZA CASTRO, Juan Guillermo, Flexibilización laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano, Revista Equidad y Desarrollo, Nro. 1, Bogotá, 2003

JARAMILLO HOYOS, Cesar Augusto, *Reforma Laboral y su incidencia en el empleo*, Revista Empresarial & Laboral, Edición 51, Editora empresarial Limitada, Bogotá Junio-Julio 2003,

KALECKI, Michael. Estudios sobre la teoría de los ciclos económicos, Ariel, segunda edición, Barcelona, 1973.

OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1994.

RUBIANO MACIAS, Jorge Enrique, Revista EAN: *A propósito de la flexibilización laboral*, Nro. 49, Bogotá, 2003.

SIERRA GARCIA, Jaime, Diccionario Jurídico Ajustado a la Legislación Colombiana, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, Tercera Edición, Medellín, 2001.

Constitución Política de 1991

Decreto 2351 de 1965

Ley 50 de 1990

Ley 789 de 2002

Sentencia C – 126 de 1995. MP Hernando Herrera Vergara

Sentencia C-225 de1995. MP Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-251 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-478 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero

Sentencia SU-624 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C- 671 de 2002. MP Eduardo Montealegre Lynett

Sentencia C – 038 de 2004. MP Eduardo Montealegre Lynett

http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm

http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm

http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1950/decreto_2663_1950.html

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=neoliberalismo

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=flexibilizar

http://www.zonaeconomica.com/definicion/macroeconomia

http://www.econlink.com.ar/definicion/econometria.shtml

http://es.mimi.hu/economia/demanda_agregada.html

http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/archivogen.htm

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0789_2002.htm

http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/archivogen.htm

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0789_2002.htm

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0789_2002.htm

http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

http://74.125.47.132/search?q=cache:DKxm8ijAtaYJ:www.trianalaboralistas.com/documento1.pdf+estudio+ley+789+filetype:pdf&cd=50&hl=es&ct=clnk&gl=co