

LA TERCERIZACIÓN, ¿FUTURO DEL DERECHO LABORAL?

NORIS SOFÍA PANIZA ARNEO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

LA TERCERIZACIÓN, ¿FUTURO DEL DERECHO LABORAL?

NORIS SOFÍA PANIZA ARNEDO

Artículo Publicable para optar al título de Magíster en Derecho

Director, FRANCISCO JAVIER VALDERRAMA BEDOYA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

RESUMEN

El vencer el desempleo o crear más fuentes de trabajo es la preocupación del mandatario moderno; las reformas laborales de los últimos tiempos han sido motivadas entre otras cosas por éstos tópicos. El menoscabar los principios laborales, renunciar a ellos en aras a conservar o conseguir un trabajo, la ineludible influencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales, nos hace pensar si ha habido un retroceso en las condiciones laborales o por el contrario estamos asistiendo al nacimiento de una nueva condición y consideración laboral. ¿Será la tercerización y con ella la flexibilización de las condiciones laborales y las nuevas relaciones obrero patronales, que osaría en llamarlas contratantes- servidores, el futuro del derecho laboral? ¿Estamos a las puertas del nacimiento de una nueva era laboral?

Palabras claves: principios laborales, trabajo, tercerización, flexibilización, nuevas tecnologías, desempleo, reformas laborales,

ABSTRACT

Overcoming unemployment and creating more job sources the concern of modern rulers, Recent labor reforms have been motivated by these topics among other things. Undermining labor principles or giving them up in order to keep or get a job, and the inescapable influence of new technologies on labor relations, make us wonder if there has been a decline in working conditions or else we are witnessing the birth of a new labor condition and professional considerations. Will it be outsourcing and with it the flexibility of labor conditions and new worker-management relations, which dare to call them contracting-servers, the future of labor law? Are we on the threshold of the birth of a new labor era?

Keywords: labor principles, work, outsourcing, flexibility, new technology, unemployment, labor reforms

INTRODUCCIÓN

Es importante analizar el impacto de la flexibilización laboral frente a los principios y derechos laborales. Las nuevas formas de contratación, los incentivos para los nuevos empleadores para crear industria, las rebajas en los recargos en el trabajo suplementario, convertir la noche en día al extender la jornada diurna hasta la 10 de la noche, la jornada laboral de 36 horas sin recargos en los salarios, reducción de los montos en las indemnizaciones, en los salarios caídos, el no reintegro de los trabajos que estén por fuera de los protegidos por la estabilidad laboral reforzada en todos sus aspectos, el debilitamiento de los sindicatos -es una realidad de a puño que la fuerza sindical no es la de antes- la privatización de la seguridad social (pensiones y salud pasaron a manos privadas), la anualización de las cesantías, los pactos no salariales, la legalización de la empresas de servicios temporales. La apertura a los mercados extranjeros, la firma de los tratados de libre comercio con diferentes países, sin importar las condiciones de mano de obra, donde no se previno competir con países desiguales económicamente

(Rodríguez J. 2012, p. 31). Todo esto hace pensar si estamos preparados para asumir los nuevos retos laborales en un país donde se invierte poco en la educación y formalización de sus habitantes, donde se aplican leyes sin hacer un verdadero estudio o concertación para su entrada en vigor, donde no se ha preparado mentalmente y con educación a las personas para asumir los retos de las nuevas formas de competencia comercial o de cualquier índole que exige la marcha del mundo contemporáneo.

Es una realidad en todos los ámbitos laborales (estatales y privados) la contratación mediante prestación de servicios, la extensión de la contratación temporal para trabajos permanentes de las empresas mediante trabajadores suministrados y aún a pesar de la prohibición tanto legal como jurisprudencial de la contratación mediante cooperativas de trabajo asociado.

Cabe preguntarse si esas realidades que hoy violan los principios de estabilidad laboral, de realidad, de favorabilidad, entre otros, serán el futuro del desarrollo de las relaciones obrero

patronales y por ende un nuevo concepto de derecho laboral.

1.- Historia normativa

El trabajo nació con el hombre; desde el primitivismo hubo en ese aspecto igualdad entre los hombres (fuerza e inteligencia), luego el esclavismo (amo – esclavo, el esclavo no era dueño de nada el amo es el dueño), el feudalismo (el señor feudal y siervos de gleba), el capitalismo (empleador trabajador se vende la fuerza de trabajo), el socialismo (Estado –socio) el estado suministra lo necesario, el comunismo (Estado-asociado) el estado es el dueño de todo y suministra casi todo, y por último la democracia laboral que vuelve a la igualdad de todos con avance científico. Es de anotar que muchas de estas etapas coexistieron o coexisten en el tiempo. (Rodríguez J. 2012, p 18)

En Colombia la normatividad laboral a nivel constitucional la Carta Magna de 1886 solo hizo referencia al trabajo cuando dispuso en su artículo 44: “toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores”. En los actos legislativos N° 1

de 1918 y N° 2 de 1932 se exigen títulos de idoneidad para algunas profesiones

En la Reforma Constitucional de 1936 se introdujeron dos cánones de carácter laboral, uno de ellos constitucionalizando el trabajo, concretamente su artículo 17 que estipulaba: “*El trabajo es una obligación social y gozara de especial protección del estado*”. El otro garantizando el derecho de asociación y la huelga. Luego el A. L. N° 1 de 1940 creó la Jurisdicción del trabajo; el A. L. N° 1 de 1947 (C. N.)

En la Constitución de 1991 el trabajo y su protección es parte fundamental de la concepción del Estado Social de Derecho. Desde su preámbulo se considera el trabajo como pieza fundamental de un estado para garantizar el orden político, económico y social justo. Luego a lo largo del cuerpo de la Constitución encontramos normas de especial protección al trabajo, tales como los artículos 1, 25, 26, 39, 48, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125.

En la época que vivía el país hubo una serie de huelgas que lo tenían agitado, dice S. Botero “No es aventurado pensar que gracias a la intervención directa del

gobierno en conflictos puntuales, a la todavía incipiente organización política y gremial de los trabajadores, y en el marco de la creciente polarización política, el peso de la influencia de los trabajadores no se hizo sentir directamente en las discusiones de la reforma constitucional en el Parlamento” (2006).

Según Guerrero F. se pueden distinguir cinco periodos referentes a la legislación laboral en Colombia: una primera de 1900 a 1915: en la cual se implementaron normas sobre los descansos en días de fiesta sin remuneración, se crearon las primeras jubilaciones, y los inicios de protección en salud. Un segunda etapa de 1915 a 1930: en la que se legisló sobre reparación en accidentes de trabajo, derechos colectivo, conciliación arbitraje seguro de vida colectivo y se creó la Oficina General del Trabajo. Una tercera etapa comprendida entre 1931 y 1945, en donde la actividad sindical tomo fuerza y se definieron lo que eran los sindicatos, federaciones y confederaciones. Se estable la jubilación para los trabajadores (1932), el concepto de contrato de trabajo y el inicio del pago de algunas prestaciones

sociales para ciertos trabajadores (1934), se creó en 1938 el Ministerio del Trabajo; en 1945 se emancipo el derecho del trabajo totalmente de la ley civil. “La legislación laboral colombiana se desprendió de la normativa civil. En efecto, el

Código civil colombiano (Sic) estructuraba los requisitos de un contrato, bien fuera de arrendamiento o compraventa; de allí se tomaron las características que identifican el contrato de trabajo en la actualidad” (Palacio A. 2007). Una cuarta etapa comprendida entre de 1946 y 1950 donde se creó por primera vez la prima de beneficio, el establecimiento del salario mínimo, el suministro de uniformes a ciertos trabajadores, en 1948 se elaboró el código de Procedimiento del Trabajo que se convertiría en la Ley 90 de 1950. Y la última y quinta etapa establecida por Guerrero es la comprendida desde 1950 hasta nuestros días, en ese año se promulgo el decreto legislativo 2663 que es el Actual Código del Trabajo, el cual ha tenido varias reformas tales como el decreto 2351 de 1965, la Ley 50 de 1990, la ley de 1993 y la Ley 789 de 2002. Es importante acotar que el

artículo 53 de la C. N. ordenó al Congreso la promulgación del nuevo estatuto laboral basado en los principios allí consagrados tales como: Igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil, estabilidad, irrenunciabilidad, favorabilidad, primacía de la realidad, 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. Estatuto este que el Congreso está en mora de promulgar ya que las instituciones laborales necesitan unificación y modernización.

2.- Concepto de Flexibilización

La legislación laboral en Colombia ha sido proteccionista con el trabajador, de tal suerte que ella ha sido de manera recurrente la queja de los empleadores; respondiendo a ellas el gobierno al expedir la últimas reformas laborales, ha basado la razón de ellas, en “flexibilizar” las relaciones laborales, con el fin de propiciar nuevos empleos.

El mundo ha evolucionado, se han creado, desarrollo e implementación nuevas tecnologías en todos los

ámbitos, la globalización ha tomado rumbos hasta ahora insospechados lo que permitido una nueva maneras de relacionarse y han influido en que surjan nuevas formas en la sociedad a todo nivel lógicamente que en el ámbito laboral no le son ajenas.

Obedeciendo a esto la contratación laboral ha sufrido modificaciones, no solo es el contrato de manera directa empleador– trabajador, ahora existen otras formas de contratación y algunas involucran a tercera personas, tales como las empresas de servicios temporales, las agencias de empleo, el contrato sindical, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y a pesar de la prohibición, tanto legal como jurisprudencial, la contratación por intermedio de las cooperativas de trabajo asociado y ha surgido con mucha fuerza la negociación mediante contrato de prestación de servicios, violando con estas dos últimas toda clase de derechos laborales.

Pero ¿qué se entiende por flexibilización? Se alude al proceso “de distención de las rígidas normas

laborales con las que el Estado ejerce su intervención y el control en las relaciones de trabajo asalariado, distinción que se comete mediante modificaciones al régimen de contratación laboral. En muchos aspectos la noción de flexibilización es contraria a las nociones de garantismo y proteccionismo” (Vanegas A. 2011, p. 293)

Según la definición de Rodríguez es la “capacidad de los individuos en la economía y en particular en el mercado de trabajo de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias”. (Rodríguez J. 2012, p 29).

En el libro *La flexibilidad laboral como estrategia y competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo*, de Palacio y Álvarez (como se cita en Rodríguez J. 2012, p 30) quienes señalan “la condición de flexibilidad del mercado de trabajo se puede definir como la capacidad de realizar, con escasas o casi nulas restricciones normativas, cambios en la

cantidad, estructura, funciones y/o costos del factor trabajo utilizado en el proceso productivo. Se trata de facilitar adaptaciones relativamente rápidas del empleo y los salarios frente a alteraciones coyunturales o estructurales de la economía. Flexibilizar el mercado de trabajo es flexibilizar la oferta y la demanda de trabajadores, facilitando la contratación y despido e individualizando formas de pago de acuerdo con la productividad marginal” (2004, p. 30)

Stephen Nickell (2001. P 26) considera que flexibilidad “es la agilidad para contratar y despedir trabajadores”.

Para Coral A. (2012) “es un conjunto de normas que flexibilizan tanto los derechos como las obligaciones en una relación laboral individual. Lamentablemente, esta definición ha sido mal interpretada por algunos empleadores, quienes piensan que pueden aplicar las normas como quieran”.

Por otro lado el escenario moderno de la globalización y los desarrollos de las comunicaciones ha permitido una

orientación de relaciones empresariales y comerciales nuevas y de la implementación de nuevas figuras entre ellas la “flexibilización laboral, es decir, a mecanismo que dinamicen la relación de trabajo para responder a las nuevas exigencias de la realidad económica y por otra parte a la tercerización” (Pérez M. 2012, p 3)

La gran inquietud es si estas nuevas formas de contratación violan los derechos y principios laborales por los que ha trabajado y luchado desde sus inicios la OIT como cabeza de la defensa de los derechos de los trabajadores, puesto que es el estado el que vela para que las garantías y derechos de los mismos no sean vulnerados, ya que ejerce su intervención y control en las relaciones obrero patronales, “desde la posición de los trabajadores se dirá que es absolutamente lesiva para los intereses y derechos de la clase trabajadora en beneficio del gran capital, mientras los empresarios responderán que es beneficiosa porque les permite sostenerse y al mismo tiempo crear más empleo” (Vanegas A. 2011)

Para Ramírez A. (2001, p 17) la flexibilización laboral “favorece la generación de empleo por fuera de las rígidas disposiciones vigentes pues se alivian los costos laborales de los empresarios que quieren generar empleo pero en condiciones competitivas frente a los mercados internacionales y los procesos de apertura y globalización” se deben respaldar las reformas laborales que propicien la flexibilidad en los contratos para que se abaraten los costos laborales y constituyan en oportunidades reales para la generación de empleo.

En un Informe para el debate de la Reunión Tripartita sobre la Repercusión de las disposiciones sobre flexibilidad de los mercados de trabajo en las industrias mecánicas, eléctricas y electrónicas, la OIT se ocupó del tema y considero que “la flexibilización no consiste solamente en cómo organizar el trabajo, sino en cómo programarlo y remunerarlo” (1998).

Para el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) la flexibilidad consiste en eliminar o desregular el mercado laboral con el objeto de acabar

con las rigideces causantes de un alto índice de desempleo, así como de un sector informal creciente (Ibarra M y González A. 2010, p 38)

Por otro lado la investigadora uruguaya Tatiana Ferreira considera que la flexibilización laboral “en general se entiende como la capacidad de una empresa de: ajustar el nivel y el calendario de los insumos de trabajo a los cambios de la demanda, modificar el nivel de salarios según la productividad y la capacidad de pago y emplear a los trabajadores en tareas que atiendan las variaciones de la demanda”.

Como se ve muchos autores e instituciones se han ocupado de definirla, en la modesta opinión de esta maestrante es permitir movilidad en las relaciones laborales, sin que se menoscaben los derechos fundamentales de los trabajadores ya que quien realiza la labor es un ser humano.

3.- La Flexibilización y la OIT

Es importante acotar que OIT desde 1998, en el informe sobre la Repercusión de las disposiciones sobre flexibilidad de los mercados de trabajo

en las industrias mecánicas, eléctricas y electrónicas, que se debatió en Ginebra (Suiza) en la Reunión Tripartita de ese año ha tocado en cuenta el tema de la flexibilización (OIT. (1998))

Para no perder el sentido de lo establecido por la OIT, cito aquí un fragmento del artículo titulado “**La jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la creación del trabajo formal**”

“En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, para englobar todas esas dimensiones del trabajo, así como las responsabilidades que las mismas comportan para el Estado, se ha desarrollado el concepto de trabajo decente, que, según el nobel de economía Amartya Sen, constituye un programa visionario de esa organización, una de cuyas primeras características es que formula un objetivo general: se trata de *“promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en*

condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”.

Para la OIT ese concepto debe orientarse hacia los cuatro objetivos estratégicos de esa organización, que son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad, y d) el fomento del diálogo social. (Corte Constitucional 2010, # 3)

4.- Origen de la Flexibilización

De acuerdo a los tratadistas mejicanos Ibarra M y González A. manifiestan que hay varias vertientes que explican el desarrollo de la flexibilidad, **una primera** que relaciona la necesidad de establecer medidas que logren acabar con las rigideces que existen a nivel macro y micro económico en las relaciones laborales, esta corriente manifiesta que la rigidez en las normas de protección para el desempleo, los sindicatos y otros colectivos no permiten el crecimiento en el empleo. **La**

segunda vertiente considera que es el resultado de cambios en el contexto económico, las políticas de algunos países especialmente los desarrollados, que en un principio les permitieron su auge y desarrollo, fueron los acusantes de su decrecimiento económico y del desempleo. (Fina, (2001); Blanchard (2004); Nickell, Nunziata y Ochel (2002)) Por lo que era necesario implementar un cambio de modelo económico, que aumentara la competitividad y la apertura económica, que las fuerzas pasaran a ser sustituidas por el “libre juego de las fuerzas del mercado” y la última vertiente, y **la tercera vertiente** manifiesta que surge como producto de los cambios en el sistema de producción de tipo fordista el cual tuvo que transformarse entre los intensos cambios manifestados, las necesidades y gustos de los consumidores cambiaron, ahora se exige una producción cualificada que necesita mano de obra cualificada y por tiempo determinado. Ibarra *et ál* (2010 p. 36)

5.-Clasificación de la Flexibilidad laboral

Downes (2009) provee una desagregación más detallada de la flexibilidad en una serie de categorías: la numérica (que incluye la contratación temporal y la subcontratación), la funcional (rotación entre tareas, re-capacitación y reasignación entre puestos), la temporal (arreglos flexibles de tiempo de trabajo), la financiera (incentivos y pagos ligados a productividad, participación en las ganancias de la empresa) y la de ubicación (teletrabajo, reasignación geográfica de trabajadores). Ibarra *et ál*, (2010 p 39)

Por otro lado Ibarra y González la han clasificado así: **Flexibilización externa cuantitativa: numérica o cuantitativa** definiéndolo citando a Fina Ll. (2001 p. 41). “la capacidad que tiene una determinada empresa para aumentar o disminuir el empleo sin incurrir en grandes costos o sin grandes obstáculos de tipo normativo” siguen citando Fina (*et al* p 44) cuando hacen relación a la **Flexibilización interna**: es la capacidad que tiene la empresa para asignar a los trabajadores a unas u otras tareas o puestos de trabajo dentro de la empresa. También se considera como la Capacidad para cambiar la organización

del trabajo, adaptándolas a las nuevas técnicas productivas o a las nuevas exigencias de los mercados de productos Y por último la **flexibilización salarial**: es la capacidad de variar los salarios de acuerdo con las condiciones económicas si hay baja productividad se bajan los salarios y si ésta aumenta, aquellos serán retribuidos de igual forma no solo para compensar al trabajador sino para retenerlo. Ibarra *et ál* (2010 p. 45)

La flexibilización externa implica: 1.) Subcontrataciones; 2.) Temporalización del trabajo; 3.) Contratos de aprendizaje; 4.) Empleo temporal y 5.) Movilidad.

La flexibilización interna comprendería: 1.) Polivalencia; 2.) Rotación permanente; 3.) Modificación de jornadas flexibles; 4.) trabajo suplementario; y 5.) teletrabajo, trabajo a domicilio.

Y la flexibilización salarial comprendería: 1.) Modernización del salario; 2.) Eliminar el salario mínimo (flexible); 3.) Salario integral (eliminar prestaciones); y 4.) Modificar y escalafonar el salario.

Estas dos clasificaciones de la flexibilización laboral que hemos analizado de diferentes autores no varían mucho en el contenido sino en las denominaciones.

6.- la flexibilidad vs la estabilidad laboral

De acuerdo con la OIT “el objetivo principal de la Organización internacional del trabajo (Oit) es contribuir, junto con los estados miembros, a promover oportunidades de trabajo decente y productivo para todos, incluyendo para las mujeres y los jóvenes, un objetivo integrado en la declaración de la Oit de 2008 sobre *la justicia social para una globalización equitativa*

Al principio expresamos que en este mundo globalizado de hoy, exigente cada día más de la mejor competencia, los empleadores exigiendo normas que permitan la flexibilidad laboral, para garantizar más puestos de trabajo para las personas. La OIT considera que la estabilidad y la flexibilidad laboral deben ir de la mano para responder a la necesidad del trabajo decente. “Si bien

en el mundo desarrollado se observa la permanencia de los derechos de protección laboral y, por ende, una estabilidad en el empleo, inherente al sistema laboral, también se aprecia un cierto cambio hacia formas de empleo más flexibles, pasando de la protección laboral en el ámbito de la empresa a la protección social a un nivel más colectivo” (OIT 2008). De hecho, parece haber relaciones compensatorias entre el empleo y la protección social, lo cual exige a los interlocutores sociales ampliar el temario de la negociación colectiva a fin de incluir la protección del empleo y las políticas del mercado laboral.

7. Implementación de la Flexibilidad en Colombia.

La ley 50 de 1990 y la ley 789 de 2002 nacieron para propiciar la flexibilidad de una legislación laboral que según los empleadores era asfixiante. Para Alberto Ramírez abogado de empresas citado por Charria P. manifiesta que las nuevas formas de contratación laboral favorecen el esquema de productividad,

es partidario de las cooperativas de trabajo asociado, ya que según él están asociadas a algo que debe ser la “obsesión por la productividad”. Al parecer de Charría “el fomento del empleo no puede estar sujeto a la forma tradicional del contrato de trabajo que por su inflexibilidad constituye una camisa de fuerza para la vinculación de quienes están dispuestos a trabajar, aun cuando no tengan los beneficios consagrados en la ley laboral” Charría *et ál* (2001 p. 17).

Las dos reformas laborales que han flexibilizado la legislación laboral, poco es el empleo que han generado al decir de Triana Y. “los 5 millones de empleos que iban a generar más bien han creado 3 o 4 millones de desempleados, para el problema no es de legislación, sino de carácter económico y de modelo económico” (2001, p. 20).

EL sindicalista Trujillo H. al respecto de las nuevas formas de empleo ha manifestado:

“En Colombia proliferan y crecen formas precarias de contratación de los trabajadores. Los dos ejemplos más importantes son las Cooperativas de Trabajo Asociado y

las Contratos de Prestación de Servicios, temas sobre los que la Corte a (sic) decidido en varias ocasiones. Sin embargo, el Estado y las empresas, siguen abusando de estas figuras, por lo que se requiere una exigencia mayor de la Corte en esta materia”. (2010. 7 #2)

8.- La flexibilización y la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, se ha mantenido firme a los principios laborales, y hay abundante jurisprudencia constitucional en torno a la protección de los Derechos laborales, los cuales son susceptibles de exigir judicialmente y con garantías institucionales protegidas por vía constitucional, “Por vía de ejemplo, cabe enunciar las decisiones de la Corte que han protegido el valor del salario de los efectos de la inflación en el caso de los servidores del Estado; (Sentencia C-1017 de 2003) o las jurisprudencias relativa a la estabilidad laboral reforzada de ciertos sectores en condiciones de debilidad (C-470 de 1997 y T-568 de 1996, T-625 de 1999, C-531 de 2000, T-602 de 2005, T-1031 de 2006, T-090 de

2006, T-069 de 2007 T-1023 de 2008.); o la que tiene que ver con la protección de los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva (Su-342 de 1995, T-476 de 1998, SU-998 de 2000, C-385 de 2000, T-1328 de 2001, T-1108 de 2005, C- 349 de 2009 o C-070 de 2009); o la que versa sobre la primacía del contrato realidad en el contexto de las cooperativas de trabajo asociado o los contratos de prestación de servicios (T-1177 de 2003, T-900 y T-632 de 2004, T-1219 de 2005 y T-504 de 2008); o la que se ha orientado a mantener dentro de su ámbito propio los contratos que se desarrollan a través de empresas de servicios temporales (C-330 de 1995, T-1101 de 2001, T-069 de 2007, o T-1015 de 2008). En estos últimos casos la Corte ha adoptado una postura tendiente a evitar que, a través de esos instrumentos jurídicos, por fuera de las condiciones para las cuales fueron previstos, se desconozcan las garantías del empleo formal para los trabajadores afectados. Cabe insistir que la Corte, en reiterados fallos se ha pronunciado a favor de los derechos de los trabajadores, cuando se presentan abusos en la utilización de esas figuras jurídicas y al respecto ha expresado que

“... en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo.” (Corte Constitucional 2010, párr. 5)

“La Corte, en la Sentencia C-038 de 2004 y luego en la Sentencia C-257 de 2008, abordó los cuestionamientos en torno a la legislación sobre flexibilización laboral.

En la reforma laboral introducida mediante la Ley 789 de 2002, se planteó la necesidad de hacer frente a la difícil situación del mercado laboral, caracterizado para ese momento, como en la actualidad ocurre, por una alta tasa de desempleo y un crecimiento de la informalidad. Para ese efecto, la reforma incorporó dos componentes: uno de protección contra los riesgos del desempleo, que contiene aspectos como subsidios al desempleo o

capacitación, y otro de flexibilización laboral, que tiene que ver con la extensión de la jornada ordinaria de trabajo y la flexibilización de la misma, la disminución de los recargos por dominicales y festivos, la reducción de los costos de despido y la sustitución, en el contrato de aprendizaje, del salario por un apoyo de sostenimiento que puede estar por debajo del salario mínimo legal.

“Sobre estos últimos aspectos de la reforma, se pronunció la Corte en la Sentencia C-038 de 2004, en la que, como primer paso del análisis, se refirió a la legitimidad del propósito constitucional de las medidas que implicaban una desmejora en las condiciones de los trabajadores y avanzó en la discusión sobre la idoneidad de las mismas.

“La Corte partió del análisis de algunos antecedentes de la ley, para concluir que estaba claro que la finalidad de las medidas era la de aumentar el empleo, objetivo que tiene sólido sustento constitucional. Para la Corte, dicho

sustento era aún más claro, en tanto se apreciaba en el contexto de los estudios y las estadísticas que mostraban que el desempleo, el subempleo y la informalidad, se había agudizado en el país en los últimos años, provocando un grave deterioro de las condiciones de vida de millones de colombianos.

“No obstante lo anterior, la Corte debía enfrentar un problema práctico, derivado de la disparidad de visiones en torno al desempleo y a la forma de enfrentarlo, razón por la cual se planteó un interrogante acerca de la manera de evaluar, desde la perspectiva constitucional, la adecuación y la necesidad de esas medidas para fomentar el empleo, cuando existen importantes controversias entre los especialistas en la materia.

“Para resolver ese interrogante, la Corte acudió a los siguientes criterios: En primer lugar, debido a las discrepancias existentes sobre la materia, es natural que el juez constitucional sea deferente con la opción tomada en el debate democrático, y, por ello, en principio, aceptó los argumentos económicos

propuestos en las estrategias para combatir el desempleo adoptadas por el Congreso que no halló manifiestamente irrazonables. Sin embargo, como segundo criterio, la Corte consideró que como se trataba de medidas regresivas en la protección de un derecho social, la deferencia del juez constitucional frente al “Legislador era reducida y el control debe ser más estricto que frente a una política económica cualquiera. Por ello la Corte, a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, verificó: (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente, sino que se basaron en un estudio cuidadoso; (ii) que el Congreso analizó otras alternativas menos lesivas en términos de la protección del derecho al trabajo, pero consideró que no resultaban igualmente eficaces; y, finalmente, (iii) que las medidas no resultaban desproporcionadas en sentido estricto, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparecía excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo.” (Corte Constitucional 2010, párr. 11)

Por otro lado los sindicalistas representados en la CUT: al respecto ha manifestado “El país ha avanzado mucho en seguridad jurídica para las empresas, sin embargo, retrocede en seguridad jurídica para los trabajadores. La Corte Constitucional podría mejorar su concepción sobre los derechos adquiridos en materia laboral y así brindarle mayor seguridad jurídica a los trabajadores y pensionados”. (Trujillo H. 2010, sección 14 párr. 2)

Conclusión

La globalización que involucra no solo aspectos comerciales, sino también sociales y laborales, las nuevas tecnologías, el desarrollo de las modernas formas de comunicación que han unido al mundo con un clic por muy lejos que se esté, exige de los gobernantes propiciar nuevas conductas que permitan combatir la pobreza con nuevas políticas para procurar maneras de trabajar, ya sea ofertando empleo o nuevas modalidades de trabajo libre o por cuenta propia.

Una sociedad que no ofrezca a sus participantes una manera digna de ganarse la vida estará siempre con niveles altos de pobreza.

Las nuevas tendencias de concertar las relaciones comerciales entre los distintos países, la cercanía y la simultaneidad, son circunstancias que han propiciado un cambio por no decir quebrantamiento, en las estructuras sociales, comerciales, etc., que han generado otras nuevas concepciones de promover relaciones de cualquier índole; enmarcadas todas por el común denominador de la velocidad vertiginosa con la que se va viviendo y se van dando las relaciones en cualquier ámbito ya sea en el familiar, el social, comercial. etc.

Se hace necesario que las relaciones laborales deben decantarse en un equilibrio entre las necesidades del mundo económico, el del empleador y los derechos de los trabajadores, sin perder de vista que los involucrados son seres humanos y por lo tanto relaciones basadas en el respeto y la dignidad lo que lleva al decir de la OIT un “trabajo decente”.

El surgimiento y la necesidad de nuevas formas de contratación, los desafíos que hay que enfrentar, lo vertiginosa de las relaciones, la competencia y la exigencia en cuanto a la calidad en la producción, requiere de la utilización de personal calificado y especializado; nos enfrentamos a un nuevo mundo dominado por la era de las nuevas tecnologías. Es decir se necesita un enfoque distinto en la estructura de las empresas y en respuesta a esa nueva estructura un replanteamiento en el dinamismo y mecanismo de las relaciones laborales.

La apertura a la flexibilización en sus distintas modalidades es la respuesta a la necesidad de la sociedad moderna. La flexibilización externa ha tenido más acogida, no así la interna, ni la salarial que han encontrado oposición en las bases obreras.

En Colombia encontramos además de una clase obrera opuesta a muchas de las nuevas formas de contratación, una Corte Constitucional dispuesta a proteger los principios laborales, que son la talanquera para muchos juristas y empleadores, al desarrollo de las nuevas necesidades de negociación

laboral. Por otro lado se ha abusado de las contrataciones que flexibilizarían al derecho laboral: se abusa del contrato de prestación de servicios para compromisos de carácter laboral, de la contratación laboral mediante las empresas de servicios temporales, pero no en el sentido de ofrecer nuevas posibilidades de empleos, sino como evitar la carga prestacional que conlleva una contratación laboral.

Tiene pues el Derecho Laboral un camino difícil hacia la transformación de las políticas que se necesitan para salvaguardar el derecho y la dignidad del hombre como ser trabajador las políticas de flexibilidad laboral apoyadas por la OIT y que deben propiciar la estabilidad laboral.

BIOGRAFÍA

Blanchard O. (2004); "Desing Labor Market Institutions" MIT marzh 28 (available at web.unit.edu/Blanchard/www/) citado en *La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo*. Ibarra M. y González A., 2013. Revista Universidad Nacional Autónoma de Méjico, N° 231, mayo/agosto. Recuperado el 7 de agosto de 2010 en

Botero S. 2006. La Reforma Constitucional de 1936, El Estado y las Políticas Sociales en Colombia, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura* No. 33, pp. 85-109, recuperado el día 4 de agosto de 2013 de la base de datos

Congreso dela República (1991) Constitución Nacional de Colombia.

Corte Constitucional, *La jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la creación del trabajo formal* recuperado el 8 de agosto de 2013 en http://www.corteconstitucional.gov.co/viencuentro/conferencia%20gemm.php#_ftn1

Coral A. (2012) *Flexibilidad laboral, un concepto que lleva 20 años en Colombia*. Recuperado el 7 de agosto de 2013 de la base de datos

Downes, A. (2009), "*Flexible labour markets, workers' protection and active labour market policies in the Caribbean*", Documento de trabajo, CEPAL, División

de Desarrollo Económico. Citado en Cruces E. Ham A. 2010 *La flexibilidad laboral en América Latina: las reformas pasadas y las perspectivas futuras*. Santiago de Chile. Cepal colección documentos de proyecto p 11. Recuperado el 8 de agosto de 2013 en

Ferreira T. (s.f.) *Flexibilidad laboral: una asignatura pendiente en la modernización del país*. recuperado el 7 de agosto de 2013 en

Fina S., Lluís (2001) *EL reto del empleo*. Madrid: Mc Graw Hill, 367 -404. Citado en *La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo*. Ibarra M. y González A., 2010. Revista Universidad Nacional Autónoma de Méjico, N° 231, mayo/agosto. Recuperado el 7 de agosto de 2013 en

Guerrero G. 1998. *Manual de Derecho del Trabajo*.(1ª. Ed.) Santa Fe de Bogotá. Grupo Editorial Leyer

Guataqui J. y Fajardo L. (2011, setiembre/octubre). *Derecho constitucional ¿un factor de inflexibilidad laboral?* Actualidad Laboral y Seguridad Social, Legis , revista, bimestral, N° 107

Ibarra M. y González A., 2010. *La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo*. Revista Universidad Nacional

Autónoma de Méjico, N° 231, mayo/agosto. Recuperado el 7 de agosto de 2010 en

Nickell S, L. Nunziata y W. Ochel (2002) *unemployment in the Oecd since the 1960s. What do we know?* Bank of England and London School of Economics papers. May. citado en *La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo*. Ibarra M. y González A., 2010. Revista Universidad Nacional Autónoma de Méjico, N° 231, mayo/agosto. Recuperado el 7 de agosto de 2013 en

OIT. 1998. *Repercusión de las disposiciones sobre flexibilidad de los mercados de trabajo en las industrias mecánicas, eléctricas y electrónicas..* Comunicado de prensa 37. Recuperado el 7 de agosto de 2013 de la base de datos

Palacio A (2007). *Derecho Laboral Guía Didáctica y Módulo*. Recuperado el 7 de agosto de 2013 en la base de datos

Ramírez A., Charria P. & Triana F. (2011, julio/agosto). *Ley laboral motor o freno del desempleo* Actualidad Laboral y Seguridad Social, revista, bimestral, N° 106,

Rodríguez J. 2012. *Guía Relaciones Laborales y Prestacionales*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Romero M, *Flujos y reflujos: Reseña histórica de la autonomía del sindicalismo colombiano* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia,

1998) 46-50. Citado por Botero S. 2006. La Reforma Constitucional de 1936, El Estado y las Políticas Sociales en Colombia, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura* No. 33, pp. 85-109, recuperado el día 4 de agosto de 2013 de la base de datos www.revista.unal.edu.co/index.

Vanegas A. 2012. Derecho Individual del Trabajo. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional

Pérez M. 2012. *Contratación Laboral, Intermediación y Servicios*. 1ª ed. Legis.

Trujillo H. 2010 recuperado el 8 de agosto de 2013 en

