

FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN COLOMBIA: CRISIS DEL CONTRATO DE
TRABAJO

LAURA NATALI GOMEZ – JUAN MANUEL GOUZY

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C.
2018

FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN COLOMBIA: CRISIS DEL CONTRATO DE
TRABAJO

LAURA NATALI GOMEZ – JUAN MANUEL GOUZY

*Trabajo de grado para optar al título de Especialista
en Derecho del Trabajo*

ASESOR
EMILCE GARZÓN

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C.
2018

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, ____ Enero de 2018

DEDICATORIA

La presente investigación está dedicada a nuestras familias, pues son ellas a quienes les debemos por su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

A mi padre, Carlos, que me impulsó y me incentivó a iniciar y llevar a feliz término este camino académico, a mi madre, Betsabè, que me apoya en cada momento de mi vida y se enorgullece de mis logros, a Juan Diego, que sacrificó su tiempo en familia, a George, que me acompañó paso a paso en todo este proceso.

Laura Gómez

A mis padres por su lucha diaria por hacer de mi y mis hermanos personas valiosas a la sociedad, mostrarnos que son muchos los caminos aparentes sin puerto seguro y que es la lucha en la vida, aquella que se construye día a día con esfuerzo, constancia, dedicación y honestidad, la que nos lleva a puerto seguro.

Juan Manuel Gouzy

CONTENIDO

RESUMEN.....	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO 1	14
La flexibilización laboral, nuevas formas de contratación.....	14
1.1. Concepto y desarrollo de la Flexibilización laboral en el mercado de trabajo.....	14
1.2 Reflejo de la Flexibilización en Colombia	18
CAPITULO 2	22
Flexibilización laboral en Colombia	22
2.1. Adaptaciones al concepto.....	22
2.2. Vinculación a la normativa nacional	25
CAPITULO 3	29
Flexibilización y contratación.....	29
3.1. Modelos de contratación	29
3.1.1. Las garantías del contrato laboral	32
3.1.2. Nuevos modelos de contratos para generar empleo.....	35
3.2. Flexibilización y contratación	39
3.3. Críticas y análisis al modelo de contratación actual y su relación con los derechos de los trabajadores	42
.....	49
CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	52

LISTADO DE TABLAS

Tabla 1. Modelos Contractuales Actuales	31
Tabla 2. Comparativo entre vinculación por contrato de trabajo a término indefinido y por contrato de prestación de servicios.....	40
Tabla 4 Tasa de empleo y desempleo en Colombia 2000.2017	46

LISTADO DE GRAFICAS

Grafica 1. Indicadores Del Mercado Laboral	48
Grafica 2. Contribución de la variación de la población ocupada, según posición ocupacional.	48

RESUMEN

El presente estudio aborda el escenario laboral flexible que se ha venido gestando con la globalización, donde se emplean los elementos descriptivos, tomando como punto de referencia el libro “La Deconstrucción del Derecho de Trabajo” de Antonio Ojeda Avilés (Aviles, 2010) que enmarca el conocimiento actual en el campo del contrato laboral, igualmente, se tomó como punto de partida la investigación del estudio de doctorado “Sobre la Flexibilidad Laboral en Colombia y la Precarización del Empleo” de María Alejandra Gómez Vélez” (Vélez, 2013) que enmarcan los cambios en la calidad del trabajo como consecuencia del fenómeno de flexibilización y de como esta vulnera la estabilidad laboral, disminuyendo la calidad de vida y, el bienestar de los trabajadores incluidas sus familias.

INTRODUCCIÓN

En el Derecho del Trabajo se evidencian cambios profundos y permanentes, que requieren de una solución normativa, a fin de no desbordar negativamente las relaciones laborales que se han forjado dentro de principios de seguridad y confianza, entre el trabajador y el empleador.

Estos cambios no son extraños, dado que el tema laboral es social y dinámico, por lo que hoy el mundo globalizado se está enfrentado al fenómeno de la flexibilización laboral que no es más que,

*“La no regulación del mercado laboral. Mejorar la capacidad de adaptar el modelo de contratación laboral a las necesidades reales del momento de cada organización y fomentar la contratación disminuyendo el riesgo para las empresas, porque es evidente que la reforma da más ventajas para las ellas que para las personas”
(workmeter, 2013)*

Esta “no regulación del mercado laboral” es lo que en la actualidad se conoce en términos laborales como **“descontractualización”** de las relaciones de trabajo, lo anterior se evidencia a partir de los años 70, por medio del enfrentamiento, en términos económicos e industriales, de culturas disímiles en su filosofía como lo son la occidental y la oriental, en donde la segunda irrumpe en las economías de primer mundo y de países en vías de desarrollo, por medio de productos producidos a gran escala con uso intensivo de tecnología que operan sin rendimientos marginales decrecientes¹, y que se destacan entre otros por sus bajos costos de producción.

¹ La Ley de rendimientos decrecientes es un concepto económico que muestra la disminución de un producto o de un servicio a medida que se añaden factores productivos a la creación de un bien o servicio. Se trata de una disminución marginal, es decir, el aumento es menor cada vez, por eso, otra manera de llamar a este fenómeno es ley de rendimientos marginales decrecientes. (economipedia.com, 2015)

Actualmente se alzan voces de alarma ante este fenómeno, requiriendo, mayor eficiencia en la regulación de aspectos relacionados con el contrato de trabajo y la aplicación de sus principios rectores², lo anterior en procura de mejorar la situación de empleabilidad, la estabilidad laboral, la regulación contractual, regular las nuevas formas de organización empresarial y, sobre todo, las nuevas formas de trabajo, cuya norma jurídica aplicada difiere del contrato de trabajo tradicional.

Se puede afirmar que el contrato de trabajo en Colombia, hasta la promulgación de la Ley 50 de 1990, es la consecuencia de logros positivos en las relaciones laborales que se habían forjado, en procura de eliminar o al menos disminuir el trabajo precario, e igualmente poner límite a la arbitrariedad patronal, que se presenta históricamente desde épocas remotas teniendo su mayor exponente con la industrialización, época en la cual dadas las condiciones físicas del trabajo, la insipiente tecnología y por el alto volumen de mano de obra requerida que manejan las grandes empresas e industrias, generaron, en consecuencia, fuertes sindicatos que buscaron mejores condiciones laborales y de seguridad para sus asociados.

Es así, como en la búsqueda de modelos y métodos para cumplir con los objetivos empresariales de optimización y rentabilidad de los medios de producción, que a partir de la segunda mitad del siglo XX se empieza a gestar el concepto de la flexibilización laboral, por medio del cual se persigue una mayor competitividad y mayores oportunidades económicas para las empresas e industrias; lo anterior, por medio de la minimización de costos y maximización de beneficios para los

² Los principios rectores del Derecho Laboral son: Principio protector (indubio pro operario, regla de la aplicación de la condición más favorable, regla de la condición mas beneficiosa); principio de irrenunciabilidad de los derechos; principio de continuidad en la relación laboral; principio de primacía de la realidad sobre las formas; principio de razonabilidad; principio de la buena fe. (Rodríguez A. , 1990, pág. 19)

empresarios, sin observancia, en muchas oportunidades, de los principios del derecho laboral, de tal manera que estando el contrato clásico dirigido a generar estabilidad en un trabajo en el cual existe un patrono, subordinación a este y pago de una remuneración económica reflejada en un salario, los modelos de contratación que se están generando para el cumplimiento de los objetivos de maximización de beneficios y minimización de costos, están generando desregulación y abandono de los mínimos legales laborales en nombre de la competitividad y la productividad; en este sentido, estudiosos del tema han afirmado:

“Últimamente han proliferado estudios que plantean diversas maneras de reorientar la aplicación personal del derecho del contrato de trabajo. La opción más recurrida y, desde luego, menos original, parece la apertura del régimen protector, o de una parte del mismo, a ciertos tipos de trabajadores tradicionalmente considerados autónomos, pero económicamente dependientes de una organización empresarial, que asemeja de modo importante su relación de trabajo con el contrato de trabajo común” (Perez de los Cobos, 1999, págs. 28- 30)

Se debe resaltar, que las empresas haciendo frente a un mundo más globalizado han diseñado políticas de gastos, entre las cuales se afecta la contratación y se genera subcontratación, en procura de recortar obligaciones económicas, laborales y sociales, a su vez, factores como la tecnología facilita el incremento del llamado teletrabajo, sin horario, sin protección social a trabajadores que aparecen como autónomos pero que cuentan con muchas de las características de un trabajador subordinado.

“No sólo se trata de responder a las exigencias de atención derivadas de la amplia importancia práctica que está adquiriendo el trabajo prestado por cuenta propia, lejos ya del carácter esporádico o marginal con que este tipo de trabajo se realizaba anteriormente, sino incluso de favorecer la promoción de este tipo de trabajo y hacerlo atractivo,

regulando una adecuada cobertura social, a la vista de la fragmentación de la relación de trabajo hasta ahora considerada como típica y paradigma de la ocupación social, y ante el hecho de añadir, a las incertidumbres económicas propias del mismo, la perspectiva de una mala protección social” (Supiot, 2000, págs. 38 - 46)

El mundo ha venido gestando una consolidación de orden capitalista, en la que los estados protegen los intereses de las empresas, como política pública, para la generación de empleo sin tener en cuenta si se trata de trabajo decente³ y crecimiento económico de las regiones, desarrollando esquemas de producción a bajo costo, a fin de incentivar la inversión extranjera.

En Colombia a partir de 1990, con la promulgación de la ley 50 se estableció una normatividad blanda que disminuye los gastos en contratación y permite el despido de los trabajadores sin justa causa, generado crisis en la esencia del contrato laboral, discriminando actividades, que según la valoración del legislador podían ser tercerizadas, mercantilizadas o prestadas de manera autónoma, por lo que nace la siguiente pregunta:

¿Cuáles han sido las consecuencias en el campo del derecho del trabajo, que se han derivado de la influencia de la flexibilización en el contrato laboral?

Así las cosas, la hipótesis planteada, es precisamente que la flexibilización se muestra como una de las causas del fenómeno de la precarización laboral⁴, donde los empleados ven limitadas las posibilidades de estabilidad y desarrollo del

³“El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.” (OIT, 2017)

⁴ “El término precarización se utiliza para señalar varios elementos que dejan al trabajador en una situación frágil como: a) la duración limitada del contrato temporal; b) los salarios que con frecuencia son inferiores y la ausencia de participación en beneficios no salariales; c) las mayores dificultades en la defensa de los derechos del trabajador y en ocasiones indefensión; d) las peores condiciones de trabajo; y e) la probabilidad de mayores de prácticas contractuales ilegales o abusivas por parte de las empresas” (ADELL, 1992)

potencial propio, ya que se enfrentan con la situación de incertidumbre ante la terminación de la relación laboral, dada la fragilidad del vínculo contractual; por lo anterior, se requiere analizar las consecuencias generadas en el derecho de trabajo, con la influencia de la flexibilización.

Con este planteamiento se realizará una investigación de carácter cualitativo, que se trabajará desde el punto de vista conceptual, por lo que se plantean las siguientes fases: i) identificar concepto de flexibilización laboral, estudiar su naturaleza jurídica, revisar el alcance y uso del contrato de trabajo, ii) Contextualización de la temática a partir del análisis de doctrina, jurisprudencia y legislación aplicable en Colombia respecto del contrato de trabajo y la flexibilización laboral, iii) Comparar si la flexibilización laboral es una de las causas por las que se deconstruye el contrato de trabajo y iv) la socialización de resultados.

En el primer capítulo del presente trabajo, se hablará de la flexibilización laboral y las nuevas formas de contratación, de cómo se ha afectado o ampliado el mercado laboral y de donde viene este concepto para Colombia y el mundo; por otra parte, en el segundo capítulo encontrarán las formas en que impacta la flexibilidad del mercado de trabajo, y finalmente en el tercer capítulo se tratarán los resultados de la investigación realizada y se finalizará la discusión planteada.

CAPITULO 1

La flexibilización laboral, nuevas formas de contratación

1.1. Concepto y desarrollo de la Flexibilización laboral en el mercado de trabajo

De manera retrospectiva, la forma dominante en el relacionamiento de las personas debido al trabajo fue la esclavitud que se fundamentaba en una relación de propiedad. A partir del siglo XIX deja tal connotación y pasa a ser una actividad necesaria que dignifica al hombre, en donde por medio del contrato de trabajo se establece una relación de dependencia, en la cual, tanto empleado como empleador son reconocidos en su condición de personas, y en particular este último ya no es conocido con el término de “amo.”

En la segunda mitad del siglo XX, Concluida la Segunda Guerra Mundial, surge Estados Unidos de Norte América como la primera potencia mundial en materia industrial y comercial, este auge generó liberalidad en las legislaciones laborales de diversos países, misma que decayera a finales de los años sesenta y la década del setenta, periodo en el cual se desencadenaron a nivel de Europa revueltas obreras como el Otoño Caliente italiano de 1969⁵, movimientos estudiantiles como los ocurridos en Francia en el mes de mayo de 1968 y otros que terminaron influyendo a los sindicatos; dentro de sus consecuencias, prepararían la caída de dictaduras

⁵ El otoño caliente es un periodo de la historia de Italia marcado por las luchas sindicales obreras que tuvieron lugar a partir de otoño de 1969 en Italia, y supuso el preludio del periodo histórico conocido como años de plomo. La gran movilización sindical, hija del clima político del sesenta y ocho, fue determinada por la expiración trienal de los contratos de trabajo, en particular en el sector metalmecánico.

En este periodo las reivindicaciones salariales espontáneas en las grandes fábricas se unieron a las agitaciones estudiantiles que reclamaban un generalizado derecho al estudio para todas las capas sociales. (Wikipedia, 2017), Lo que queda en la memoria del "Otoño caliente" italiano, acaecido hace más de 40 años, es que fue un conjunto de luchas que hicieron temblar Italia, del Piamonte a Sicilia, y que motivaron un profundo cambio de la situación social y política de este país. (Corriente Comunista Internacional, 2017)

en la década siguiente y originarían una legislación muy favorable a los trabajadores y sindicatos. En palabras de Antonio Avilés:

“El legislador renunció paulatinamente a un protagonismo para dejar el centro del escenario a otros actores. Esta evolución no acaba de producirse recientemente, sino que transita ante el espectador en un ya largo recorrido de aproximadamente cuarenta años, que arranca cuando el ímpetu regenerador de la postguerra se apaga en torno a 1970.” (Aviles, 2010, pág. 548)

Ya en los años 70 en los Estados Unidos durante el periodo presidencial de Richard M. Nixon, se desmontó la convertibilidad del patrón oro del Dólar, moneda en la cual se realizaban todas las transacciones a nivel mundial, uno de los motivos, el presupuesto asignado a la guerra del Vietnam; lo anterior, llevó a una devaluación que ocasionó la crisis del petróleo (1971 -1973) ,en la cual los precios del crudo cayeron por efecto de la devaluación, en respuesta los países integrantes de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) recientemente formada, terminaron por asumir directamente sus decisiones al detener sus ventas del hidrocarburo a occidente con el argumento retaliatorio del apoyo de este país a Israel en la guerra del Yom Kippur en el año de 1973.

Todos estos eventos generaron a nivel mundial el inicio de modificaciones en el orden económico que promovieron entre otras cosas la reconversión industrial principalmente norteamericana en países asiáticos que de manera lenta pero permanente desarrollaron su industria llegando a convertirse en los “tigres asiáticos”, Por su parte en los años ochenta:

“cuando lo peor de las reconversiones ha pasado(...) la industria ha perdido la primacía en la estructura económica de los países

occidentales y hemos entrado en la postmodernidad o si se quiere la tercerización, en donde los paradigmas que habían alimentado el Derecho del Trabajo Clásico pierden asiento,(...) Los embates contra el contrato de trabajo típico aducen la necesidad de salvar a las empresas, pero también los empleos, y si inicialmente los ataques van dirigidos hacia la moderación de salarios y en particular a la congelación de los salarios mínimos para permitir el empleo de jóvenes y otros grupos marginales de la población activa, pronto la crítica ira dirigida globalmente a la legislación laboral en aquello que suponga el establecimiento de mínimos o máximos como derechos del trabajador (Avilés, 2010, p.550)

Estas modificaciones en el orden económico contribuyeron al desarrollo de la globalización a nivel mundial, la cual ha enfrentado a dos culturas distintas que bajo diferentes filosofías y habiendo sido distantes hasta este momento, oriente y occidente, hoy se enfrentan produciendo, las primeras, bienes y servicios de manera abundante a precios bajos, no competitivos en muchos casos invadiendo mercados bajo la modalidad del Dumping; y las segundas, modificando en muchos casos los contratos de trabajo y las garantías laborales alcanzadas en la lucha sindical durante el siglo XX.

Para el tema Colombia en el tema económico y laboral, los últimos diez años del siglo XX se pueden definir como el empoderamiento del libre comercio y del liberalismo económico, es la época en la cual los modelos tradicionales de desarrollo que se centraban en el mercado nacional con un alto nivel de proteccionismo, políticas de subsidios a la industria que buscaban la ampliación del mercado nacional como horizonte de progreso económico, deben ser reconsiderados en su modelo laboral a fin de lograr niveles óptimos de productividad y competencia dada la necesidad de proyección en mercados internacionales de gran escala y competitividad.

Durante este periodo en particular, es la eficiencia en la participación de los mercados lo que marca el derrotero en los países de América latina, obedeciendo a políticas de corte neoliberal como las establecidas en el Consenso de Washington⁶ (CW) cuya tesis central era que la causa del atraso latinoamericano eran las distorsiones macroeconómicas inducidas por las malas políticas, de tal manera que solamente se otorgaría ayuda financiera a los países endeudados que adoptasen las políticas de este Consenso

“Se pensaba que el Estado estaba sobredimensionado, que las economías eran muy cerradas y que los precios relativos de los distintos mercados estaban marcadamente alejados de sus niveles de equilibrio. Era necesario entonces privatizar las empresas públicas, integrar las economías al mercado mundial y remover las talanqueras de esta manera se conseguirían los precios correctos, surgiría el clima propicio para la inversión extranjera y fluirían los créditos de las instituciones multilaterales con sede en Washington” (JIMÉNEZ, Marzo de 2003, pág. 74)

En consecuencia se reconvino a los países a adoptar las políticas establecidas por el Banco Mundial, El Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, El Fondo Monetario Internacional y los Banqueros más importantes del mundo a fin de reorientar los sistemas económicos basados en modelos laborales de un sistema protegido, a fin que estos tuviesen mayor movilidad de capital y recursos, dando como resultado

⁶ Se conoce como Consenso de Washington a un conjunto de diez recomendaciones de política económica formuladas en 1989 por el economista inglés John Williamson, que tenían como objetivo orientar a los países en desarrollo inmersos en la crisis económica para que lograsen salir de la misma. El Consenso de Washington estaba formado por el Fondo Monetario Internacional (FMI), por el Banco Mundial y por el Tesoro de Estados Unidos, las tres instituciones con sede en Washington. Las recomendaciones pretendían conseguir aspectos 6 6. como liberalizar el comercio exterior y el sistema financiero, reformar la intervención del Estado o atraer capital extranjero a los países. (Economipedia, 2017)

transformaciones que en medio de una política de flexibilización marcarían nuevos derroteros en la zona.

1.2 Reflejo de la Flexibilización en Colombia

Para un país como Colombia, que durante mas cuarenta años había construido un modelo con horizontes nacionales, en el cual el Estado era el llamado a corregir los defectos del mercado, por medio de desarrollos como el contrato de trabajo que no solo brindaba una estabilidad laboral, sino que además era la llave para que los asalariados y sus familias accedieran a los sistemas de seguridad social, estas políticas neoliberales como el CW de 1989 traerían consecuencias sociales y laborales, que se reflejarían en modelos ya establecidos como el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales- ICSS, el cual se fundamentaba en que los asalariados tuviesen un contrato de trabajo como fuente de estabilidad laboral (para el caso de los servidores públicos se regía por medio de un vínculo administrativo), así, le era posible a los empleados y trabajadores acceder a los sistemas de seguros a fin de cubrir las contingencias futuras, es importante anotar que no es sino hasta la década de los ochenta cuando se dictan normas para que los trabajadores por cuenta propia , los independientes y las servidoras domesticas ingresen a formar parte del mismo.

En el campo empresarial las relaciones entre el capital y el trabajo, según lo afirma Orlando Torres Corredor, Catedrático de la Universidad Nacional,

“Se materializaban mediante normas establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, y se remuneraría a los obreros según lo pactado en el Código y en la convención; el ideal de este tipo de relaciones era retribuir la fuerza de trabajo mediante fórmulas asalariadas, de tal manera que al irse

expandiendo la estructura productiva, se fuera constituyendo una sociedad con amplios segmentos de trabajadores asalariados. De esta forma el contrato clásico de trabajo, se tornaría en el referente no solo de relaciones formales de trabajo, sino en el símbolo de la modernidad y de pertenencia al mercado nacional; el contrato de trabajo daría estabilidad a los trabajadores.” (Universidad Nacional de Colombia, 1994, pág. 50)

Durante los años 80 producto de la crisis recesiva y la deuda externa tanto de Colombia como de los países latinoamericanos, se constata que *“la región presentaba desde la época de la postguerra las tasas más bajas del crecimiento económico, agudo atraso social y desarticulación económica de las grandes corrientes internacionales.”* (Universidad Nacional de Colombia, 1994, pág. 53), En consecuencia, el País se ve abocado a reconvertir su economía desde el punto de vista de ventajas competitivas, costos marginales de producción y otros indicadores económicos. Para los años 90 se materializa en Colombia la reforma laboral en dos grandes aspectos: a) Promulgación de la ley 50 de 1990 sobre relaciones individuales y colectivas, b) Reformas contempladas en la ley 100 de 1993. Bajo estas dos leyes se modifican de manera sustancial los aspectos laborales en lo social, lo económico, la salud y lo colectivo, abriendo el espacio a nuevos agentes en nichos que hasta ese momento fueron ocupados por el Estado; Se modifican esquemas básicos hasta este momento contemplados en la normatividad de la Nación, se rompe el esquema de control de la desigualdad en las relaciones entre el capital y el trabajo, y la irrenunciabilidad de los derechos básicos de los trabajadores entre otros.

Dentro del proceso de descentralización del capital, las empresas adoptan nuevos esquemas organizacionales que las conducen a una integración vertical⁷ y a

⁷ Las compañías integradas verticalmente, comparten jerarquía y un mismo dueño, Generalmente los miembros de esta jerarquía desarrollan tareas diferentes que se combinan para satisfacer una necesidad común (Universidad de Oriente, Venezuela, 2013)

comportarse como centros con manejo de servicios, de esta forma, surge la subcontratación como un modelo de competencia afectando los esquemas de contrato de trabajo.

En consecuencia, de una generalizada protección a todas las formas de trabajo, se pasa a la flexibilización y a dejar en manos de la ley de la oferta y la demanda las actividades profesionales; Los sistemas de seguridad social ya no se nutrirán como fuente única de los contratos de trabajo y vínculos administrativos, el Estado dejará de tener el monopolio sobre el sistema pensional abriendo espacios a la inversión privada lo cual se refleja en el manejo de los fondos de pensiones con la intensión, por parte del Estado, de introducir competencia y flexibilizar el sistema de riesgos económicos.

De otra parte, el Estado reconoce el trabajo precario como un fenómeno urbano y rural con el agravante de la inestabilidad laboral la poca productividad de los empleos y en muchos casos la ausencia de la seguridad social.

Lo anterior ha generado que de manera lenta pero inexorable tanto a nivel mundial como local, se hayan desarrollado nuevos modelos contractuales como es el caso del contrato de prestación de servicios que se elimina de la carga contractual de los empresarios factores laborales como son las prestaciones sociales, vacaciones, primas y cesantías, afectando el contrato de trabajo en sus principios fundamentales como son: “ 1) Principio protector, 2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos, 3) Principio de continuidad de la relación laboral, 4) Principio de la Primacía de la realidad laboral, 5) Principio de la razonabilidad y 6) Principio de la buena fe” (Rodríguez Pla, 1990, p. 19), todo con el fin de mantener niveles de utilidad minimizando los costos.

Por estas razones los estudios del Derecho del Trabajo describen estas décadas como el fin de la época dorada y el paso a un periodo de incertidumbre que dura hasta el momento presente.

CAPITULO 2

Flexibilización laboral en Colombia

2.1. Adaptaciones al concepto

Se ha visto como la globalización mundial, durante las décadas del 70 a 90, impuso en el mundo un proceso acelerado de transformación económica y comercial, de la cual, la generalidad de los países no pudo escapar; para este periodo se puede considerar que las palabras clave entre otras fueron: en el sector empresarial “eficiencia eficacia”, en el sector gobierno “modernización”, en el sector político “participación”, desarrollo sostenible para las ONG’s y agencias de cooperación internacional, todas ellas buscaron definir un concepto, común denominador dentro del campo laboral; la palabra más acorde fue “FLEXIBILIDAD”, lo anterior para definir y encontrar la eficiencia, participación y el desarrollo sostenible.

Para este periodo el mundo estuvo inmerso en profundas transiciones, enmarcadas por acontecimientos mundiales, como la terminación de la Guerra Fría, reorganizaciones geopolíticas, crisis ambiental, la irrupción de las nuevas potencias en comercio mundial como los “Tigres Asiáticos”, cambios tecnológicos con un acelerado desarrollo de la informática, las telecomunicaciones y otras más; así, el mundo se sumergió en un periodo de cambios sociales que tuvieron una marcada influencia en el mercado laboral generando nuevos conceptos como la Flexibilización. Para Hernán Palacio, esta ha sido empleada en Colombia como:

“El medio colombiano para justificar, reducciones o ataques a la organización sindical muy afines a los aplicados por las políticas neoliberales en Colombia a comienzos de los años 90’s. No obstante, aquí se muestra que de la noción de flexibilidad no necesariamente

se deben desprender las anteriores políticas laborales. Por el contrario, de algunas opciones de flexibilidad se deben desprender mayores esfuerzos en la calificación laboral y de la elevación salarial”
(Universidad Nacional de Colombia, 1994, pág. 73)

Así las cosas, la Flexibilidad es un concepto que permea todas las áreas de la empresa y la economía, ya sea en los niveles de remuneración salarial, la organización colectiva, las capacidades patronales respecto del uso de la fuerza de trabajo contratada y la organización empresarial misma.

La flexibilización entendida desde la óptica de los movimientos neoliberales genera la oportunidad para los empleadores, de reducir costos por medio de diversas formas de contratación temporal, disminuyendo de esta manera el número de personal y por ende de gastos en prestaciones extralegales, a su vez aumentando los alicientes a la productividad y perdiendo la identidad y el compromiso con los objetivos de la organización.

Todo lo anterior, también ha producido un cambio en el pensamiento del trabajador, de su familia y de la sociedad, pues ya no tiene certeza de su continuidad y por lo tanto de su estabilidad, tampoco su futuro está definido por una profesión o una carrera, pues todo depende de las necesidades laborales del momento, en consecuencia se encuentra todo el tiempo entre el desempleo, el empleo temporal o la informalidad.

El fenómeno de la flexibilidad ha modificado las formas de contratación, y como ya se indicó, facilita al empleador el trámite de despido de los trabajadores, o que se cambie el trabajo de “toda la vida” por vinculaciones parciales, eventuales o sin

relación laboral formal, pues de esta forma maximizan beneficios y se minimizan costos reflejados en el cumplimiento de obligaciones patronales.

Por todo lo anterior, la OIT⁸ emitió la recomendación 198 de 2006, que impulsa y promueve la protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, e indica que los estados parte deben garantizar:

- a) *“Orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes.*
- b) *lucha contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho.*
- c) *Adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho.*
- d) *Asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén.*
- e) *Proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la*

⁸ Organización Internacional del Trabajo

solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo.

- f) Asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo.*
- g) Prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.*
- h) En el marco de la política nacional los miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.” (OIT, 2006)*

2.2. Vinculación a la normativa nacional

Con los cambios mundiales a nivel de comercio consecuencia de la globalización, Colombia, dentro de sus objetivos de gobierno, busca atraer la inversión extranjera como un medio para disminuir las tasas de desempleo, bajo estas políticas ha desarrollado un marco normativo que contrasta con las normas internacionales.

2.2.1. Normas Internacionales

En materia de legislación internacional el principal desarrollador ha sido la Organización Internacional del Trabajo-OIT, que por medio de sus convenios ha desarrollado una normatividad en pro de la defensa de los derechos de los trabajadores, en este orden de ideas ha proferido los convenios 87, 98, 100 y 111 ratificados por Colombia a través de las leyes 26 y 27 de 1976, 54 de 1962 y 22 de 1967; la declaración de 1996 donde los estados se comprometen a respetar y cuidar los derechos destinados a salvaguardar la libertad de asociación sindical y negociación colectiva (Organización Internacional del Trabajo - OIT, 1998), y en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 aprobado por la ley 74 de 1968.

2.2.2. Leyes del Orden Nacional

Anterior a la Constitución Política de Colombia de 1991, con la Ley 79 de 1988, se reguló la creación de cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado, indicando en el artículo 59:

“Las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.”(Ley 79 de 1988 artículo 59),

En 1990 se expide la ley 50, que se orientó para incrementar e incentivar la creación de nuevos empleos e introdujo modificaciones para hacer menos costosa la contratación y el despido de personal a los empleadores. Dentro de los principales cambios, se encuentra el contenido en el artículo 6 y 18 y en el artículo 71 y ss. Que habla de las empresas de empleos temporales. (Isaza Castro, 2003, pág. 13)

Posterior a la Constitución del 91, se establece la ley 100 de 1993 y por los cambios introducidos con la ley 50 se facilita aún más la contratación de personal temporal y reducen costos asociados a la misma, tanto así que después de ley 100 los trabajos temporales aumentaron del 47% al 53 (Isaza Castro, 2003, pág. 13)

Con este panorama entra en vigencia la ley 789 de 2002, otro de los ejemplos de la flexibilización, principalmente en los artículos 13, 25, 26 y 28 que tratan y regulan la reducción de costos como lo son los recargos nocturnos y la disminución de la indemnización por despido sin justa causa e incentivos si se generan nuevos empleos.

La anterior es el principal pilar y referente colombiano de flexibilización laboral, que se volvió desde los 90, política de Estado, y que está relacionada con la globalización como se había indicado inicialmente, se implementaron cambios fundamentales, pues además de lo que ya se planteó, también se redujo el pago de horas extra, recargos por dominical y festivo.

Por otra parte, se encuentra el Decreto 2879 de 2004 y la ley 1233 de 2008, que reglamentan la actividad de las llamadas cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado.

2.2.3. Jurisprudencia y articulado constitucional

Principalmente, se deben tener en cuenta los conceptos emitidos y planteados en la sentencia C-038 de 2004 que analiza ley 789 de 2002 y los índices de empleo. (MP. Eduardo Montealegre Lynett), el Artículo 53 y 215 de la Constitución Política Nacional de 1991.

Dicha sentencia, entre otras indica:

“La libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) 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.” (Sentencia C- 038 , 2004)

CAPITULO 3

Flexibilización y contratación

3.1. Modelos de contratación

En su concepción clásica, la vinculación laboral se daba a partir de un contrato de trabajo, que no es más que un acuerdo de voluntades, mediante la cual una persona natural (empleado), se obliga a prestar un servicio de manera personal a otra persona natural o jurídica (empleador), bajo una constante dependencia o subordinación y el pago de una remuneración o salario.

El contrato de trabajo, así concebido, contempla dos clases de elementos, los comunes a toda clase de contratos y los de naturaleza especial, a la primera categoría pertenecen los elementos generales, y a la segunda los elementos esenciales y típicos” (Gomez Valdez, 1969, pág. sp), dichos elementos generales permiten la validez del contrato, ellos son, el vínculo, el objeto y la forma⁹.

Los elementos esenciales permiten la verdadera existencia de un contrato laboral en Colombia estos son: a) la prestación personal del servicio, B) la subordinación y C) la remuneración, en consecuencia Boza Pro indica:

⁹ El vínculo: Es la relación que une al trabajador y al empleador (capacidad para obligarse); El objeto: Es la obligación del trabajador de prestar sus servicios en forma personal a favor del empleador, y que este último realice el pago de la remuneración que corresponda; La forma: Es la manera como se manifiesta la voluntad de las partes, el contrato podrá ser verbal o escrito.

“Para nuestro ordenamiento la importancia de la presencia de los elementos antes citados es clara: de un lado, se requiere de la conjunción de todos ellos (allí radica su esencialidad) para generar una relación de naturaleza laboral, por lo que si faltara alguno estaríamos ante una relación de naturaleza distinta (civil o comercial). Pero, por otro lado, su sola presencia hace presumir la existencia de una relación laboral de carácter indefinido” (Boza Pro, Guillermo, 2000, pág. 23).

La flexibilización Laboral, por su parte, ha logrado que no todas las vinculaciones sean de carácter laboral, es decir, que incorporan los elementos esenciales antes descritos, sino que muchos de ellos son meramente contractuales, donde prima como único elemento el acuerdo de voluntades, a continuación se relacionan los modelos contractuales actuales, algunos sin vinculación laboral, otros con vinculación inestable y otros con las formalidades y ventajas del contrato de trabajo:

Tabla 1. Modelos Contractuales Actuales

FORMA DE VINCULACIÓN	DEFINICIÓN	LEGISLACIÓN VIGENTE
Por prestación de servicios	Este tipo de contrato se genera para cargos autónomos o profesionales independientes. En este tipo de contrato el trabajador no puede estar subordinado. El mismo tiene gran acogida ya que la responsabilidad del pago de la seguridad social se traslada al trabajador y no al empleador. Existe ahorro de carga administrativa, logística y económica para el empresario.	Artículo 23 Código Sustantivo del Trabajo; Artículo 23 Decreto 1703 de 2002; Artículo 3 Decreto 510 de 2003; Sentencia 15678, Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, mayo 4 de 2001; Sentencia 16062, Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, septiembre 06 de 2001.
Con contrato a término fijo	Idealmente debe ser para labores cortas, debe ser inferior a un año, o, excepcionalmente puede ser mayor a un año. Con este tipo de contrato, el empleador puede no prorrogar el contrato, sin tener que pagar indemnización alguna.	Artículo 5, 22 y 46, del código sustantivo del trabajo.
Con contrato a término indefinido	Es el contrato más estable, genera confianza tanto para el empleador como para el trabajador, se aplican directamente todos los beneficios, derechos y garantías laborales.	Artículo 45 del código sustantivo del trabajo
A término de obra o labor contratada	Se pacta para desarrollar una labor específica, al terminarla también lo hace el contrato, este no se pacta por un término si no por labor a realizar.	Artículo 28 de la Ley 789 de 2002, que modificó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; Artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo.
Por cooperativas de trabajo asociado	Generan empleo de forma tercerizada, los trabajadores se asocian y prestan sus servicios de forma externa a favor de un tercero que pacta con la cooperativa.	Artículo 3, 4 y 7 del decreto 4588 de 2006; artículo 2° del decreto 1333 de 1989; Artículo 11 de los Decretos 468 de 1990 y 4588 de 2006; Decreto 2996 modificado por el decreto 3555, de 2004; Ley 1098 de 2006; artículo 3° de la ley 79 de 1988; Sentencia T - 336 de 2.000, Corte Constitucional; Sentencia C - 211 de 2000, Corte Constitucional.
Por empresas de servicios temporales	El trabajador es contratado por una empresa y esta contrata con otra que requiera fuerza de trabajo para proveer las vacantes correspondientes, por lo que la última no contrata directamente al trabajador.	Artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990; Artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; Artículo 20 del Decreto 4369 del 2006
Contratistas independientes	Realizan una labor determinada en una empresa, de forma directa o por medio sus trabajadores, se suele establecer un contrato de prestación de servicios.	Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo
Por trabajo ocasional	El Art. 6 del CST indica: <i>Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador.</i>	Sentencia C-825 de 2006, Art. 6 del Código Sustantivo del Trabajo

Fuente: Elaboración Propia

Varias de las formas contractuales expuestas, aducen al modelo de flexibilización laboral, los cuales obedecen a políticas de Estado, ya sean estas propias o impuestas, su finalidad es incrementar la productividad, esta tendencia, que surge como respuesta a la globalización, y ha contribuido a la precarización del contrato laboral, con modelos que son regidos por el Derecho Civil, más que el Derecho Laboral y de acuerdo a la ley de la oferta y la demanda que por las capacidades técnicas y profesionales del aspirante. En consecuencia, existe mayor desventaja para el empleado al momento de defender sus derechos, generando mayores probabilidades de prácticas ilegales o abusivas por parte de las empresas.

3.1.1. Las garantías del contrato laboral

Históricamente, las relaciones laborales en Colombia, han sido reguladas por el Código Sustantivo de Trabajo, siendo el contrato de trabajo la principal herramienta implementada con la finalidad de nivelar la desigualdad que se presenta entre el empleado asalariado y empleador propietario del capital, en su espíritu, el contrato de trabajo ha buscado desde su creación mejorar las condiciones del empleo para los trabajadores, sin embargo, no es raro observar un alto grado de fraude por parte de empleadores que se refleja en el irrespeto de las condiciones estipuladas en él, en este sentido, el tratamiento doctrinario y legal respecto a las relaciones laborales entre trabajador y empleador se pone de presente desde la Constitución cuando en su artículo 53 establece la obligatoriedad al Congreso de legislar sobre el tema y ordena hacerlo bajo los principios laborales de:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable en caso

de duda en la aplicación e interpretación de la fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, Garantía de 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(...) de esta manera el trabajo representa un valor esencial que se erige como pilar fundamental del estado social de derecho como se deduce del conjunto normativo integrado por el preámbulo y los arts. 1,2,25,39,48,53,34,55,56 y 64, en cuanto lo reconoce como un derecho en cabeza de toda persona en pretender y obtener un trabajo en condiciones dignas y justas e igualmente como una obligación social , fundada en la solidaridad social.” (Sierra, 2012, pág. 91)

Por otra parte, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 22 protege los derechos del trabajador a estipular:

“Artículo 22: Contrato trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

Así, el legislador ha protegido el contrato de trabajo de cualquier otra denominación que se le quiera dar por parte del empleador a fin de evadir responsabilidades entre las que se encuentran pago cesantías, vacaciones, primas y, afiliación a la seguridad social entre otras, siendo estos derechos de la persona que se subordina

mediante el mutuo consenso, así el legislador ha regulado condiciones mínimas necesarias para una estabilidad social.

Adicional a lo anterior, y como fruto de la lucha en pro de la igualdad entre empleador y empleado, nacen derechos tales como: el derecho a la huelga, el derecho al trabajo, el derecho de sindicación y a la negociación colectiva. Todos los anteriores se han visto debilitados con la flexibilización laboral, pues sin estabilidad, las personas no ingresan a ser parte del sindicato, ya que esto significa que el empleador los tenga “entre ojos” y decida no realizar una nueva contratación.

Es de anotar que el Derecho Laboral, busca la protección del trabajador y de sus derechos, por lo cual están regidas por principios propios, diferentes de los que inspiran otras ramas del derecho. Así las cosas los principios aplicables en el derecho laboral son:

- 1) Principio Protector, el cual se puede concretar en estas tres ideas:
 - a. in dubio pro operario.
 - b. regla de la aplicación de la norma más favorable
 - c. regla de la condición más beneficiosa.
- 2) Principio de la irrenunciabilidad de los derechos.
- 3) Principio de la continuidad de la relación laboral.
- 4) Principio de la primacía de la realidad.
- 5) Principio de la razonabilidad.
- 6) Principio de la buena fe.

3.1.2. Nuevos modelos de contratos para generar empleo

Como se indicó, existen nuevos modelos contractuales, algunos nombrados expresamente en la legislación colombiana, y otros innominados¹⁰, que se generan conforme a las necesidades de las partes, principalmente del empleador o empresario, que es quien genera la oferta de mano de obra.

Todo indica que la “política estatal” de generación de empleo, se orienta a la disminución de costos para los empresarios, como lo ha sido en abuso en el empleo masivo del contrato de prestación de servicios que fue contemplado en la legislación civil y es por el cual el contratista se obliga, sin estar subordinado, a prestar sus servicios (materiales o intelectuales) por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución que para el caso en particular se conoce como “honorarios” y su obligación aparece al mostrar el resultado que asumió para ejecutar la obra, contrato en el cual no se contemplan mayores derechos que los meramente consensuales.

Así, los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios son los siguientes:

- a) Prestación personal con independencia: Los servicios deben ser prestados de manera personal, sin embargo, se permite que el contratista se valga de asistencia bajo su dirección y responsabilidad, de auxiliares o sustitutos, siempre que esa colaboración este permitida por el contrato y no sea incompatible con la naturaleza de la

¹⁰ Por ejemplo: “Existen casos dicientes: En el futbol por ejemplo, el contrato laboral se parece más al de una transacción igualitaria (al menos en los equipos más sofisticados), en donde se le brinda el espacio de aporte de su talento, se le dan las condiciones para desarrollarlo, se le permite manejar su imagen, avalan que el poder de su marca personal patrocine productos ajenos a los de su equipo compartiendo ganancias, todo con el fin de valorizar su pase de cara a una futura transacción en donde ambos ganen.” (LONDOÑO, 2017)

prestación, no cabe la posibilidad que pueda subcontratar total o parcialmente su labor o que designe a un tercero para que lo reemplace en la ejecución.

- b) Pago de una retribución: El contratista percibe por la prestación de sus servicios un monto estipulado en el contrato el cual se denomina “honorarios”.
- c) Autonomía en la prestación de los servicios: del Código Civil, el contratista se obliga, sin estar subordinado al contratante, a prestar sus servicios. Por tanto, la actividad brindada debe ser autónoma, es decir que no deberá encontrarse bajo la dirección y control de este último, en particular esta condición es demandada de manera permanente ante los tribunales laborales en primera y segunda instancia, por parte de contratistas que son sometidos a la subordinación permanente en contraposición a lo estipulado en sus contratos.

Este contrato del orden civil, inicialmente contemplado para la prestación de servicios en la Administración Pública, que se consagró en favor de las Entidades del orden Nacional, por medio de la ley 3 de 1930 que estipulaba:

“Queda facultado el poder ejecutivo para contratar con expertos o consejeros técnicos, cuando para la mejor organización de algún ramo especial de la administración pública juzgue conveniente. Los contratos que al efecto se celebren serán válidos con la aprobación del consejo de ministros (...)” (ley 3 de 1930)

ha sufrido permanentes modificaciones entre las que se encuentran:

El Decreto 1750 de 1976, que definió este concepto como aquel que se celebra entre las entidades estatales y personas jurídicas o naturales para la atención del

negocio o el cumplimiento de las funciones de la Entidad, en el evento que estas no pudieran llevarse a cabo con personal de planta. Dijo en su Artículo 138:

“Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de la función que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas” (Decreto 1750 de 1976)

Para el año de 1983, con la expedición del decreto 222 se definió, nuevamente, el contrato de prestación de servicios cuando dispuso que:

“Se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando la mismas no puedan cumplirse con el personal de planta” (Decreto 222 de 1983)

En este Decreto se especificaron condicionamientos para la celebración de estos vínculos contractuales los cuales quedaron sujetos a la previa aprobación de la Secretaria de la Administración Publica de la Presidencia de la Republica (Art 163) y se precisaron modalidades específicas en torno a los mismos, refiriéndose a los de: asesoría, edición, publicidad, procesamiento de datos, los de carácter técnico o científico, mantenimiento o reparación de maquinaria de asistencia técnica y otros.

En la actualidad la Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación Administrativa, dispuso en su Artículo 32:

“(…) son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán realizarse con personas naturales cuando tales actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, En ningún caso estos contratos generaran relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable” (Ley 80 de 1993, Artículo 32)

En consecuencia a través de esta modalidad contractual el Estado ejerce de manera autónoma su función de mayor empleador en virtud de la cual, para el ejercicio de las funciones administrativas o meramente materiales que le corresponden para hacer efectiva la gestión pública, vincula a particulares en calidad de contratistas a fin de lograr cumplir con los fines del Estado, esta contratación está enmarcada por las necesidades del servicio, es de carácter temporal y obedece a las cualificaciones profesionales y técnicas del contratista.

En resumen, el contrato de prestación de servicios, es un contrato reglado que obedece a las necesidades contractuales de las entidades del Estado, que dentro de la insuficiencia de personal para atender funciones misionales no cubiertas por su personal de planta, recurren a personal especializado para atender la misma, esto en razón que de existir empleados que puedan cubrir esta insuficiencia, o que por su formación especializada puedan de igual manera atenderla, no habrá lugar a la ejecución del mismo.

En la actualidad esta forma de ejercer los modelos de contratación por parte del mayor empleador del país, ha generado lo que se conoce como “nominas paralelas” en las entidades del Estado del orden local, departamental y nacional

3.2. Flexibilización y contratación

La globalización económica, ha venido consolidando el orden capitalista, en la que los estados protegen los intereses de las empresas como política pública, para la generación de empleo y crecimiento económico de las regiones, desarrollando esquemas de producción a bajo costo a fin de incentivar la inversión extranjera, por su parte el contrato de trabajo tiene un carácter regulador en la relación entre el trabajador y el empleador, la cual siempre va a ser desigual, marcada por la diferencia de poder entre ellos, resaltando la sumisión y dependencia económica del segundo sobre el primero.

Es precisamente por medio de la flexibilización laboral, que el Estado asegura la inversión extranjera y la continuidad de las grandes industrias plantadas en el país, y es la misma flexibilización desmedida, la que ha sido porte y una de las consecuencias del fenómeno de la precarización laboral, donde los empleados ven limitadas las posibilidades de estabilidad y desarrollo del potencial propio, ya que se está enfrentando al empleado con la situación de incertidumbre de la terminación de la relación laboral en cualquier momento, dada la fragilidad del vínculo contractual.

Lo que se observa en términos generales, es que estas modalidades de contratación, prevalecen en detrimento de los trabajadores colombianos, cuando se utilizan para encubrir una verdadera relación laboral. Es pertinente aclarar que no en todos los casos la vinculación por este medio es mala, de debe resaltar que cuando se utilizan de forma adecuada los modelos, no se afectan los derechos de las partes civilmente consideradas, por otro lado, cuando se esconde la realidad por medio de las formas contractuales, se ejerce un velado control como por ejemplo

en la limitación del movimiento sindical en razón de la no sindicalización de este tipo de trabajadores vinculados por prestación de servicios, cuya actividad roza más el campo de la “temporalidad”, que de la estabilidad. Lo anterior, se refleja en la disminución del nivel de vida de estos y de sus familias.

Tabla 2. *Comparativo entre vinculación por contrato de trabajo a término indefinido y por contrato de prestación de servicios*

Ítems de Relación contractual	Empleado con contrato a término indefinido	Empleado por prestación de servicios
Salarios al año	14 con primas y cesantías	12
Vacaciones	Si	No
Descuento por Salud y Pensión	8.3 %	28.5%
seguridad social, primas, cesantías, festivos, incapacidades	Si	No
Seguridad Social y Salud	Le descuentan	Si no lo paga no recibe los honorarios
Seguridad y Salud	Cotiza sobre su salario	Cotiza sobre el 40% de los honorarios
Póliza de seguro	No debe constituir una póliza de cumplimiento	Debe tomar una póliza de cumplimiento
Apoyo Político	No requiere de un mentor político	En muchos casos requiere de un mentor político que incluso le exige parte de sus honorarios
Contrato	Se renueva automáticamente	Debe trabajar al menos dos meses gratis mientras se renueva su contrato
Respecto de su continuidad	Tiene estabilidad	Queda sin contrato a la terminación de este y puede perder la continuidad quedando desempleado en cualquier momento
En época electoral	n/a	Tendrá en muchos casos que asistir a reuniones, a recoger

		firmas u organizar encuentros en su casa
Relación laboral	De trabajo	Civil
Sindicalización	Se puede sindicalizar	No se puede sindicalizar

Fuente: Elaboración Propia

Es importante no perder de vista que la contratación, para el empleador, obedece a principios económicos de maximizar utilidades y minimizar costos, mientras que para el empleado obedece a la necesidad de supervivencia, de esta manera, la protección laboral por medio de la cual el legislador procuró nivelar una desigualdad real entre empleado y empleador, o visto desde otro punto de vista, entre el factor trabajo y el factor capital, está desapareciendo o simplemente la estabilidad ha empezado a ser cosa del pasado, en este orden de ideas el proyecto de vida de las personas en Colombia está cambiando.

Así las cosas, el afán de éxito por parte de empresas y empleadores, está dejando de lado el principio que reza que “el trabajo dignifica al hombre”, pues el trabajador actual conoce bien de la inestabilidad de su relación laboral; de lo precario de su contrato de trabajo con la entidad o la empresa, en razón de la facilidad con la cual se le despide o simplemente no se le vuelve a llamar a la terminación del mismo, lo anterior se traduce en plantas de personal reducidas en las cuales se ha tercerizado una buena parte de su producción, con lo cual las empresas han disminuido efectivamente sus costos por medio del desconocimiento de una parte significativa de la carga prestacional. Esta disminución de costos no se está viendo reflejada en el bienestar del empleado, más si en el incremento de capital o activos del empleador. Pareciera que existiera una paradoja, en la que ha mayores beneficios para la empresa, mayor la desesperanza para el trabajador.

En la lucha de las empresas por lograr la disminución de costos y aumento de la productividad, estas han optado por el aumento de la contratación de mano de obra temporal por medio de contratos a término fijo, contratos de prestación de servicios, contratos en misión y más, de esta manera, han reducido las prestaciones extralegales, afectando la calidad de vida de los trabajadores y sus familias, más importante aún, están debilitando la identidad empresarial, la identificación y valoración personal de que hace cada persona de la empresa para la cual labora, no hay que olvidar que uno de los fines de la organización desde el punto de vista administrativo es lograr la fidelidad de su empleado, entre otras por medio de un trabajo “estable” en lugar de una incertidumbre representada en periodos de “Con contrato o sin contrato”, que involucran discontinuidad de los pagos a la seguridad social de manera cíclica.

3.3. Críticas y análisis al modelo de contratación actual y su relación con los derechos de los trabajadores

A fin de contrastar las afirmaciones realizadas hasta el momento, se ha querido analizar las tendencias del tema, pues en un inicio se habló que las políticas públicas, que daban paso a las nuevas formas y modelos contractuales, buscaban mayor empleabilidad, inversión extranjera y disminución de costos para las empresas, es así como se han traído gráficas, que evidencian un alto incremento del trabajador por cuenta propia y una disminución del patrono convencional, para Carlos Rodríguez, por ejemplo.

” Las formas de regulación laboral que liberan a los empleadores de toda responsabilidad con sus colaboradores y desplazan por completo el costo de la responsabilidad social sobre el trabajador o sobre unos terceros intermediarios. Además enfatizan, que el crecimiento económico del país en los últimos años no ha reducido la informalidad

urbana por debajo del 60 %, y tampoco ha logrado un impacto potente sobre la calidad del trabajo para los colombianos.” (Rodríguez C. , 2007)

Es importante contextualizar al lector sobre las formas, de analizar y clasificar la actividad laboral por parte de las entidades oficiales, así como sus características de acuerdo a la población. Según el Departamento Nacional de Estadística DANE, y de acuerdo con su Glosario de Términos de la ENCUESTA INTEGRADA DE HOGARES GEIH, se estipula:

“Población en edad de trabajar (P.E.T.): está constituida por las personas de 12 y más años en la parte urbana, y de 10 años y más en la parte rural.

Población económicamente activa (P.E.A.): también se llama fuerza laboral y son las personas en edad de trabajar, que trabajan o están buscando empleo. Esta población se divide en:

Ocupados (O): Son las personas que durante el período de referencia se encontraban en una de las siguientes situaciones:

- 1. Trabajó por lo menos una hora remunerada en la semana de referencia.*
- 2. Los que no trabajaron la semana de referencia, pero tenían un trabajo.*
- 3. Trabajadores familiares sin remuneración que trabajaron en la semana de referencia por lo menos 1 hora.*

Ocupados informales (OI): Son las personas que durante el período de referencia se encontraban en una de las siguientes situaciones:

- 1. Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta cinco*

personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio;

2. Los trabajadores familiares sin remuneración en empresas de cinco trabajadores o menos;

3. Los trabajadores sin remuneración en empresas o negocios de otros hogares;

4. Los empleados domésticos en empresas de cinco trabajadores o menos;

5. Los jornaleros o peones en empresas de cinco trabajadores o menos;

6. Los trabajadores por cuenta propia que laboran en establecimientos hasta cinco personas, excepto los independientes profesionales;

7. Los patrones o empleadores en empresas de cinco trabajadores o menos;

8. Se excluyen los obreros o empleados del gobierno.

Desocupados (D): son las personas que en la semana de referencia se encontraban en una de las siguientes situaciones:

1. Desempleo abierto:

1. Sin empleo en la semana de referencia.

2. Hicieron diligencias en el último mes.

3. Disponibilidad.

2. Desempleo oculto:

1. Sin empleo en la semana de referencia.

2. No hicieron diligencias en el último mes, pero sí en los últimos 12 meses y tienen una razón válida de desaliento.

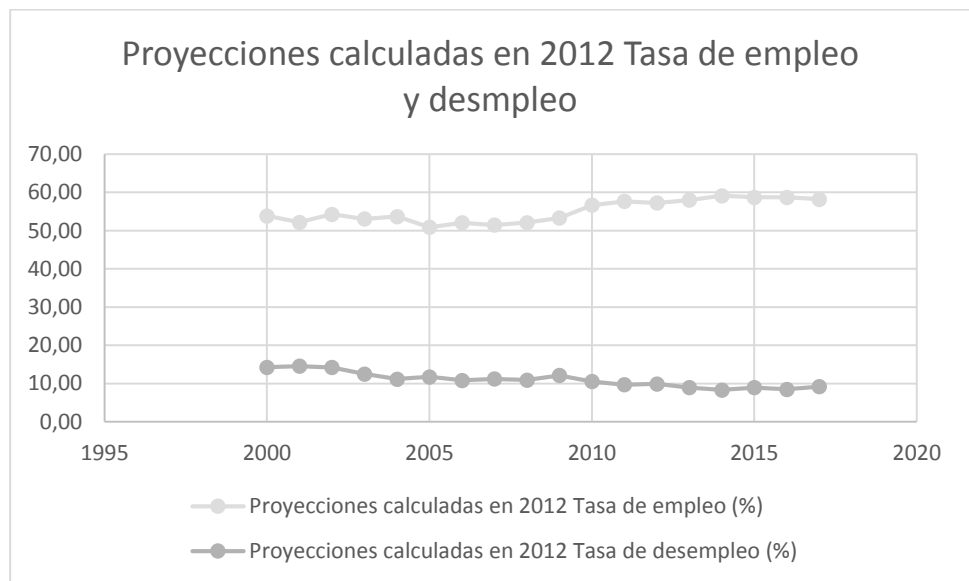
3. Disponibilidad. Desempleo Razones válidas: • No hay trabajo disponible en la ciudad. • Está esperando que lo llamen. • No sabe como buscar trabajo. • Está cansado de buscar • No encuentra trabajo apropiado en su oficio o profesión. • Está esperando la temporada alta. • Carece de la experiencia necesaria. • No tiene recursos para instalar un negocio. • Los empleadores lo consideran muy joven o muy viejo. trabajo”. (DANE, 2012)

De acuerdo a esta clasificación se aprecia que las categorías contemplan como trabajadores a personas que realizan actividades que no están siendo desarrolladas bajo los parámetros de un relación legal y reglamentada con un contrato laboral, lo anterior permite que dentro de las estadísticas de las entidades encargadas de producir análisis estadístico se consideren como trabajadores formales. En consecuencia, esta aclaración permitirá ser crítico al momento de analizar datos de fuente institucionales, como las siguientes:

Tabla 3 Tasa de empleo y desempleo en Colombia 2000.2017

Proyecciones de empleo y desempleo calculadas en 2012		
Año	Tasa de empleo (%)	Tasa de desempleo (%)
2017	58,24	9,22
2016	58,71	8,51
2015	58,71	8,98
2014	59,16	8,35
2013	58,01	8,98
2012	57,27	9,94
2011	57,66	9,74
2010	56,65	10,57
2009	53,31	12,16
2008	52,11	10,95
2007	51,48	11,22
2006	52,07	10,84
2005	50,88	11,78
2004	53,68	11,17
2003	53,06	12,51
2002	54,28	14,26
2001	52,18	14,56
2000	53,88	14,28

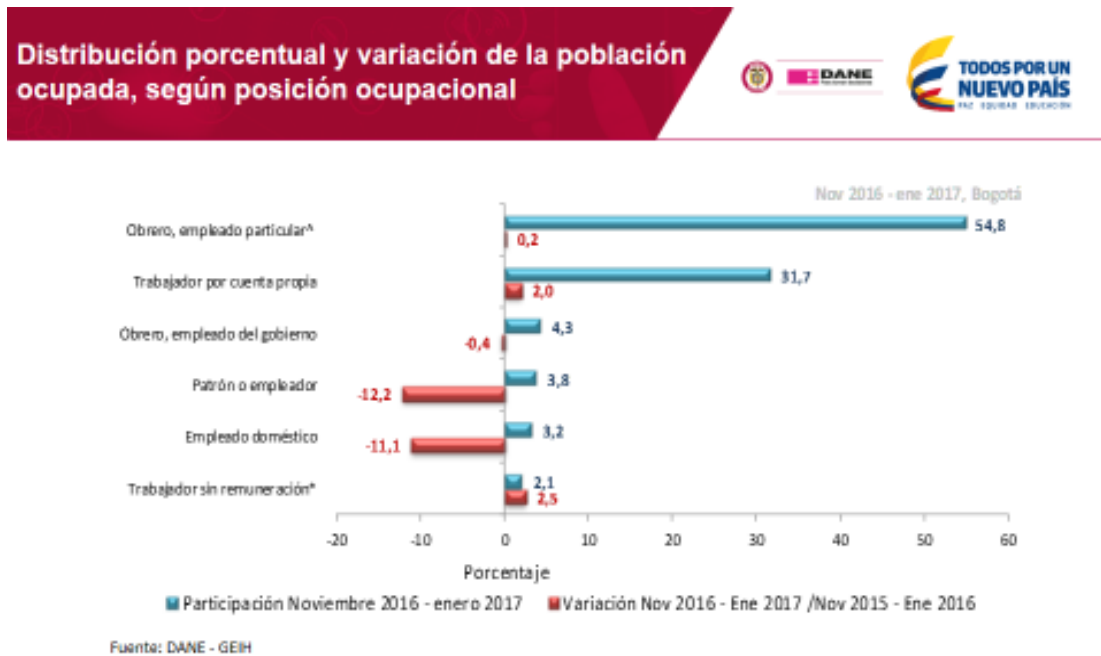
Fuente: Datos tomados de la Encuesta nacional de hogares (ENH), etapas 67 a 104, Encuesta continua de hogares (ECH) y Gran encuesta integrada de hogares (GEIH). Encuestas suministradas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (Departamento Nacional de Estadística - DANE, 2017)



tomado y modificado de datos obtenidos de:

<http://www.banrep.gov.co/es/tasas-empleo-desempleo> (REPÚBLICA, 2003)

Grafica 1. Indicadores Del Mercado Laboral



^a Obrero, empleado particular incluye al Jornalero o Peón.

^b Trabajador sin remuneración incluye a los trabajadores familiares sin remuneración y a los trabajadores sin remuneración en empresas de otros hogares.

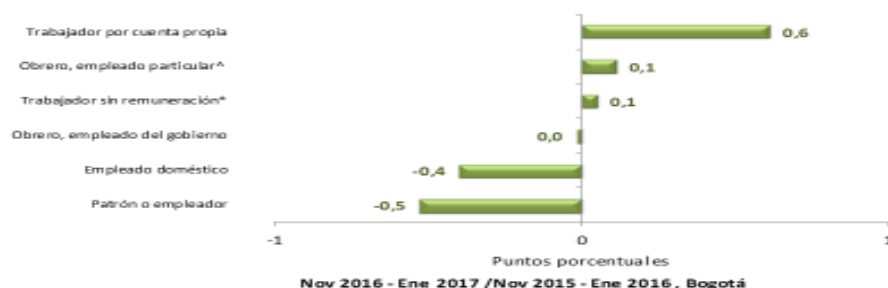


Fuente: (Departamento Nacional de Estadística - DANE, 2017) *noviembre 2016 - Enero 2017*

Se observa en la muestra, el porcentaje de 31.7 de trabajadores en cuenta propia, lo que indica un alto porcentaje de personas que bien no tienen vínculo laboral de carácter contractual, desempeñan labores desde la informalidad o bajo la modalidad de prestación de servicios.

Grafica 2. Contribución de la variación de la población ocupada, según posición ocupacional.

Contribución a la variación de la población ocupada, según posición ocupacional



Fuente: DANE - GEIH

^A Obrero, empleado particular incluye al Jomaleño o Peón.

^B Trabajador sin remuneración incluye a los trabajadores familiares sin remuneración y a los trabajadores sin remuneración en empresas de otros hogares.



Fuente: (Departamento Nacional de Estadística - DANE, 2017) noviembre 2016 -Enero 2017.

En la tabla se evidencia el indicador de incidencia de un trabajador por cuenta propia en contraste con uno que tiene empleador.

En todas las anteriores, se evidencia que a pesar de los amplios conceptos de ocupación o empleo que utiliza el estado para realizar dichas encuestas y generar los reportes anuales, la disminución del desempleo no es sustancial, por lo que las medidas de flexibilización adoptadas por los gobiernos no han dado garantía de generación de empleo ni de mejora de calidad de vida de los Colombianos, por el contrario, se han menoscabado los derechos laborales, sacrificio sin frutos que cada día le cuesta más a los ciudadanos.

CONCLUSIONES

- La flexibilización laboral en el contexto colombiano ha traído consecuencias contraproducentes para los trabajadores, e incluso para el ambiente laboral de las organizaciones, pues la inequidad se ha vuelto parte del ambiente de trabajo, ejemplo de ello, es que no todos quienes trabajan en una organización, sean trabajadores directos que acceden a la capacitación, auxilios, bonificaciones, estabilidad u otros servicios, así compartan los mismos lugares de labor y las mismas funciones.
- La flexibilización laboral debilita el contrato de trabajo, ya que la vinculación de un trabajador a una empresa o entidad, no se realiza siempre por este medio, si no por contratos civiles, que desmejoran las condiciones laborales de los trabajadores, principalmente la estabilidad, y demás derechos sociales, plenamente protegidos por la Constitución.
- Habiendo planteado una doble mirada tanto a la evolución histórica del contrato laboral y su doctrina jurídica, como al contrato civil de prestación de servicios, se puede observar una delgada línea, dentro de la cual, la aplicación masiva de este modelo contractual por parte del Estado puede estar vulnerando los principios fundamentales de los derechos de los trabajadores, por medio de la generación de nominas paralelas.
- El contrato de trabajo es aquél que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados con carácter económico al dar una de las partes una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra.

- Siendo el de trabajo un contrato consensual, es evidente que la relación jurídica laboral se iniciará tan pronto como el concierto de voluntades se produzca, por la manifestación del consentimiento.
- Por patrono se designa a aquella parte que, en la relación laboral, recibe la prestación ajena con fines de lucro, la que contrata al trabajador para que le preste servicio con rigor técnico, así mismo es el acreedor de la obligación de hacer (pagar un salario, velar y proteger al empleado) en el contrato de trabajo.
- La subordinación equivale a la limitación de la autonomía del trabajador, que se somete a la potestad patrimonial del empresario, por razón de su contrato y en el desempeño de sus servicios, esta subordinación se esconde por medio de contratos que simulan independencia técnica y administrativa.
- La deconstrucción del contrato de trabajo inicia por la intención de mejorar los índices de ocupación del país y de inversión extranjera, con el fin de hacerlo más atractivo con mano de obra barata y procesos de selección menos complejos.

BIBLIOGRAFIA

(s.f.). *Codigo Sustantivo de Trabajo*. Colombia: Ieyer.

Aviles, A. O. (2010). *La Deconstrucción del Derecho al Trabajo*. Barcelona: La Ley - Actualidad.

Banco de la Republica. (2017). Boletín, Informes y Resúmenes Estadísticos. Bogotá, Colombia.
Recuperado el 25 de noviembre de 2017, de <http://www.banrep.gov.co/es/tasas-empleo-desempleo>

DANE, D. N. (2012). Glosario de Términos , Gran Encuesta de Hogares. (D. N. Estadística, Ed.) Colombia. Recuperado el 25 de noviembre de 2017, de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/glosario_GEIH13.pdf

Decreto 1750 de 1976. (s.f.).

Decreto 222 de 1983. (s.f.).

Departamento Nacional de Estadística - DANE. (25 de Noviembre de 2017). Obtenido de <http://www.dane.gov.co>

JIMÉNEZ, E. M. (Marzo de 2003). Resultados de las reformas del consenso de Washington en los Países Andinos. *Economía y Desarrollo, volumen 2 , numero 1*, 74.

Ley 3 de 1930. (s.f.).

Ley 80 de 1993, Artículo 32. (s.f.).

LONDOÑO, P. (06 de 04 de 2017). *Revista Dinero*. Obtenido de Revista Dinero: <http://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/empleo-el-fin-del-contrato-laboral-por-pablo-londono/243763>

OIT. (2006). *Recomendación sobre la relación de trabajo 198*. Ginebra. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument

Perez de los Cobos, O. (1999). Sobre la Globalización y el Futuro del Derecho del Trabajo. *Documentación Laboral*, 28 - 30.

REPÚBLICA, B. D. (2003). <http://www.banrep.gov.co/es/tasas-empleo-desempleo>. Obtenido de <http://www.banrep.gov.co/es/tasas-empleo-desempleo>: <http://www.banrep.gov.co/es/tasas-empleo-desempleo>

Rodriguez, C. (2007). *¿Competir con el empleo precario?* Bogotá: Economía Colombiana.

- Sentencia C- 038 , Sentencia C-038 (Corte constitucional MP. Eduardo Montealegre Lynett 2004).
- Sierra, F. G. (2012). *Constitucion Policita de Colombia- Anotada*. Leyer.
- Supiot, A. (2000). *Trabajo y Empleo, Transformaciones el trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia: Tirant Lo Blanh.
- Universidad de Oriente, Venezuela*. (30 de noviembre de 2013). Recuperado el 5 de enero de 2018, de https://es.slideshare.net/Estudiante_UDONE/integracin-vertical
- Universidad Nacional de Colombia. (1994). *El Trabajo en los noventa Rupturas y Conflictos*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia.
- Vélez, M. A. (2013). *Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización en el empleo*. Medellín, Colombia.
- workmeter. (18 de 04 de 2013). *El blog de WorkMeter*. Obtenido de El blog de WorkMeter: <https://es.workmeter.com/blog/bid/276948/qu-es-la-flexibilidad-laboral>