



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución 2.5 Colombia (CC BY 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/co/>

Usted es libre de:

- Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
- hacer obras derivadas
- hacer un uso comercial de esta obra



Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).

Salarios y flexibilización laboral en Colombia: un análisis desde la jurisprudencia presentada por las Altas Cortes

William Ospina¹

Resumen

El mercado laboral actual colombiano, funciona como parte del desarrollo del modelo económico de profundización económica formulado para el país desde la década de los noventa y profundizado en lo corrido del actual siglo, el cual en cierta medida se presenta como conflicto, a lo que la Constitución define como un Estado Social de Derecho desde el que se desprende toda la defensa de derechos laborales de los trabajadores colombianos. En este encuentro de la discusión, es que se formula el interés de desarrollar el actual artículo reflexivo, por el que se busca revisar la manera como las Altas Cortes ha sopesado, las rigideces identificadas en el mercado laboral colombiano para matizarlas de acuerdo con la defensa constitucional de derechos, algunos de ellos irrenunciables e inalienables, en procura de buscar la armonía del modelo, con el Estado Social de Derecho.

Palabras claves: Estado Social de Derecho, derechos laborales irrenunciables, jurisprudencia constitucional laboral, mercado laboral colombiano, flexibilización laboral.

Abstract

The current Colombian labor market functions as part of the development of the economic model of economic deepening formulated for the country since the 1990s

¹ Artículo presentado como requisito parcial para optar al título de abogado de la Universidad Católica de Colombia.

and deepened in the current century, which to some extent appears as a conflict, to which the Constitution defines as a Social State of Law from which comes the defense of labor rights of Colombian workers. In this meeting of the discussion, it is the interest to develop the current reflective article, which seeks to review the way the High Courts has weighed, the rigidities identified in the Colombian labor market to qualify them according to the defense constitutional rights, some of them inalienable and inalienable, in seeking to seek the harmony of the model, with the Social State of Law.

Keywords: Social State of Law, inalienable labor rights, labor constitutional jurisprudence, Colombian labor market, labor flexibility.

Sumario

Introducción

1. Rigidez salarial en el mercado laboral

1.1. Elementos determinantes en la discusión sobre rigideces laborales en el mercado laboral colombiano

1.2. Transformación de las rigideces o costos salariales de los trabajadores en Colombia desde la década de los noventa

2. Flexibilización laboral en Colombia

2.1. Flexibilización salarial a través de la celebración de contratos de trabajo con salario integral

3. Derechos laborales irrenunciables e inalienables

3.1. La Corte Constitucional frente a la flexibilización laboral

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

En el tránsito hacia la década de los noventa del siglo pasado, el país acudió a una transformación económica de su modelo, sobre la base de la apertura comercial, como promesa de una mayor inserción en el mercado global y los beneficios derivados de ello (Ocampo, 2001, p. 19), sin embargo, para su logro era necesario adaptar el sistema productivo a esta realidad, lo cual implicaba una reforma laboral, siendo esta materializada, a través de la Ley 50 de 1990 (Guevara, 2003, p. 109).

La norma en comento, sumada a lo que después fue la Ley 100 de 1993, fueron claves en la modificación estructural del mercado laboral colombiano, promoviendo la flexibilización, como mecanismo dinamizador del sector productivo (Guevara, 2003, pp. 109-110). Así las cosas, lo que se puede identificar en el marco de esta transformación, es la aplicabilidad de preceptos de teoría económica más neoclásicos, o como en la crítica severa del modelo califican de neoliberalización de la economía, en un fenómeno presente en distintas economías del mundo (Restrepo y Gómez, 2013, pp. 178-186).

Como lo comenta Manel Costa (2005), en la explicación de la síntesis neoclásica, los salarios deberían fluctuar de acuerdo con la dinámica entre la oferta y la demanda, sin que medie en la misma, algún tipo de imposición de Estado; traducido esto en precios mínimos como es el caso del salario mínimo, o costes salariales no negociables, como lo que tiene que ver con el pago de seguridad social, u otros factores salariales o prestacionales presentes en distintos mercados laborales (pp. 14-19).

Sin embargo, dentro del progresismo social de los derechos al amparo de la materialización del Estado Social de Derecho, existen los que se definen como unos derechos mínimos salariales o prestacionales, como es el caso de que se pague un salario mínimo, o demás pagos asociados a la contratación de un trabajador,

definidos en el marco de la doctrina jurídica, en cumplimiento de los que se identifica como principios del derecho laboral (Barona, 2010, p. 252).

En este encuentro de la discusión, es que se formula el interés de desarrollar el actual artículo reflexivo, en el cual se busca dar respuesta al problema jurídico sobre ¿cómo la Corte Constitucional ha salido avante a definir como derechos salariales y prestacionales básicos, aquellos costes laborales definidos por la teoría neoclásica como rigideces del mercado laboral? En su hipótesis de solución se plantea que, para el caso colombiano ha existido una defensa constitucional de derechos salariales de los trabajadores, algunos de ellos definidos como irrenunciables e inalienables, en procura de buscar la armonía del modelo, con el Estado Social de Derecho.

La organización del documento conduce a presentar en una primera parte, un enfoque economicista el cual se plantea, a tenor de orientar al lector sobre la manera como la ciencia económica ortodoxa, ha orientado sus argumentos a favor de la flexibilización laboral y la reducción de los costes laborales definidos por la teoría neoclásica como rigideces salariales, para luego, seguir en una segunda parte, con la respuesta jurídica a este tipo de solicitudes, la cual básicamente se concreta en afirmar que, si bien la flexibilización permite el dinamismo económico del empleo, este no se puede llevar al extremo de vulnerar los derechos de los trabajadores en Colombia, tal como se lee sobre todo, de los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia.

1. Rigidez salarial en el mercado laboral

Un debate que marcó parte fundamental de las discusiones en teoría económica para gran parte del siglo XX estuvo relacionado con la manera como las economías podían mejorar su productividad, generando a su vez más empleo (Ocampo, 2004); discusión que resultó más pertinente, en situaciones asociadas a periodos de crisis económicas, en especial la crisis de 1929, o periodos de

reactivación de los mercados ante situaciones de postguerra (Navarrete, 2010, p. 60).

En el posicionamiento teórico, se destaca la concepción keynesiana de la generación de empleo, que en lo que corresponde al tema de rigideces, reconoce la del salario nominal como la única existente para tal efecto, situación que se ve ampliada en la concepción neoclásica, para quien además de los salarios, reconoce otras rigideces como lo son el desempleo, en su monto y duración, el nivel de autonomía en las decisiones de contratar y despedir, el costo de las horas extras, duración de la jornada de trabajo, entre otras reconocidas como costos laborales adicionales (Rubiano, 2003, pp. 141-145).

Es claro, que el modelo de mercado laboral que se identifica para Colombia en la actualidad establece este tipo de rigideces neoclásicas, unas tantas señaladas en las disposiciones normativas en la materia, y otras tantas que han sido reivindicadas por la Corte Constitucional, al amparo de la construcción de un Estado Social de Derecho, como lo establece la Constitución Política de 1991 (Fajardo y Guataquí, 2000, p. 80).

Conforme a lo anterior, se puede definir que la construcción normativa de normas en la materia, le han apostado en los últimos años a disminuir el impacto de este tipo de rigideces, lo cual, se logra básicamente, disminuyendo los costos labores, en lo que precisamente es perseguir los preceptos de política que se definen a partir de una visión neoclásica de la economía. En este sentido, se identifica un mercado laboral consecuente al modelo económico incluido en la Constitución, sin embargo, y como ya se ha mencionado, esta misma Constitución define un Estado Social de Derecho desde el que se desprende toda la defensa de derechos laboral de los trabajadores colombianos que, como se intuye, puede llevar a diversas contradicciones.

1.1. Elementos determinantes en la discusión sobre rigideces laborales en el mercado laboral colombiano

La referencia que se realiza sobre las rigideces económicas del mercado laboral, invita a que en un primer momento se genere una revisión económica sobre la manera como se formulan las mismas en un contexto económico como el colombiano, y la incidencia del juez constitucional en la formulación práctica de las mismas, que se puede ver ajustada, a una condición de disputa entre la flexibilización laboral, y el otorgamiento de mejores condiciones laborales de los trabajadores (Fajardo y Guataquí, 2000, p. 83).

En este contexto, es que la rigidez del mercado laboral denota una relación directa con la flexibilización laboral, discutida en documentos como el de Eraclio Arenas, Camilo Piedrahita y Juan Plata (2006, p. 165), quienes establecen la consecuencia de este proceso, en la reestructuración de una economía global que habla de competitividad, incluso a costa de evidentes desmejoras laborales.

En países como Colombia, el proceso de flexibilización laboral ha significado la pauperización de las condiciones laborales de los trabajadores, tal vez porque las reformas no se han hecho bajo la sensatez que necesita la discusión de estos temas, sino más por el posicionamiento de agendas de Gobierno, delimitadas ideológicamente con beneficio solo para algunos actores, como al respecto lo resalta José Gutiérrez, que sobre el particular puntualiza;

Es necesario aclarar que una postura sensata sobre la flexibilidad laboral no debería centrarse en posiciones dogmáticas en favor o en contra de la misma. En efecto, la realidad es que el mundo postindustrial de hoy es un mundo de flexibilidad en procesos y productos y, así mismo, también de los factores, incluyendo el laboral. Pero en el país un debate serio sobre la flexibilización ha brillado por su ausencia; por el contrario, la validez de las propuestas flexibilizadoras no se ha soportado con un análisis técnico, sino por argumentos simples por parte de proponentes y defensores, que señalan la rigidez del mercado laboral como obstáculo en la generación de empleo. (2003, p. 22)

Sobre este panorama de discusión, es que ha sido fundamental el papel de la Corte Constitucional como un actor que finalmente ha definido el límite y alcance de cada uno de los análisis hechos sobre las rigideces del mercado laboral, tema de estudio también trabajado por José Larios (2013, p. 141), quien al respecto plantea que la vía jurídica ha sido el camino por el que se busca la legalización de muchas cuestiones que afectan directamente a los trabajadores, a lo que se debe reiterar, el Tribunal Constitucional ha salido avante en la delimitación de estas estrategias jurídicas, tal y como se va a presentar en las siguientes secciones del actual texto.

A continuación se agota entonces en profundidad el panorama de la flexibilización laboral en Colombia, cuya lectura se realiza iniciando por identificar las coincidencias entre la teoría económica y, la legislación expedida al respecto de las rigideces salariales desde la década de los noventa; lo cual se complementa, con la segunda parte del documento, en el que se llega a analizar cómo la Corte Constitucional, ha salido avante de la defensa de los derechos laborales mínimos de los trabajadores colombianos en material laboral que, entre otras cosas marca límites a la expansión de este soporte doctrinal neoclásico.

1.2. Transformación de las rigideces o costos salariales de los trabajadores en Colombia desde la década de los noventa

Las reformas laborales sucedidas en la década de los noventa, fundamentalmente impactaron los costos laborales de la contratación de trabajadores en Colombia, teniendo en cuenta los cambios introducidos por la Ley 50 de 1990 pero sobre todo, por la Ley 100 de 1993, que crea el Sistema de Seguridad Social Integral [SSSI], cuyas modificaciones se sienten, en términos de la contribución hecha por el empleador sobre el trabajador, en lo que corresponde esencialmente a salud, pensión y parafiscales (Santamaría, García y Mujica, 2009, p. 5).

Como lo explica Luis Garay (1998), con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, las contribuciones a la seguridad social pasaron de ser un 13.5% de los salarios, donde el empleador asumía el 9% y los trabajadores el 4.5% restante, a un 18.1% a cargo de los empleadores, lo cual significó un aumento de más de nueve puntos porcentuales; aclara que si bien se eliminó la doble retroactividad de las cesantías, el monto que se dejó de asumir, aproximadamente 4.2 puntos porcentuales, fue insuficiente para compensar el incremento de los costos laborales por cotizaciones a la seguridad social (p. 232).

Bajo el panorama propuesto y, canalizando las alternativas dadas por el Gobierno Nacional para abaratar el coste productivo de mano de obra de las empresas en el país para reducir así el desempleo (Garay, 1998, pp. 233-234), es que en 2002 se presenta una nueva reforma laboral a través de la Ley 789 de 2002, la cual buscó enfrentar estructuralmente las causas coyunturales asociadas a los altos niveles del desempleo del país que, incidió en cambio sobre los costos asociados a la protección social, generando a su vez mayor flexibilidad laboral (Guataquí y García, 2009, p. 4). Al respecto de estos cambios estructurales señalan:

El cambio en la legislación laboral ocurrido en 2002 significó en primera instancia una reducción en la remuneración por hora de trabajo (en jornadas nocturnas y extras) lo cual podría implicar en el corto plazo una mayor dinámica laboral, ya sea generando más empleo (efecto extensivo) o más horas trabajadas (efecto intensivo); y en segunda instancia una reducción de las indemnizaciones del contrato de trabajo. Pasados algunos años en la vigencia de la Reforma se pueden identificar tres factores importantes que muestran los efectos de corto plazo de la Ley 789 que hacen referencia al componente de flexibilización de la misma. (Guataquí y García, 2009, p. 13)

Sobre estos tres factores, el primero al que hacen mención es la calidad del empleo, argumentando que si bien se tendió a una mayor generación de empleo, esta no fue correlativamente positivo con la calidad de los puestos creados, acuñando para el caso el concepto económico de *trade off*, para dar nombre a esta relación negativa (Guataquí y García, 2009, p. 13), no obstante, allí se puede

identificar un debate académico, en tanto autores como Jairo Núñez (2005), no dudan en sostener que por el contrario hubo mejora en la calidad, al permitir un mayor tránsito del sector informal al formal (p. 19).

En la posición sentada para el actual documento, se acoge la tesis de la reforma como efecto negativo sobre la calidad del empleo de los trabajadores del país, ello, a tenor de la reducción en costos y facilitación de los procesos de contratación y despido, sumado al efecto directo sobre la compensación del trabajo dominical y nocturno y compensaciones sobre horas extras, que son parte de las modificaciones generadas por el cambio de la norma; este último, que es a su vez el segundo factor al que hacen mención Guataquí y García (2009, p. 13).

De otra parte y, como tercer factor, se hace mención al efecto de la reforma sobre la duración del desempleo, sobre lo cual sostienen para el periodo indicado que, este se vio negativamente afectado en la medida que la reforma permitió una mayor proliferación de los contratos de trabajo a término fijo, reduciendo en consecuencia, los contratos de trabajo a término indefinido (Guataquí y García, 2009, pp. 14-15), lo cual llama a la discusión jurídica sobre la garantía del derecho a la estabilidad laboral que, es un tema sobre el cual parcialmente se discute en la segunda parte del actual documento.

Con los argumentos presentados hasta momento, se puede sostener que la idea de la flexibilidad laboral, se ha encaminado bajo el pensamiento económico y administrativo, en la óptica de abaratar los costos laborales de los trabajadores, bajo la sombra del discurso de la competitividad, sin embargo, como al respecto lo discute José Gutiérrez (2003), estas medidas difícilmente pueden ser pertinentes para el efecto esperado, en la medida que la competitividad viene incidida directamente por la productividad, la cual se ve afectada por la inestabilidad y baja calidad del empleo (pp. 20-24).

En este sentido, se sostiene que la transformación normativa del mercado laboral sucedida en Colombia a partir de la década de los noventa generó una mayor flexibilización laboral en perjuicio de la calidad del empleo; bajo el discurso de la

necesidad de reducir el desempleo; lo anterior, sin desconocer que, a un año de efectuada la reforma se alcanzaron más de 700.000, lo cual significó un incremento de la tasa de ocupación en un 5% (Echeverri y Santamaría, 2004, pp. 9-10).

En lo más reciente, otro cambio normativo se presenta con la expedición de la Ley 1429 de 2010, o Ley de Formalización Empresarial y Laboral la cual genera una serie de beneficios tributarios a microempresarios que formalicen su actividad productiva, a través del registro mercantil y vinculación formal de nuevos trabajadores, recibiendo en contraprestación, exenciones y beneficios tributarios en renta y complementarios, buscando con ello generar entonces empleo, proyectado en 350.000 plazas a 2014 (Farné y Rodríguez, 2014, p. 123).

Complementariamente a la Ley 1429 de 2010 se expide en 2012 la Ley 1607, la cual se encamina a implementar acciones para la reducción de los costos laborales parafiscales como son el pago de aportes al Sena e ICBF; estos son eliminados y terminan siendo reemplazados por el CREE, un impuesto que grava las utilidades de la empresa, generando así, en el esperado de quienes propusieron la ley, un impacto directo en los costos por nómina, que incentive la generación de empleo.

Al respecto de este propósito, autores como Farné y Rodríguez (2014) permanecen escépticos frente a la efectividad de estas medidas, afirmando al respecto que el Gobierno Nacional desestimó la amplia literatura internacional empírica que al respecto del tema se ha generado, y en la que se niega esta relación entre reducción de parafiscales y generación de empleo, o por lo menos, se sugiere que esta correlación puede ser más efectiva si se asume, solo sobre trabajadores no calificados, o aquellos que ganen un salario mínimo (pp. 130-131).

La apreciación que se genera al respecto es que estas medidas hacen parte de la profundización de la dinámica de beneficios a los empresarios a costa de generar más empleo, siendo allí donde conviene consultar, a qué costo se debe dar este sacrificio. En la siguiente parte del documento, este tema de la rigideces o costos laborales legales se mezcla con la profundización en la comprensión del

fenómeno de la flexibilización laboral, para lo cual va a ser fundamental ir a la jurisprudencia constitucional, a suerte de encontrar allí parte de las respuestas, sobre el costo social que se debe asumir para generar empleo en una economía como la colombiana.

2. Flexibilización laboral en Colombia

Como se presentó en la anterior sección del documento, el cambio de legislación laboral que vivió el país desde la década de los noventa, allanó el camino jurídico para flexibilizar la contratación laboral en el país, en propósito desarrollado dentro del marco de las necesidades de transformación observadas en el del mercado global (Guevara, 2003, pp. 105-106); asumiendo e tanto, una ideología de la desregulación, que representa inestabilidad de la pérdida derechos laborales y sociales para aumentar la productividad económica, materializada en nuevas formas jurídicas para el trabajo asalariado (Gómez, 2014, pp. 105-106).

Para justificar la necesaria reducción de los costos laborales frente a la flexibilización del empleo, en Colombia, quienes adhieren a esta posición, han sostenido que el empleo tiene una reacción positiva frente reducciones en los costos laborales, afirmación que presenta mayor soporte, al revisar la incidencia de los costes laborales para el caso de los trabajadores no calificados, diferente a lo que sucede con los trabajadores calificados, cuyo determinante tiende a estar más relacionado con la dinámica de la producción, que con la de los costos (Sánchez, Duque y Ruiz, 2009, pp. 30-31).

Para las empresas es importante mantener un gasto controlado de los costos laborales, por ello, posiblemente es que acuden a abiertas prácticas legales que pueden atentar contra la estabilidad del empleo en Colombia. Se encuentra, por ejemplo, la sistemática reproducción del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, la tercerización laboral, o el acuerdo de pago de un salario integral, entre otras medidas, aplicadas con la posible intención de no asumir cargos laborales

como son el pago de vacaciones, la afiliación en un fondo de cesantías, así como al reconocimiento de los intereses de las cesantías que son de obligatorio cumplimiento con los trabajadores (Isaza, 2003, p. 11).

Las anteriores acciones, pueden ser prácticas que conduzcan a las empresas a un riesgo jurídico, en la medida que se pueden llegar a ser vistas como evasivas para no reconocer el cumplimiento de la ley pueden estar sujetos a demandas en el plano laboral por una interpretación jurídica particular que no se ajuste realmente a la ley. Precisamente sobre una de estas medidas, la del salario integral, se quiere avanzar a continuación, considerando que existe desde la lógica de la optimización económica de los recursos, un interés por asumir ante grandes compromisos contractuales, el pago de un salario integral en atención a las posibilidades jurídicas existentes para su celebración.

2.1. Flexibilización salarial a través de la celebración de contratos de trabajo con salario integral

Como se ha reiterado, la Ley 50 de 1990, generó el espacio normativo para celebrar en el contexto del mercado del trabajo colombiano, maneras más flexibles de acordar entre empleador y trabajador, el pago recibido a contraprestación del servicio desarrollado. En lo preciso, se pueden identificar artículos como el 18 de comentada ley, modificadorio del artículo 132 del CST, por medio del cual se crea la figura del salario integral, como mecanismo de acuerdo legal entre empleador y empleado, donde este primero no asume las habituales cargas laborales bajo la siguiente dinámica definido en el artículo indicado:

Artículo 18. El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 132. Formas y libertad de estipulación.

1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21, y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario, superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos.

3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni los aportes al SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar, pero en caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).

4. El trabajador que desee acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo.

Se puede inferir de lo consignado en este artículo, que el salario integral permite al empleador no asumir de manera directa, la responsabilidad por el pago de prestaciones sociales y lo que en otrora eran los parafiscales, siendo ello síntoma, de la intención librada a través de esta reforma, por flexibilizar los

mecanismos contractuales de celebración de contratos de trabajo en Colombia, incluyendo por necesidad la flexibilización en lo que corresponde al pago salarial y las prestaciones derivadas del mismo.

Lo anterior tiene lugar, sobre el argumento económico previamente estudiado de los beneficios para la producción de la reducción de los costes o rigideces laborales, toda vez que la carga prestacional, arguyen quienes defienden esta posición, deriva en limitantes para la generación de más empleo y la consecución de un grado de competitividad global (Hofstetter, 2006, p. 107). Sin embargo, en la posición asumida por el actual documento, se considera que, aunque es evidente que esto permite generar más empleo, se debe evaluar a su vez cuál es la calidad de este empleo.

Para precisar en lo previamente dicho, inicialmente se debe aclarar que, como lo pone de presente la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, desde jurisprudencia emitida en 1991, y con posteridad a la expedición de la Constitución del mismo año que, el salario integral aun cuando es de origen legal y no se encuentra expresamente señalado en la Constitución de 1991, ello no hace que se vea dilatada la armonía entre estas dos figuras, o que se considere inconstitucional, toda vez que:

(...) además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.
(Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 115 de 1991)

Desde la fecha la misma Corte Constitucional ha acogido esta lectura del salario integral, replicando lo afirmado en Sentencias como la T-338 de 1993, T-590 de 1996, C-565 de 1998, C-673 de 2001, C-862 de 2008, T-629 de 2010, C-470 de 2011 y T-141 de 2013 por mencionar las más relevantes, reiterando entonces que, desde su primigenio análisis de legalidad y constitucional, la misma se ha

catalogado como armónica a la Constitución de 1991 y, al Estado Social de Derecho allí consignado por el legislador, extensivo al punto de comprensión, por el cual se considera que el mínimo de ingreso, puede ser relativo al tiempo proporcional trabajado en un periodo mes:

(...) a partir de considerar que el demandante laboró medio tiempo el Tribunal encontró justificado que se le pagara un salario integral inferior al mínimo legal, para lo cual adujo que en la legislación colombiana es permitido pactar salarios en proporción al número de horas laboradas siempre y cuando se respete el mínimo legal sin que esté prohibido que quienes laboren la mitad de la jornada perciban la mitad del salario integral mínimo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 33.506 de 2008)

En efecto lo que se encuentra es lo que se puede calificar como una laxitud de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con la celebración de este tipo de pago salariales que, como se ha manifestado, llevan a los escenarios de flexibilización salarial. Como se expone a continuación, este no es solo el panorama sentado por el Tribunal de cierre de la jurisdicción laboral en Colombia, sino también por parte del máximo Tribunal Constitucional, el cual ha generado al respecto del tema una posición que no ha sido tan vehemente como la asumida frente a la defensa de otros derechos laborales, dando con ello argumentos para plantear que es una discusión que permanece actualmente abierta.

Con lo dicho, no se quiere poner en tela de juicio la posición de la Corte Constitucional al respecto, no obstante, se considera que esta, en lo referente a las formas de materialización de la flexibilización laboral, debería ser más dada al progresismo que en materia laboral se reconoce en sus pronunciamientos. Para profundizar en lo anteriormente expresado, a continuación, se realizará un análisis de jurisprudencia constitucional en materia laboral, la cual brinda orientaciones jurídicas respecto a los criterios que concuerdan con el reconocimiento de una reproducción del panorama de flexibilización laboral en el país.

3. Derechos laborales irrenunciables e inalienables

Se ha indicado que la década de los noventa trajo la transformación jurídica de las relaciones laborales en Colombia, sin embargo, también se debe indicar que, es para la década de los noventa que a su vez se produce un cambio constitucional, por medio del cual se formuló un nuevo orden político en Colombia, sobre la base de la configuración de un Estado Social de Derecho, materializado a través de la Constitución Política de 1991, en lo que comprende una nueva óptica de reconocimiento de derechos individuales y colectivos.

En el específico del ámbito laboral, este nuevo orden constitucional significó el reconocimiento a título de derechos laborales constitucionales, que vienen indicados desde el preámbulo mismo del Texto Político y, que se extiende a lo expresado en los artículos 1, 25, 39, 48, 53, 54, 55, 56, 57, 60, 64, 67, 77 y, los que se desarrollan a partir del artículo 122, sobre los derechos de los trabajadores oficiales y servidores públicos, siendo este amplio cuadro de derechos, los que se considera como parte estructural de derechos laborales irrenunciables e inalienables.

A manera relacional sobre la configuración constitucional de este panorama de derechos categorizados como derechos inalienables e irrenunciables, a continuación se citan el resumen de derechos consignados en el trabajo de Johanna Nieto (2016), quien recoge a partir de los derechos textuales consignados en los artículos antes citados, aquellos que en su reconocimiento, se vinculan al concepto de inalienabilidad, como soporte de aquellos reconocimientos mínimos al trabajador (pp. 3-4), que a su vez están la mayoría de ellos asociados a costos laborales; los derechos en comento serían:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores;

remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo;

estabilidad en el empleo;

irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales;

facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles;

situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;

primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, y;

protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Como previamente se indicó, varios de los derechos antes citados inciden directamente en el reconocimiento de unos costos laborales, siendo por esto importante entrar a revisar los pronunciamientos constitucionales al respecto, toda vez que es el Tribunal Constitucional, quien ha puesto coto a los discursos surgidos desde el liberalismo del mercado, al proponer la mayor libertad del mercado de trabajo, lo cual indica a su vez, menores restricciones en términos de aquellos costos salariales asumidos a la hora de contratar un trabajador.

3.1. La Corte Constitucional frente a la flexibilización laboral

Desde su creación en 1991, la Corte Constitucional es quizá una de las instituciones con mayor activismo en la defensa del Estado Social de Derecho, siendo ello reflejado, en las líneas argumentales progresistas tomadas para distintos temas, entre los cuales se encuentra, el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores en Colombia, siendo allí la jurisprudencia especialmente

prolífica y, de alcance continental, en tanto estas han sido citadas por otros Tribunales (Avella, p. 65).

Son de gran variedad los temas en específico abordados por la Corte Constitucional en lo que corresponde al reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores en Colombia, ahora, acotando en lo preciso de aquellos pronunciamientos encaminados a brindar precisiones jurídicas relacionadas con la flexibilización laboral, resulta pertinente citar la vertiente doctrinal dictada por la Corporación, quien necesariamente asocia las reformas laborales en este sentido, a la promoción del empleo, aunque, estas deben tener límites.

Esta es una postura que se encuentra consignada en diferentes sentencias, como es el caso de la Sentencia C-038 de 2004, en la cual el Alto Tribunal señala que; “(...). La promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una Reforma Laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores, siempre y cuando esa reducción resulte adecuada, indispensable y proporcionada al propósito buscado”, siendo en lo abstracto estos últimos postulados, los desarrollados en prolongada jurisprudencia como se recoge de la Sentencia C-593 de 2014, en la que sobre este panorama de análisis concluye:

(i) el legislador tiene un amplio margen de apreciación al regular las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacer efectivo su valor, el principio y el derecho-deber, (ii) no obstante, al ejercer tal facultad, se encuentra obligado a garantizar las garantías laborales de los trabajadores, (iii) la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de ciertos fenómenos de flexibilización laboral, como mecanismo legítimo para incentivar la creación de empleo, pero (iv) dichas herramientas no pueden ser utilizadas para mutar verdaderos contratos laborales y desconocer las prerrogativas mínimas reconocidas por el artículo 53 Superior, (iii) en el caso que las figuras sean utilizadas fuera de los objetivos para los que fueron creadas, las autoridades de control deben tomar los correctivos pertinentes y además, (iv) habrá una responsabilidad de aquél patrono que ha utilizado estos instrumentos de forma irregular.

La referencia a la figura del control por parte de las autoridades de política es fundamental en el desarrollo jurisprudencial, en cuanto la Corte ha salido a indicar que, aunque no sea de su competencia entrar a revisar en la minucia temas de contenido de las diferencias laborales entre las partes, no dejan esas referencias de ser factores por los cuales se recuerde a quien corresponde su responsabilidad de control, entrar a generar conductas activas en procura de la defensa de los derechos de los trabajadores, como en su momento fue proliferada por las Cooperativas de Trabajo Asociado, acciones vulneradoras de los derechos mínimos de los trabajadores:

(...), muchas cooperativas de trabajo asociado cometen abusos puesto que contratan trabajadores asalariados y no les pagan prestaciones sociales, es un asunto que escapa al juicio abstracto de constitucionalidad, en el que simplemente se confrontan las normas acusadas frente al ordenamiento supremo para determinar si estas se ajustan o no a sus preceptos. Sin embargo, ello no es óbice para aclarar al actor que el control y vigilancia efectiva por parte del Estado es lo que puede garantizarle, no sólo a los trabajadores sino a la comunidad en general, que esta clase de asociaciones cumplan adecuadamente los fines para el cual fueron constituidas y no se excedan en el desarrollo de sus actividades. El Departamento Administrativo de la Economía Solidaria, la Superintendencia de la Economía Solidaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social son los organismos encargados de ejercer tales funciones. Las cooperativas de trabajo asociado que incurran en esas prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes. (Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2000)

La vinculación entonces a las autoridades de política laboral para restringir y sancionar las prácticas abusivas en materia de desconocimiento de los derechos de los trabajadores evidencia este activismo judicial de la Corte en términos de los derechos de los trabajadores (Ostau y Poveda, 2009, p. 264), aunque, se identifica que guarda una posición mesurada, en lo que corresponde a tener una posición frente a la proliferación de políticas encaminadas a la flexibilización laboral. Se

recoge al respecto, lo que sobre este tema sostiene en Sentencia T-003 de 2010, donde señala;

(...), esta Sala sostiene que la llamada flexibilización laboral que busca brindarle facilidades a los empleadores en cuanto a formas alternativas de cumplimiento de los contratos o vínculos con sus empleados con el ánimo de mejorar sus índices de eficiencia financiera y económica –supuestamente en beneficio paralelo para los trabajadores o para las posibilidades de mayor empleo-, no puede versar sobre los contenidos mínimos de los derechos laborales.

En efecto no abandona la reivindicación de los derechos mínimos constitucionales de los trabajadores en Colombia, no obstante, se considera que este activismo bien podría sentar posiciones más claras, respecto a cuál es el límite del sacrificio del empleo digno o el empleo de calidad, bajo el discurso de la búsqueda de mayor empleo. Está claro que los derechos mínimos son innegociables, sin embargo, y a modo de reflexión ¿no se podría sentar igual posición frente a un mínimo de empleo digno sobre todo para los trabajadores de menores ingresos?

Conclusiones

La globalización y el modelo seguido en Colombia para la liberalización de los mercados, impulsó el llamado a los empresarios a menores costos salariales y de producción a tenor de buscar mayores niveles de productividad y competitividad. Lo anterior, junto con la dinámica del cambio tecnológico, ha llevado a una transformación radical de su organización productiva que, en la parte laboral se ha materializado en un relajamiento de las condiciones contractuales, a su vez que la proliferación de formas tercerizadas de empleo, que lo han precarizado.

Sobre el diseño del actual documento, se establece que esta precarización comporta gran parte de responsabilidad, a las reformas generadas en términos de

la flexibilización laboral, iniciadas en el país desde la década de los noventa y, profundizadas en el nuevo siglo, trayendo consigo desventajas salariales y contractuales a los trabajadores en Colombia, quienes pueden encontrar en el mercado un mayor panorama de inestabilidad laboral.

Todo lo anterior ha sido posible, por el eco generado por quienes buscan una mayor liberalización de la economía, sobre la reducción de los costes salariales legales o identificadas por la ciencia económica como rigideces laborales. Sin embargo, ha existido una Corte Constitucional que ha salido avante, a poner coto a las intenciones de profundización de estas rigideces, planteando al respecto y en resumido que, si bien se debe pensar en generar mecanismos para dinamizar el empleo, ello no se puede hacer a sacrificio de los derechos laborales mínimos de los trabajadores en Colombia.

Al respecto, se considera que si bien esta posición pone un límite a la expansión de los postulados liberalizadores del mercado de trabajo, se podría avanzar aún más, pensando en la naturaleza del Estado Social de Derecho, en una postura que consolidara el mínimo admitido para recocer el trabajo digno, sobre lo cual, variables como la estabilidad del empleo y otras, vendrían a ser más incidentes, restringiendo de cierta manera la tercerización del empleo y su homologación a formas civiles de contratación que proliferan tanto en la actualidad.

Referencias

- Avella, M. (2012). Las instituciones laborales colombianas. Contexto histórico y principales desarrollos desde 1990. En. Arango, L., & Hamann, F. (editores). *El mercado de trabajo en Colombia: hechos, tendencias e instituciones*, (3-74). Bogotá: Banco de la República.
- Barona, R. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Criterio jurídico garantista*, 2(2), 252-264.
- Costa, M. (2005). *Introducción a la economía laboral*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Echeverry, J., & Santamaria, M. (2004). The Political Economy of Labor Reform in Colombia. *Documento CEDE, 2004-22*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Fajardo, L. E., & Guataquí, J. C. (2000). La Corte Constitucional y la flexibilidad del mercado laboral. *Revista de Economía Institucional*, 2(3), 80-103.
- Farné, S., & Rodríguez, D. A. (2014). Empleo e impuestos a la nómina en Colombia: un análisis de los efectos ocupacionales de la Ley 1607 de 2012 de Reforma Tributaria. *Revista de Derecho Fiscal*, (7), 117-134.
- Garay, L. (1998). *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación [DNP].
- Gómez, M. (2014). Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 10(1), 103-116.
- Guataquí, J. C., & García, A. (2009). Efectos de la reforma laboral: ¿más trabajo y menos empleos? *Serie Documentos de Trabajo*, 63. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Guevara, D. (2003). Globalización y mercado de trabajo en Colombia: algunas consideraciones en el marco de la flexibilización laboral. *Reflexión política*, 5(10) 102-114.
- Gutiérrez, J. (2003). La Reforma Laboral no garantiza la generación de empleo: prevalece el simplismo. *Semestre económico*, 6(11), 1-28.
- Hofstetter, M. (2006). La política monetaria y la Corte Constitucional: el caso del salario mínimo. *Revista de Economía Institucional*, 8(14), 105-124.
- Isaza, J. G. (2003). Flexibilización laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano. *Revista Equidad y Desarrollo*, (1), 9-40.
- Navarrete, J. E. (2010). Crisis y reactivación: rumbos y desvíos. *Economía UNAM*, 7(21), 57-79.
- Nieto, J. (2016). *Principios mínimos fundamentales de los trabajadores en Colombia: balance de las precisiones jurisprudenciales más relevantes dadas por la Corte Constitucional*. (Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogada). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Ocampo, J. A. (2001). *Un futuro económico para Colombia*. Bogotá: Alfaomega.
- Ocampo, J. A. (2004). *El desarrollo económico en los albores del siglo XXI*. Santiago de Chile: Comisión Económica Para la América Latina [CEPAL].
- Ostau, F., & Poveda, R. (2009). La negociación colectiva: análisis y su papel en la protección social en Colombia. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 3(2), 237-270.
- Restrepo, D., & Gómez, M. A. (2013). El trabajo precario, una realidad distante del trabajo decente. *Katharsis*, (15), 173-194.

Rubiano, J. E. (2003). A propósito de la flexibilización laboral. *Revista EAN*, (49), 138-147.

Sánchez, F., Duque, V., & Ruiz, M. (2009). Costos laborales y no laborales y su impacto sobre el desempleo, la duración del desempleo y la informalidad en Colombia, 1980-2007. *Documento CEDE, 2009-11*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Santamaría, M., García, F., & Mujica, A. V. (2009). Los costos no salariales y el mercado laboral: impacto de la reforma a la salud en Colombia. *Working Paper, 43 2009-08*. Bogotá: Fedesarrollo.