

# 3 Consideraciones de la Especialidad Laboral y de la Seguridad Social

Luis Alberto Torres Tarazona

Natali Niño Patiño

Editores Académicos

Grupo de investigación:  
"Estudios interdisciplinarios DESC  
y mundo del trabajo"

Observatorio del trabajo y de la seguridad social  
facultad de derecho



**UNIVERSIDAD  
LIBRE**  
1958



**CONSIDERACIONES DE LA ESPECIALIDAD  
LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**III**



**Luis Alberto Torres Tarazona**

*Editor Académico*

**CONSIDERACIONES DE LA ESPECIALIDAD  
LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**III**



**UNIVERSIDAD LIBRE  
FACULTAD DE DERECHO**

Grupo De Investigación: Estudios Interdisciplinarios Desc Y Mundo Del  
Trabajo

Observatorio Del Trabajo Y De La Seguridad Social

Consideraciones de la especialidad laboral y de la seguridad social III / Luis Alberto Torres Tarazona, editor académico. - Bogotá:

Universidad Libre, 2018. 515 p.; 22 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5466-00-5

1. Derecho laboral 2. Sindicatos – Legislación 3. Seguridad social I. Torres Tarazona, Luis Alberto, ed. III

344.01

SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

© LUIS ALBERTO TORRES TARAZONA

© Facultad de Derecho

© Instituto de Posgrados

© Universidad Libre Sede Principal

ISBN IMPRESO 978-958-5466-00-5

ISBN DIGITAL 978-958-5466-01-2

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del *copyright*.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo - e: [comunicaciones@unilibre.edu.co](mailto:comunicaciones@unilibre.edu.co)

Calle 8 N° 5-80, Tel. 3821000, Bogotá, D.C.

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de publicaciones de la Universidad Libre

Impreso en Colombia en los talleres gráficos de: Ediciones Nueva Jurídica

Teléfono: +57(1) 7 52 37 21

Móvil: 310 5627526 - 3105627538

E-mail: [nueva\\_juridica@yahoo.com](mailto:nueva_juridica@yahoo.com) [www.nuevajuridica.com](http://www.nuevajuridica.com)

Bogotá, D. C. - Colombia

*Printed in Colombia*

*Las acciones protectoras del Estado deben diversificarse, desde el mínimo de la protección de la seguridad y la paz, y de la formación de la voluntad estatal, derechos individuales, civiles y políticos, hasta el máximo de la satisfacción de necesidades básicas – Derechos económicos, sociales y culturales.*

**Gregorio Peces Barba M.**

Rodolfo Arango Rivadeneira como docente –enseña en sus clases–, al igual que los profesores de la Universidad Libre, que la única forma de repercutir al interior de la sociedad es tener un proyecto de vida –ético– y que dicho proyecto permee a la comunidad, buscando, tanto en esa esfera personal como en la colectiva, lo que para Ronald Dworkin corresponde al buen vivir, o lo que para los pueblos amerindios latinoamericanos equivale la expresión del “buen vivir”.

Así, el compromiso del Instituto de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre hoy es mayor, pues no es otro que encaminar la vida y la educación hacia el vivir bien, reto mayúsculo que engloba tanto a estudiantes y profesores, para que al final, el conocimiento, las competencias adquiridas, las experiencias, la praxis, y en general la integralidad del ser, se vea reflejada en la sociedad colombiana. Es allí donde toman importancia conceptos como los de Dworkin.

Por tanto, en la vida académica es necesario brindar un aporte a la sociedad, razón por la que los profesores y estudiantes del fórum Unilibrista, se dedican a contribuir con sus pensamientos e investigaciones, para así enseñar, no solo el derecho en sí, sino sobre la forma de verlo –desde lo social–, tal cual como lo ha realizado nuestros maestros Ernesto Forero Vargas, Marcel Silva Romero, Martha González, Ismael Coral, Benjamín Ochoa, Ernesto Pinilla Campos, Nilson Pinilla, Jairo Villegas Arbeláez y Gerardo Arenas Monsalve.





## UNIVERSIDAD LIBRE

---

### DIRECTIVAS

---

Presidente	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando Dejanón Rodríguez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	Ricardo Zopó Méndez
Director Nacional de Planeación	Omeiro Castro Ramírez
Director (a) Nacional de Investigaciones(e)	Elizabeth Villarreal Correcha
Presidente Seccional	Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector Seccional	Fernando Arturo Salinas S
Decano Facultad de Derecho	Luis Francisco Ramos A.
Secretario Académico	Ana Rocío Niño Pérez
Director Centro de Investigaciones	John Fitzgerald Martínez
Director (a) del Instituto de Posgrados (e)	Nohora Elena Pardo Posada
Coordinador de Derecho Laboral y Seguridad Social	Ignacio Perdomo Gómez

## COMITÉ CIENTÍFICO

### **John Fitzgerald Martínez Vargas**

Doctorando en Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona (España). Máster en Ciudadanía y Derechos Humanos: Ética y Política de la Universidad de Barcelona (España). Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracias en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares (España).

### **David García Vanegas**

Doctor en Estudios Legales de Atlantic International University. Magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional. Especialista en Docencia Universitaria UCC. Docente investigador de la Universidad Libre.

### **David Murillo**

Doctor en Derecho de la Universidad Bordeaux (Francia). Máster en Derecho Internacional de la Universidad de Montesquieu (Francia).

### **Javier Francisco Franco Mongua**

Doctorando en Derecho de la Universidad París I (Pantheon Sorbonne). Magíster en Derecho Comparado con énfasis en Derecho Económico de la Universidad París I (Pantheon Sorbonne). Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

## **PARES EVALUADORES**

### **Jean Carlo Martínez Ortiz**

Máster Europeo en Trabajo y Política Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Posgrado en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Nacional. Curso avanzado en Derecho del Trabajo y Relaciones Industriales de la Universidad de Sevilla (España).

## **PAR INTERNACIONAL**

### **Pilar Charro Baena**

Doctora en Derecho de la Universidad Pontificia Comillas “cum laude”, Madrid (España) abogada de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid (España). Docente en Derecho del Trabajo y Seguridad Social; directora del Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid (España).



## CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>17</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>INDIVIDUAL</b>	
<b>ESTABILIDAD EN EL EMPLEO – ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN JURÍDICO VENEZOLANO</b>	
<i>César Augusto Carballo Mena .....</i>	<b>25</b>
<b>LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO Y EL ANÁLISIS DEL <i>IN DUBIO PRO OPERARIO</i>. REALIDADES Y RETOS.</b>	
<i>Leonardo Corredor Avendaño .....</i>	<b>51</b>
<b>DE LAS CONCESIONES A LAS ZONAS FRANCAS EN COLOMBIA: UNA VISIÓN A PARTIR DEL TEMA DEL MUNDO DEL TRABAJO</b>	
<i>Luz Dary Naranjo Colorado &amp; Emilce Garzón Peña .....</i>	<b>65</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>DERECHO SINDICAL Y COLECTIVO</b>	

## **EL CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO. UNA APROXIMACIÓN A SU DEFINICIÓN JURÍDICA**

*Luis Francisco Ramos Alfonso* ..... 77

## **NEGOCIACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO**

*Ana Rocío Niño Pérez* ..... 85

## **CAPÍTULO III**

### **PROCESAL LABORAL**

## **ORALIDAD LABORAL: METODOLOGÍA PROCEDIMENTAL**

*Luis Gabriel Moreno Lovera* ..... 103

## **FACTICIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL**

*Carlos Arturo Hernández Díaz & Andrés José Muñoz Cadavid* ..... 125

## **CAPÍTULO IV**

### **LABORAL ADMINISTRATIVO**

## **ÁMBITO JURÍDICO QUE OCUPA LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA RELACIÓN LABORAL**

*Diego Emiro Escobar & Eleazar Falla López* ..... 141

## **RESTRICCIONES QUE PROHÍBEN LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA DESEMPEÑAR UNA FUNCIÓN PÚBLICA**

*Carlos Eduardo Amaya Perdomo* ..... 173

## CAPÍTULO V

### CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

#### CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN COMO TRABAJO REMUNERADO EN COLOMBIA: ANÁLISIS Y PERSPECTIVA DEL DESARROLLO DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS TRABAJADORAS Y TRABAJADORES SEXUALES

*Luis Alberto Torres Tarazona, Natali Niño Patiño & Paula Andrea Velandia* ..... 193

### CONSTITUCIÓN Y REGRESIÓN LABORAL

*Ilvar Nelson Arévalo Perico* ..... 213

#### EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LA JUSTICIA LABORAL CON BASE EN LAS CONVENCIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: CAMINOS PARA LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

*Jânia María Lopes Saldanha & Lucas Pacheco Vieira* ..... 229

#### LES REFORMES DES SYSTEMES DE PROTECTION SOCIALE AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE: UN MODELE DE PROTECTION UNIQUE

*Angélica Natalia Guerrero Matallana* ..... 249

## CAPÍTULO VI

### TEMAS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

#### EL ESTRÉS EN EL GREMIO DE LOS TAXISTAS EN BOGOTÁ, UNA APROXIMACIÓN PELIGROSA AL BURNOUT

*Roxana Cely Soler* ..... 271

**EL CONTRATO LABORAL DEL SECTOR RURAL EN  
EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER**

*Jenny Patricia Arias Giraldo* ..... 287

**LA DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL  
TRABAJO EN COLOMBIA**

*Julio Armando Rodríguez Ortega* ..... 301

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA  
DECLARATORIA DE NULIDAD DE LA RENUNCIA  
PRESIONADA, EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA  
LABORAL**

*Jeimy Alexandra Barrera Camero, Efraín Andrés Torres  
Ocampo & Camilo Andrés Quintero Vitola* ..... 315

**EL CONTRATO REALIDAD FRENTE A LOS  
CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

*Kelly Sofía Gastelbondo Chaljub* ..... 333

**JÓVENES SIN TRABAJO, DEMOCRACIA DE PAPEL.  
EXCURSUS LEGALES SOBRE EL TRABAJO PARA  
JÓVENES EN COLOMBIA**

*Oscar Andrés López Cortés* ..... 347

**GOBERNABILIDAD CONSTITUCIONAL  
DEMOCRÁTICA EN COLOMBIA -UNA  
APROXIMACIÓN-**

*Jorge Ricardo Palomares García* ..... 363

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** ..... 389



## PRESENTACIÓN

Me honra la universidad al pedirme presentar esta obra “Consideraciones de la Especialidad Laboral y de la Seguridad Social III”, referida a temas acerca de la importancia de nuestra disciplina que, en la hora de ahora fortalece y apoya la investigación en derecho social, la praxis, la academia en sí, y en general contribuye a la divulgación del derecho laboral y de la seguridad social.

En esa perspectiva, los distintos autores que componen esta obra despliegan, con sumo oficio, una visión oportuna y actualizada acerca de las diferentes especialidades de esta área, permitiéndonos, como lo anoté, por amable sugerencia del coordinador académico y desde luego, con la venia de quienes con sus luces hacen de este libro un aporte de la Universidad Libre y a la comunidad iuslaboralista en general, traer una aproximación acerca de la importancia del derecho laboral en nuestra sociedad.

En este orden de ideas, desde los umbrales de la llamada *revolución industrial*, el derecho del trabajo ha contemplado distintas facetas o matices, pero siempre ha mantenido un elemento común como lo es el aprovechamiento del esfuerzo individual por parte de quien detenta el capital, aspecto generador de las diferencias entre estos dos extremos, lo cual, a lo largo de la historia, ha dado lugar al nacimiento de distintas normas nacionales e internacionales, encaminadas a buscar protección y beneficios a la parte débil de la relación, ofreciendo ventajas consagradas en los distintos códigos de la materia, en orden a suavizar la desigualdad natural, y que hoy descansan no sólo en la ley interna, como derecho fundamental garantizado por el Estado, así como sus principios, sino también en instrumentos internacionales, tales como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros, encontrando eco en lo que Juan Pablo II en su encíclica “*Laborem excersen*” denominó “*el trabajo humano es quizá la clave esencial de toda la cuestión social*”, puesto que creemos que el derecho al lado del trabajo debe humanizarse, o seguir humanizándose, si ya está humanizado.

Paralelamente a ello, surgen movimientos de solidaridad en el área del trabajo, la dignidad en el trabajo humano, entre otros factores, que llevan al nacimiento de las organizaciones sindicales, esto es, a hacer efectivo el derecho a asociarse.

Breve sinopsis anterior, para abordar cómo nuestra disciplina resulta factor de importancia y convivencia en la construcción de una paz estable y duradera-derivada de los acuerdos de La Habana- en tiempos de pos-acuerdo, en tanto y en cuanto, sociedad y Estado cumplan efectivamente lo acordado, y no como ocurre

ahora, en donde ni con sentencias judiciales reiteradas se acogen al cometido de un Estado Social de Derecho, desactivando así los conflictos laborales propios de la desigualdad vivida entre los extremos de la relación, a pesar de existir reglas sustantivas en nuestra legislación, así como instrumentos internacionales y de negociación colectiva, las cuales, debe respetarse integralmente, además del diálogo social, contribuirían eficazmente en la búsqueda de una paz, ojalá no esquivada.

Ahora, para significar la importancia del derecho del trabajo y la seguridad social en el pos-acuerdo, sirva de reflexión la temática recreada por los autores de esta obra, citando, sólo por estrictas razones de espacio, los siguientes puntos:

- a. La aplicación de las normas laborales en el sector rural: aspecto donde hay que prestar la mayor atención en lo consignado en los acuerdos de La Habana, dada la desprotección y la deslaboralización padecidas por dicho segmento de la población en Colombia, germen de innumerables conflictos, desplazamiento y violencia, y que en el presente libro se vivencia con la investigación *El contrato laboral del sector rural en el departamento de Santander*, de la abogada Jenny Patricia Arias Giraldo.
- b. El tema del llamado trabajo decente: en contraposición a la precarización, discriminación, etc., aspectos abordados en la presente obra por las abogadas Luz Dary Naranjo C. y Emilce Garzón P., en su investigación denominada *De las concesiones a las zonas francas en Colombia: una visión a partir del mundo del trabajo*.
- c. Incapacidad de la justicia laboral para solucionar oportunamente el conflicto individual, presencia del inspector del trabajo, Ley 1610 de 2013: no son precisamente los jueces de esta materia, como podría creerse por el común, los que adormecen la solución; es la ausencia del Estado, generador del propio conflicto, bien por la ilegalidad laboral, también propia de los particulares, como por la desatención en la función de implementar un número de funcionarios judiciales acorde con la demanda, no siendo justamente la “*novedad*” de la oralidad, tal como se diseñó en segunda instancia laboral, la panacea en orden a la solución oportuna del conflicto: art. 48 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, ya que otras son sus características, menos descongestionar, como bien se ha percibido por los distintos operadores judiciales; oralidad que, entre otras cosas, contraviene lo acordado por el Gobierno en el Tratado de Libre Comercio (TLC), suscrito con los Estados Unidos, siendo la morosidad germen de violencia, justicia privada e ilegalidad en el trabajo; se añora una institucionalidad real y eficaz para una paz estable y duradera.

El magistrado del Tribunal de Cali, Dr. Moreno Lovera, aborda el tema *Oralidad laboral: metodología procedimental*, y los profesores Diego Emiro Escobar y Eleazar Falla, disertan sobre el Ámbito jurídico que ocupa la Inspección del Trabajo como manifestación de la intervención del Estado en la relación laboral. Ellos se ocupan de analizar el papel de la oralidad en la jurisdicción ordinaria, así como el del inspector del trabajo, respectivamente.

- d. Desconocimiento de los logros entronizados en la Constitución de 1991 en punto al derecho social: es palpable la poca aplicación en la realidad de los postulados y los principios acuñados por el constituyente de 1991 en temas laborales, en otros casos limitando su aplicación o atando su viabilidad a razones de sostenibilidad fiscal.

Aquí, lamento la entronización del Acto legislativo No. 03 de 2011, art. 1 –criterio de sostenibilidad fiscal– a pesar de la Sentencia C-288 de 2012 sobre el tema. Afortunadamente rescato, y se reitera en ese fallo la independencia y autonomía del juez, en orden a su desarrollo, y ahora en la Ley 1695 de 2013. Y digo que ese criterio de sostenibilidad fiscal puede conducir a eclipsar soterradamente la protección de los derechos fundamentales en un país como Colombia, país que, con el advenimiento de la acción de tutela, logró acercar al ciudadano al concepto de justicia material y concreta, al poder acceder, de manera ágil, ante el aparato jurisdiccional del Estado, en orden a la protección eficaz y no formal de su derecho, siendo ése uno de los fines esenciales del Estado social de derecho, contrario a lo ahora inserto en el canon constitucional, en cuanto dicho Estado, sólo es viable si se garantiza su sostenibilidad fiscal. Elevar ese criterio a rango constitucional, a pesar del párrafo incorporado al art. 334 superior, también limita, de cierta forma, la independencia del poder judicial, pues no podrán los jueces ser partícipes del Estado Social del Derecho, al castrarles la oportunidad u opción de hacer respetar materialmente esos derechos fundamentales, que constituyen el escenario de la Constitución Política de 1991.

Afortunadamente serán las cortes, con criterio ponderado y de manera potestativa, las únicas facultadas para modular, modificar o diferir los efectos de las sentencias de tutela; de allí, recabo, la importancia del juez en este Estado Social de Derecho, parlante y actor activo de esa anhelada paz integral.

El profesor Ilvar Nelson Arévalo P., explica en su ensayo *Constitución y regresión laboral*, cómo sectores interesados actúan en contravía de los principios y derechos consagrados en la Constitución de 1991, siendo ello semillero de la insolidaridad e informalidad laboral,

haciendo que la fe en los valores superiores y en las instituciones se evapore, y por supuesto –agrego– se dé un alejamiento al bien supremo de la paz.

De otro lado, interpretaciones judiciales alejadas del carácter tuitivo del derecho laboral, como lo propone el juez laboral, Dr. Leonardo Corredor, o cómo se desvanece – en ocasiones – el régimen de carrera administrativa con la puesta en marcha de contratos de prestación de servicios con carácter permanente en la función pública, en contravía precisamente de los postulados de un Estado Social de Derecho, garante de la excelencia, eficiencia en el servicio público, además de la igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso por méritos, como lo sostiene el abogado Unilibrista, Dr. Carlos Eduardo Amaya Perdomo, o la deslaborización por estas prácticas, señaladas por nuestra egresada de especialización, Dra. Nelly Sofía Gastelbondo, secretaria del Juzgado de Descongestión en Montería, constituyen a no dudarlo, elementos de juicio para no desconocer los postulados del constituyente de 1991.

- e. El conflicto colectivo de trabajo, la negociación y su solución: Su crisis es reconocida por el Gobierno, tanto que el Ministerio de Trabajo está buscando recoger nuevos elementos de juicio con todos los actores involucrados, en orden a establecer nuevas regulaciones y marcos para que la negociación colectiva sea de veras eficaz; del mismo modo se avizora la expedición de un decreto en punto a que el trámite desarrollado por los tribunales de arbitramento, conduzca a una solución del conflicto colectivo en el menor tiempo posible, aspectos estos que podrían poner a tono éste álgido tema para la paz social.

Sobre este punto, el profesor Luis Francisco Ramos busca llegar a una definición jurídica del conflicto colectivo, mientras que la profesora Ana Rocío Niño nos traen su visión acerca de la negociación y solución de controversias con los empleados públicos, consideraciones que, por su trascendencia, bien podrían presentarse como parte del diálogo social, ante el Ministerio de Trabajo, precisamente en momentos que se ha abierto el escenario para la discusión de estos tópicos, a pesar de señalarse recientemente por el Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Segunda, de septiembre de 2015, el derecho de los empleados públicos a la negociación de sus condiciones laborales, pero pesando una severa limitación, esto es, no es plena (Radicado No. 05922013 del 17 de septiembre de 2015).

- f. Ventana al exterior: Bien vale examinar lo que ocurre en otras latitudes para contrastar con la realidad colombiana, así, nuestra egresada Dra.

Angélica Natalia Guerrero M., presenta un estudio acerca de *Las reformas de los sistemas de protección social dentro de la Unión Europea ¿Un modelo de protección único?* Aspecto que en época de globalización del trabajo permite mirar cómo reglas comunes de protección social pueden implementarse, si bien la tendencia es acoger acuerdos bilaterales y no a una armonización total, una visión a ese contexto puede servir de espejo al futuro inmediato de nuestra realidad.

En suma, conviene abrir el espacio para indagar si Colombia está preparada para incluir, en su agenda las exigencias de la construcción de un Estado Social de Derecho, reformas de alto calado sobre temas de derecho laboral y en seguridad social, desarrollando el Estatuto del Trabajo y atendiendo las expectativas de reincorporación, e ingreso de compatriotas, que no sólo provengan del conflicto, sino de la ilegalidad e informalidad laboral. Acaso una “*deconstrucción del derecho del trabajo en Colombia*”, como la plantea el profesor Julio Armando Rodríguez Ortega, sirve para afrontar los retos del siglo XXI, esto es, flexibilidad para la empresa y seguridad para el trabajador.

Estoy cierto de que las líneas que ustedes empezarán a leer, servirán de meditación a los propósitos de un derecho laboral acorde a las nuevas realidades que se avecinan para nuestra patria. Por ello, el libro que me correspondió presentar obedece a objetos de investigación que nacen al interior del aula, que permean a la sociedad, que a la vez constituyen los ejes problémicos, en tanto que la realidad es la que alimenta este derecho cambiante, nuevo, social, constitucional, repleto de dignidad humana, como lo es el derecho laboral y la seguridad social.

Por tanto, no me queda sino decir a los lectores, que en sus páginas encontrarán reflexiones, indagaciones e investigaciones, las cuales tienen en común el análisis desde el fórum Unilibrista, en sus disciplinas laborales y de la seguridad social.

***Diego Roberto Montoya Millán***

*Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá*



**CAPÍTULO I**  
**INDIVIDUAL**





# ESTABILIDAD EN EL EMPLEO – ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN JURÍDICO VENEZOLANO

César Augusto Carballo Mena\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Quien se obliga a prestar servicios bajo dependencia de otro, admitiendo así una severa restricción de sus libertades personales, lo hace fundamentalmente por el imperativo de obtener los medios económicos que le permitan satisfacer sus necesidades vitales.

El referido *carácter productivo* del trabajo dependiente no podía pasar desapercibido en el ámbito de un ordenamiento jurídico destinado a propiciar la igualdad material entre los sujetos de la relación de trabajo: si ésta constituye para el trabajador la fuente básica, cuando no única, de medios destinados a la satisfacción de sus necesidades vitales, además de constituirse en vehículo de integración social y familiar, resultará ineludible que el derecho del trabajo propicie su preservación y, sobre todo, proscriba la posibilidad de su extinción por voluntad unilateral y arbitraria del patrono. (Olea, 1985, p. 27)

Así, el conjunto de reglas jurídicas destinadas a propiciar la preservación del vínculo laboral, en particular frente a la voluntad arbitraria del patrono, configuran el régimen de estabilidad en el empleo, el cual se desgaja del más amplio derecho al trabajo.

## 2. DERECHO AL TRABAJO

El constitucionalismo del siglo XIX concibió al *trabajo* como una libertad individual, no necesariamente vinculada con los presupuestos de dependencia y ajenidad, sino con las libertades de industria y comercio. (Mantero, 1996)

Esta circunstancia sufre un vuelco a partir del primer tercio del siglo XX cuando, bajo la orientación del Estado Social de Derecho, se consagra el *derecho al trabajo* como “título jurídico que a todo hombre<sup>1</sup> se reconoce, de hallar una

---

\* Jefe del Departamento de Derecho Social de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela); profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho; profesor de posgrados y doctrinante.

<sup>1</sup> El término hombre se utiliza, en el contexto de la cita, en su acepción más amplia, es decir, como sinónimo de ser humano o ser animado racional. Ver: Real Academia Española (2006): Diccionario Esencial de la Lengua Española. Espasa Calpe, Madrid, p. 785.

ocupación para asegurar la subsistencia propia y la de su familia” (Caldera, 1960, p. 209). El constitucionalismo latinoamericano da cuenta de ello:

### 2.1. ARGENTINA (1994)

*Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...*

*Artículo 75.- Corresponde al Congreso: [...] 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...*

### 2.2. BOLIVIA (2009)

*Artículo 46.I.- Toda persona tiene derecho: (1) Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna.; (2) A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias...*

*Artículo 54.I.- Es obligación del Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa.*

### 2.3. BRASIL (1988)

*Artículo 6.- Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, el descanso...*

*Artículo 170.- El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos, una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: (8) Búsqueda del pleno empleo...*

### 2.4. CHILE (1980)

*Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: [...]*

*16°. La libertad de trabajo y su protección: Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución...*

### 2.5. COLOMBIA (1991)

*Artículo 25.- El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.*

*Artículo 54.- Es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.*

## **2.6. COSTA RICA (1999)**

*Artículo 56.- El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.*

## **2.7. CUBA (1976)**

*Artículo 45°. El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano.*

*El trabajo es remunerado conforme a su calidad y cantidad; al proporcionarlo se atienden las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador y su aptitud y calificación; lo garantiza el sistema económico socialista, que propicia el desarrollo económico y social, sin crisis, y que con ello ha eliminado el desempleo y borrado para siempre el paro estacional llamado “tiempo muerto”.*

*Se reconoce el trabajo voluntario, no remunerado, realizado en beneficio de toda la sociedad, en las actividades industriales, agrícolas, técnicas, artísticas y de servicio, como formador de la conciencia comunista de nuestro pueblo.*

*Cada trabajador está en el deber de cumplir cabalmente las tareas que le corresponden en su empleo.*

## **2.8. ECUADOR (2008)**

*Artículo 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas, y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.*

*Artículo 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.*

*Artículo 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:*

*El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo...*

## **2.9. EL SALVADOR (1982)**

*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.*

*Artículo 37.- El trabajo es una función social, goza de la protección del Estado, y no se considera artículo de comercio.*

*El Estado empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, y para asegurar a él y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna. De igual forma, promoverá el trabajo y empleo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas, mentales o sociales.*

## **2.10. GUATEMALA (1993)**

*Artículo 101.- Derecho al trabajo: El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social.*

*Artículo 102.- Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo: Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades: (a) Derecho a la libre elección de trabajo y a condiciones económicas satisfactorias que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna.*

## **2.11. HONDURAS (1982)**

*Artículo 127.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.*

## **2.12. MÉXICO (1917)**

*Artículo 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.*

## **2.13. NICARAGUA (2003)**

*Artículo 80.- Trabajo como derecho y responsabilidad: El trabajo es un derecho y una responsabilidad social.*

*El trabajo de los nicaragüenses es el medio fundamental para satisfacer las necesidades de la sociedad, de las personas, y es fuente de riqueza y prosperidad de la nación. El Estado procurará la ocupación plena y productiva de todos los nicaragüenses, en condiciones que garanticen los derechos fundamentales de la persona.*

#### **2.14. PANAMÁ (1972)**

*Artículo 60.- El trabajo es un derecho y un deber del individuo, y por lo tanto es una obligación del Estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa.*

#### **2.15. PARAGUAY (1992)**

*Artículo 86.- Del derecho al trabajo: Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas.*

*Artículo 87.- Del pleno empleo: El Estado promoverá políticas que tiendan al pleno empleo y a la formación profesional de recursos humanos, dando preferencia al trabajo nacional.*

#### **2.16. PERÚ (1993)**

*Artículo 2.- Toda persona tiene su derecho: (15) A trabajar libremente, con sujeción a ley.*

*Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.*

#### **2.17. REPÚBLICA DOMINICANA (2010)**

*Artículo 62.- Derecho al trabajo: El trabajo es un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado. Es finalidad esencial del Estado fomentar el empleo digno y remunerado.*

#### **2.18. VENEZUELA<sup>2</sup> (1999)**

*Artículo 87.- Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia*

---

<sup>2</sup> Adicionalmente, el *derecho al trabajo* aparece también consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna venezolana, lo cual enfatiza su trascendencia en el ámbito del pacto político-social que este instrumento normativo entraña, y es reiterado respecto de ciertas categorías tradicionalmente preteridas en su ejercicio, como es el caso de *jóvenes* (artículos 79), *ancianos* (artículo 80) y *minusválidos* (artículo 81).

*digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo.*

### 3. DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO HUMANO

Por otra parte, el *derecho al trabajo* merece el estatus de *derecho humano*, tal como se desprende de su consagración en múltiples instrumentos normativos internacionales de esta especie (vía consensual de reconocimiento<sup>3</sup>):

- a. Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) o Carta de Bogotá (artículos 34.g y 45.b), adoptada el 30 de abril de 1948.
- b. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 14), adoptada en abril de 1948.
- c. Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (artículo 3), adoptada en abril de 1948.
- d. Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 23.1), adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU).
- e. Carta Social Europea (artículo 1), adoptada el 18 de octubre de 1961, derecho al trabajo, que habrá de satisfacerse mediante la persecución del pleno empleo, el respeto a la libre elección del trabajo u ocupación, el mantenimiento de servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores, y la garantía de una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas (1°).
- f. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6), adoptado por la ONU en el mes de diciembre de 1966.
- g. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Protocolo de San Salvador (artículo 6), adoptado por la OEA el 17 de noviembre de 1988.
- h. Declaración Sociolaboral del Mercado Común del Sur (artículo 14), adoptada el 10 de diciembre de 1998.

En términos generales, el derecho del trabajo impone al Estado la adopción de medidas adecuadas para propiciar la generación y preservación de puestos de trabajo, bajo régimen de autonomía o subordinación, que garanticen *una existencia digna y decorosa al prestador de servicios*.

<sup>3</sup> *Cabría advertir una triple vía de reconocimiento de los derechos humanos, desde la óptica de un particular ordenamiento jurídico: ontológica (atendiendo a su inmanencia al ser humano), consensual (por virtud de su consagración en tratados internacionales sobre derechos humanos), y constitutiva (por expresa calificación normativa o jurisprudencial).*

Como se observa, el derecho al trabajo exhibe un contenido complejo cuya materialización comporta múltiples deberes en cabeza del Estado, que habrán de conjugarse y ponderarse entre sí: generación de puestos de trabajo, estables y productivos, que tiendan a garantizar el pleno empleo; garantía de adecuados niveles de información, formación y readaptación profesionales; respeto a la libertad de elección del trabajo u ocupación; implementación y funcionamiento de un apropiado sistema de intermediación laboral; régimen eficaz de estabilidad en el empleo; contrataciones preferentes en atención a las cargas familiares del demandante de empleo o por virtud de rasgos que pudieren marginarlo del mercado de trabajo (personas con discapacidad, jóvenes sin experiencia laboral, adultos mayores, minorías étnicas, etcétera); adecuados niveles de protección contra la cesantía y el desempleo; valoración del empleo como bien jurídico susceptible de tutelarse mediante la autonomía colectiva de la voluntad; etcétera.

De lo expuesto se extrae que, en su plano individual, el núcleo esencial del *derecho al trabajo* entraña, por lo menos, un régimen de estabilidad en el empleo que proscriba el despido libre o *ad nutum*<sup>4</sup>.

#### 4. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y DERECHO DEL TRABAJO

La estabilidad en el empleo se erige en condición de eficacia del propio derecho del trabajo: “*sin aquella resultará imposible garantizar al trabajador la igualdad, integridad, dignidad y libertad que dicha disciplina jurídica impulsa en el plano de las relaciones de trabajo*” (Uriarte, 2011)

En palabras de Mario De la Cueva (1999):

La estabilidad en el trabajo es la certeza del presente y del futuro [...] Son muchas y muy hermosas las consecuencias que emanan de la estabilidad en el trabajo y hacen de ella uno de los principios sin los cuales no podría construirse el derecho del trabajo nuevo: la certeza del presente y del futuro dignifica al trabajador, porque aquel que sabe que su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro [...] actuará en aplicación de su conciencia ética y con el interés de su familia. A la idea de *dignidad* [...] se añade la idea de la *libertad del hombre frente al hombre*, otro de los principios claves de la justicia social, porque la certeza del presente y del futuro otorga al trabajador la fuerza y el valor de defender sus derechos [...] Y si se mira hasta el fondo de las ideas para encontrar su efecto último, se verá que ahí está la idea de la *igualdad*, porque quien defiende su derecho con dignidad y libertad, es el igual del otro. (p. 219 y 220).

---

<sup>4</sup> En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante Sentencia N° 1952 de 15 de diciembre de 2011, sostuvo que la estabilidad en el empleo opera como una garantía de eficacia del derecho fundamental al trabajo.

Por lo expuesto, el derecho del trabajo ha de propiciar la preservación del vínculo laboral mediante la represión del despido libre o *ad nutum*, que constituye la estabilidad en el empleo propiamente dicha o *stricto sensu*, y otro conjunto de medidas adecuadas a la satisfacción del referido objetivo, entre las que destacan la *preferencia por la duración indeterminada del vínculo laboral*, es decir, la *excepcionalidad de las contrataciones temporales o restringidas a una obra determinada*, la procedencia de *novaciones* tanto subjetivas como objetivas, sin extinción del vínculo jurídico, y la admisión de prolongadas *circunstancias suspensivas*.

Desde la perspectiva expuesta, la estabilidad en el empleo rebasa las consideraciones patrimoniales que el derecho común destina a la resolución contractual, para alcanzar el estatus de *premisa* de la tuición que el derecho del trabajo ofrece a la persona que presta servicios bajo dependencia de otro y con el ánimo de obtener medios de subsistencia.

#### **4.1. Aproximación al régimen de la Organización Internacional del Trabajo: Convenio 158 y Recomendación 166**

La estabilidad en el empleo admite una gama de intensidades y mecanismos adjetivos de prevención, reparación y sanción.

Con el objeto de sortear la babélica terminología que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos, luce apropiado abordar el análisis, aunque fuese somero, del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (C158) sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), y de su Recomendación 166 (R166), del mismo año; siendo que ambos instrumentos, en tanto concebidos para alcanzar eficacia universal, desarrollan los contenidos esenciales de la estabilidad en el empleo, al margen de las peculiaridades de cada sistema normativo.

El C158, que tuvo como antecedente la Recomendación 119 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1963, apenas ha merecido a la fecha treinta y cinco (35) ratificaciones, tres (3) de las cuales corresponden al ámbito iberoamericano<sup>5</sup>: España (1985), Portugal (1995) y Venezuela (1985).

La complejidad que entraña la efectiva garantía de la estabilidad en el empleo y las resistencias que provocan las restricciones de los poderes patronales de extinción del vínculo laboral, quedaron evidenciados en el informe que la *Comisión Cartier*, constituida por el Consejo de Administración de la OIT, emitió en el año 2002. Dicha Comisión analizó los convenios y recomendaciones adoptados por la OIT, con el objeto de elaborar una política de revisión de normas, siendo que solo resultó imposible alcanzar un consenso en el caso de dos (2) instrumentos internacionales: C158 y R166.

Los aspectos esenciales de los referidos instrumentos normativos, resultan susceptibles de resumirse así:

---

<sup>5</sup> Ratificado por Brasil el 5 de enero de 1995, y denunciado el 20 de noviembre de 1996.



- a. Limitan severamente el poder patronal de extinción unilateral del vínculo laboral, toda vez que prevén: la **causalidad** del despido, el derecho del trabajador a la *legítima defensa* respecto de la conducta o rendimiento que pretenda justificar la extinción de la relación de trabajo, la *notificación formal* de la medida extintiva (con observancia de un plazo razonable de *preaviso*), y la opción de *recurrir contra la medida extintiva* ante la autoridad competente.
- b. Si el despido se declarase *injustificado*, procederá la *nulidad del acto extintivo* y la *readmisión* del trabajador en su puesto de trabajo, salvo que ello no fuese posible según la legislación y práctica nacionales, decantándose entonces por el pago de una *indemnización adecuada u otra reparación apropiada*.
- c. En todo caso de terminación de la relación de trabajo, el trabajador tendrá derecho a percibir indemnizaciones o prestaciones a cargo del empleador, del sistema de seguridad social, o de ambos; y
- d. Si el despido se pretendiere justificar por *necesidades de funcionamiento de la empresa*, el empleador deberá, previamente, consultarlo con los representantes de los trabajadores concernidos, y notificarlo ante la autoridad competente.

Una más detallada descripción del régimen de estabilidad previsto en el C158 y la R166, se ofrece a continuación, enfatizando lo concerniente a su ámbito personal de aplicación, la imperativa causalidad del despido, el derecho del trabajador concernido a la legítima defensa, la opción recursiva contra la terminación del vínculo laboral, y la terminación de la relación de trabajo por necesidades de funcionamiento de la empresa.

#### 4.1.1. Ámbito personal de aplicación

Se reconoce la estabilidad en el empleo a todos los trabajadores, cualquiera fuere su actividad económica. No obstante, se admite la eventual exclusión de ciertas categorías de trabajadores (artículo 2.2 C158 y párrafo 2.2 R166):

- a. *Trabajadores contratados por tiempo determinado o para una determinada tarea.*
- b. *Trabajadores sometidos a periodo de prueba o que no tengan el tiempo de servicio exigido, siempre que en ambos casos la duración se haya establecido previamente y resulte razonable; y*
- c. *Trabajadores contratados con carácter ocasional durante un periodo de cierta duración.*

Adicionalmente, podrán excluirse de su ámbito personal de aplicación otras categorías de trabajadores, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, considerando que gozan de un régimen especial

que en su conjunto brindan una protección, por lo menos equivalente a la que prevén los instrumentos internacionales (artículo 2.4 C158 y párrafo 2.3 R166), o cuando su aplicación entrañe relevantes problemas por virtud de las condiciones particulares de empleo de los trabajadores o las características de la empresa donde prestan servicios (artículo 2.5 C158 y párrafo 2.4 R166).

Se prevé la represión de la contratación temporal fraudulenta, es decir, aquella que pretenda fungir como mecanismo de evasión de la estabilidad en el empleo (artículo 2.2 C158 y párrafo 3.1. R166). A estos fines, se ofrece un cúmulo de medidas estimadas idóneas (párrafo 3.2 R166):

- a. *Restringir los supuestos de procedencia según la índole del trabajo a ejecutar; las condiciones en que deba realizarse, o el interés del trabajador.*
- b. *Salvo en los casos antes mencionados, considerar los contratos de trabajo de duración determinada como contratos de trabajo de duración indeterminada.*
- c. *Considerar que la renovación del contrato de duración determinada, una o varias veces, entrañaría su carácter temporalmente indeterminado.*

#### **4.1.2. Causalidad del despido**

Se proscribe el despido *arbitrario* o *ad nutum*, toda vez que la extinción del vínculo jurídico laboral por iniciativa del empleador, solo ha de proceder por circunstancias vinculadas con la *conducta* del trabajador (rescisión), su *capacidad*, o las *necesidades de funcionamiento de la empresa* (artículo 4 C158); y se desechan expresamente como causales justificadas de despido, las siguientes:

- a. *Afiliarse a un sindicato o participar en actividades sindicales (artículo 5.a C158).*
- b. *Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado con tal carácter (artículo 5.b C158).*
- c. *Presentar quejas o participar en procedimientos entablados contra el empleador; o recurrir ante las autoridades administrativas competentes (artículo 5.c C158).*
- d. *La raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional, o el origen social (artículo 5.d C158).*
- e. *La ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad (artículo 5.e C158).*
- f. *La ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión (artículo 6 C158).*

- g. *La edad, sin perjuicio de las prácticas nacionales respecto de la jubilación (párrafo 5.a R166).*
- h. *La ausencia del trabajo por servicio militar obligatorio u obligaciones cívicas (párrafo 5.b R166).*

#### **4.1.3. Derecho del trabajador a la legítima defensa**

No deberá darse por terminada la relación de trabajo por motivos relacionados con la conducta o rendimiento del trabajador, antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse<sup>6</sup> (artículo 6 C158), incluyendo la opción de contar con la asistencia de otra persona (párrafo 9 R166).

No debería darse por terminada la relación de trabajo por:

- a. *Una falta cuya índole, según la legislación o práctica nacional, solo lo justificaría en caso de reincidencia una o varias veces, a menos que el empleador haya prevenido por escrito al trabajador de manera apropiada (párrafo 7 R166); y*
- b. *Desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador haya dado las instrucciones apropiadas y le hubiere advertido por escrito al trabajador, sin que este mejore su desempeño luego de transcurrido un lapso razonable (párrafo 8 R166).*

*Operará la condonación de la falta imputada al trabajador, cuando el empleador no hubiese adoptado la medida de extinción del vínculo laboral dentro de un período de tiempo razonable desde que tuvo conocimiento de dicha falta (párrafo 10 R166).*

*El despido deberá ser notificado al trabajador por escrito (párrafo 12 R166), quien podrá exigir al empleador la constancia escrita del motivo o motivos de la medida (párrafo 13.1 R166).*

*El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización,*

---

<sup>6</sup> En relación con el derecho del trabajador a la defensa, frente a los hechos que le fuesen imputados como causal de despido, cabe señalar algunos ejemplos: 1) La Ley de Fomento del Empleo (Perú, 1995) prevé el derecho del trabajador de contar con, por lo menos, seis (6) días previos al despido para defenderse de los hechos imputados (artículo 64); y 2) La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia N° 299-98, de 17 de junio de 1998, en relación con el despido por violencia, injuria o malos tratamientos, fuera del servicio, contra el empleador, sus familiares o representantes, sostuvo: “La terminación del contrato de trabajo debe ser una resolución justa, razonable y proporcionada con la conducta asumida por el trabajador”. [...] “los hechos que dan lugar a la configuración de la causal [...] deben ser analizados por el empleador en forma, razonable, objetiva e imparcial y estar plenamente demostrados para evitar decisiones injustificadas que pueden perjudicar al trabajador”.

*salvo que la gravedad de la falta cometida haga irrazonable su permanencia en la empresa (artículo 11 C158 y párrafo 16 R166). Durante el tiempo de preaviso el trabajador deberá tener derecho a periodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de la remuneración y sin afectación del proceso productivo, con el fin de buscar otro empleo (párrafo 16 R166).*

*En caso de terminación de la relación de trabajo, el trabajador tendrá derecho a percibir indemnizaciones o prestaciones a cargo del empleador, del sistema de seguridad social, o de ambos (artículo 12 C158 y párrafo 18 R166).*

#### **4.1.4. Recurso contra la terminación del vínculo laboral**

*Derecho del trabajador a acudir, en lapso razonable, ante las autoridades competentes (judicial o arbitral, por ejemplo) para obtener pronunciamiento acerca de la justificación del despido (artículo 8 C158).*

*Podría preverse un procedimiento conciliatorio antes de interponer el recurso contra la terminación de la relación de trabajo o durante el mismo (párrafo 14 R166). Corresponderá al empleador la carga de probar la existencia de la causa justificada para la terminación del vínculo laboral (artículo 9.2.a C158); y*

*Si se declara que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada, procederá la nulidad del acto extintivo y la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, salvo que ello no fuere posible según la legislación y práctica nacionales, pudiendo optarse por el pago de una indemnización adecuada u otra reparación apropiada (artículo 10 C158).*

#### **4.1.5. Terminación de la relación de trabajo por necesidades de funcionamiento de la empresa**

En el supuesto de que sea prevista la terminación de relaciones de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, el empleador deberá, previamente, consultarlo con los representantes de los trabajadores concernidos (artículo 13 C158 y párrafo 20 R166) y notificarlo ante la autoridad competente (artículo 14 C158 y párrafo 19.2 R166); y deberán adoptarse medidas para:

- a. *Limitar al máximo la terminación de relaciones laborales por necesidades de funcionamiento de la empresa (párrafos 21 y 22 R166).*
- b. *Fijar previamente criterios objetivos para la selección de los trabajadores afectados por la medida de terminación de su relación laboral (párrafo 23 R166).*
- c. *Garantizar a los trabajadores afectados la prioridad para ser readmitidos en caso de futuras contrataciones (párrafo 24 R166); y*

- d. *Facilitar la pronta colocación de los trabajadores afectados en otros empleos apropiados, asegurándoles la formación o readiestramiento necesarios, y prestaciones dinerarias que atenúen los efectos perjudiciales de la terminación de la relación de trabajo (párrafos 25 y 26 R166).*

## 5. DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Puede intentarse un ejercicio de síntesis sobre las *diversas concepciones de la estabilidad* en el empleo, a través de la inserción de *un doble par de conceptos opuestos: libre despido, por contraposición a estabilidad en el empleo; y estabilidad relativa (impropia, aparente, imperfecta, o básica), por contraposición a estabilidad absoluta (propia, efectiva, perfecta, o reforzada).*

Las referidas concepciones suelen coexistir en un mismo ordenamiento jurídico, de modo tal que en este pueden identificarse, según las características esenciales que luego se ofrecerán, categorías de trabajadores amparadas por *estabilidad relativa* y por *estabilidad absoluta*, las cuales revestirán, según su extensión, el carácter de régimen *general o especial*, así como de trabajadores expuestos al *despido libre*.

Como fue advertido, el régimen de *libre despido* se contrapone a la *estabilidad en el empleo*: en el primer caso, teniendo como ejemplo paradigmático a los Estados Unidos de Norteamérica, el empleador goza:

De la libertad y absoluta discrecionalidad de despedir a los trabajadores, sin necesidad de establecer una razón para dicha terminación (Cataldo, 2003, p. 51). (...) No obstante, múltiples excepciones al principio enunciado, se han venido incorporando legal y jurisprudencialmente, referidas a los contratos de trabajo por tiempo determinado, los trabajadores beneficiarios de regímenes convencionales de estabilidad, y los despidos discriminatorios, antisindicales o atentatorios contra el orden público, la buena fe o el trato justo. (Cataldo, pp. 52-60)

Por contraposición, la *estabilidad en el empleo (stricto sensu)*, ampliamente difundida a nivel mundial, entraña la proscripción del despido libre o *ad nutum* y, por tanto, la imperativa justificación del despido, generalmente basada en la conducta o capacidad del trabajador, y/o en necesidades de funcionamiento de la empresa.

De otro lado, la *estabilidad en el empleo (stricto sensu)* admite diversas gradaciones o intensidades, en cuanto al modo de reparación de la lesión infligida, contraponiéndose así la *estabilidad relativa, impropia, aparente, imperfecta o básica, a la estabilidad absoluta, propia, efectiva, perfecta o reforzada.*

En el supuesto de la estabilidad relativa, su eventual infracción entrañaría el deber patronal de resarcir el daño causado mediante el pago de indemnizaciones u otras reparaciones adecuadas, o incluso la reinstalación del trabajador a su puesto

de trabajo, solo por iniciativa del empleador (en ningún caso por requerimiento del trabajador). En otras palabras, bajo el régimen analizado el despido *ad nutum* es susceptible de perfeccionamiento jurídico mediante el pago a la víctima de indemnizaciones o compensaciones adecuadas, mientras que la reinstalación en el puesto de trabajo constituye –si acaso– una opción patronal.

En este ámbito pueden preverse diversos matices en los ordenamientos jurídicos, que consagran un régimen general de *estabilidad relativa*, que en el caso iberoamericano abarca, de modo general, a todos los países con excepción de Cuba, México, Perú, Portugal y Venezuela:

- a. La justificación del despido puede depender solo de *circunstancias subjetivas (conducta o capacidad del trabajador)* o extenderse también a *circunstancias objetivas, tales como las necesidades de funcionamiento de la unidad productiva*.
- b. Puede preverse la calificación *ex ante* de la falta imputada al trabajador, como en el caso Ecuador donde se requiere el “visto bueno” de la autoridad administrativa competente, o en Panamá donde resulta opcional para el empleador; o la *calificación ex post* como es el caso de Argentina, Chile, Colombia, España y Uruguay.
- c. La competencia para pronunciarse en relación con la justificación de los despidos, puede atribuirse a órganos *judiciales* (Panamá), *administrativos* (Ecuador), o arbitrales.
- d. Las *indemnizaciones* por despido injustificado, pueden fijarse libremente con base en *la entidad del daño causado, o tarifarse de modo uniforme<sup>7</sup> o diverso según la cualidad de la víctima*, como es el caso del Uruguay respecto del despido de la trabajadora embarazada o del trabajador que hubiere sufrido enfermedad profesional o accidente de trabajo, y también de Paraguay, en relación con los trabajadores que ostentan una antigüedad superior a diez (10) años.
- e. La opción de requerir la reinstalación al puesto de trabajo o las indemnizaciones sustitutivas, puede reconocerse a la víctima del despido injustificado (Paraguay), o al empleador.

Por contraposición, la infracción del régimen de *estabilidad absoluta* supondría la *nulidad* de la medida extintiva del vínculo laboral y el consecuente deber patronal de reparar de modo perfecto el daño causado, es decir, restituir la situación jurídica infringida mediante la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo.

---

<sup>7</sup> La Corte Suprema de Justicia de Argentina (Sentencia del 14/9/2004) desaplicó el tope salarial fijado para el pago de indemnizaciones por despido injustificado, por ser irrazonable en el caso concreto (admitió la reducción máxima hasta el 33% del salario devengado).

En este ámbito pueden también presentarse diversos matices en los ordenamientos jurídicos que consagran la *estabilidad absoluta*:

- a. Puede ostentar carácter *general*, como en el caso de Cuba, México, Perú, Portugal y Venezuela, o *especial*, como en el resto de los países iberoamericanos, donde suelen primar razones de maternidad, actividad sindical y discapacidad.
- b. Puede revestir carácter *permanente o transitorio*.
- c. La justificación puede depender de *circunstancias subjetivas* (conducta o capacidad del trabajador), y/o *circunstancias objetivas* (necesidades de funcionamiento de la unidad productiva).
- d. Puede requerirse la calificación *ex ante* de la falta imputada al trabajador, como acontece en Argentina (fuero sindical, en el artículo 52 Ley 23.551 de 1988), Colombia, Costa Rica, Portugal (fuero maternal), y Venezuela (múltiples supuestos de inamovilidad); o la calificación *ex post*, como en el caso de Colombia (fuero sindical), Cuba (entidades laborales estatales, empresas y unidades dependientes de las organizaciones políticas, sociales y de masas), Uruguay y Costa Rica (fuero sindical) y Venezuela (régimen general de estabilidad).
- e. La autoridad competente para calificar o autorizar el despido, puede revestir carácter judicial (Argentina, Chile, Cuba, Guatemala, Panamá, Paraguay y República Dominicana); administrativo (Colombia, Costa Rica, Nicaragua o Venezuela), o arbitral.
- f. Pudiendo la víctima optar (Portugal, Costa Rica, Perú [despidos nulos] y Venezuela) o no, por indemnizaciones sustitutivas a la reinstalación, y
- g. Las indemnizaciones sustitutivas, si fuese el caso, pueden ser libres o tarifadas, estas últimos uniformes o diversas.

En síntesis, en Iberoamérica impera, como régimen general, la estabilidad relativa, impropia, imperfecta, aparente o básica, con calificación judicial *ex post facto*, donde el empleador puede liberarse de la obligación de reinstalación mediante el pago de indemnizaciones tarifadas. A su lado, existen supuestos *excepcionales* de estabilidad absoluta, es decir, restringida a determinados periodos y en tutela, básicamente, de la maternidad y la libertad sindical (en estos casos se suele exigir la justificación del despido y su previa calificación por parte de una autoridad judicial o administrativa). Finalmente, a la luz del principio de integridad y supremacía constitucional, se incorpora progresivamente la noción de despido nulo, por violación de derechos fundamentales.

Conviene en este estadio, precisar que la noción de despido nulo que se ha insertado en los sistemas jurídicos nacionales por previsión normativa (Artículos

89.4 y 93 de la Constitución República Bolivariana de Venezuela y Artículo 62 de la Ley de Fomento del Empleo), y/o desarrollo jurisprudencial (Argentina y Uruguay), y por cuya virtud carecerá de eficacia jurídica el acto extintivo de la relación de trabajo que entrañe la lesión de derechos fundamentales, procediendo la restitución de la situación jurídica infringida, es decir, la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo.

Como se observa, la institución antes descrita no se inserta en la lógica de los regímenes de estabilidad en el empleo, sino que, en puridad, responde a los principios de *supremacía e intangibilidad de los derechos fundamentales*. En otras palabras, el bien jurídico tutelado por la nulidad del despido, no es el empleo en sí, sino aquel derecho fundamental lesionado mediante el acto extintivo patronal.

Los ordenamientos jurídico-laborales que han incorporado la noción, suelen restringirla a los supuestos de despidos discriminatorios y de retaliación por quejas presentadas en contra del empleador.

## 6. RASGOS ESENCIALES DEL RÉGIMEN VENEZOLANO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Atendiendo a los criterios reflejados en los párrafos precedentes, cabe sostener que el Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras (DLOTTT), de 30 de abril de 2012 (Gaceta Oficial de la República N° 6.076 Extraordinario, del 7 de mayo de 2012), consagra un *régimen general de estabilidad absoluta*<sup>8</sup> reforzada en ciertos supuestos excepcionales para prevenir potenciales discriminaciones (*inamovilidad*), un régimen excepcional de *estabilidad relativa* en el supuesto de trabajadores del hogar (según criterio jurisprudencial), y casos marginales de *despido libre*<sup>9</sup> (trabajadores de dirección y aquellos con antigüedad inferior al mes).

<sup>8</sup> Por contraposición, la derogada Ley Orgánica del Trabajo (1990) consagraba un régimen de *estabilidad relativa* (artículos 112 y siguientes): los trabajadores, con la exclusión de los empleados de dirección, los trabajadores temporeros, eventuales, ocasionales, domésticos y aquellos que no acumulasen más de tres (3) meses de antigüedad, *no podían ser despedidos sin justa causa*. En caso de despido justificado, el empleador debía notificarlo ante el tribunal competente en materia laboral dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, expresando los motivos que fundamentaron la medida.

En el mismo plazo el trabajador, si no estuviere conforme con la justificación del despido, podía acudir ante la referida instancia judicial y solicitar la calificación del acto extintivo. En caso de que fuese declarado el carácter injustificado del despido, el trabajador tenía derecho a ser reinstalado en su puesto de trabajo y percibir el equivalente a los salarios que se hubiesen causado durante el proceso.

Sin embargo, lo que permite calificar al régimen descrito como de *estabilidad relativa* es la circunstancia de que el patrono estaba facultado para liberarse de la obligación de reinstalación mediante el pago de una indemnización sustitutiva (tarifada en el artículo 125 de dicha ley).

<sup>9</sup> Cabe advertir la opción legislativa de diseñar un régimen de *estabilidad relativa* para los trabajadores que realicen labores para el hogar, tomando en consideración los criterios expresados



## 6.1. Estabilidad absoluta

Se erige en *régimen general*, por cuya virtud los trabajadores ostentan el derecho a permanecer en sus puestos de trabajo, en tanto no medie causa que justifique<sup>10</sup> la terminación de la relación laboral (artículos 85 y 86 DLOTTT).

Por tanto, en caso de despido injustificado, la víctima podrá solicitar ante las instancias judiciales la restitución de la situación jurídica infringida a través de su reinstalación al puesto de trabajo y pago de los salarios dejados de percibir (“salarios caídos”), sin que el patrono pueda liberarse de dicha obligación mediante el pago de indemnizaciones sustitutivas.

En cambio, el trabajador que gozando de estabilidad fuese víctima de despido injustificado podrá, en ejercicio de su libertad de trabajo, exigir, en lugar de su reinstalación en el puesto de trabajo, el pago de la indemnización tarifada prevista en el artículo 92 DLOTTT, es decir, el equivalente a las prestaciones sociales que puedan corresponderle<sup>11</sup>. En este sentido, cabe distinguir los siguientes supuestos:

- a. Si el trabajador acepta el pago de la referida indemnización por despido injustificado, no habrá lugar al procedimiento de estabilidad (artículo 93 DLOTTT).
- b. Si el trabajador acepta el pago de la mencionada indemnización en el curso del procedimiento de estabilidad, este concluirá con el pago adicional de los salarios dejados de percibir (artículo 93, único aparte DLOTTT).
- c. Si es dictada sentencia con ocasión del procedimiento de estabilidad, ordenándose la reinstalación y pago de los salarios dejados de percibir, el trabajador podrá dar por terminada unilateralmente la relación de trabajo y exigir el pago de una indemnización equivalente a la que correspondería por despido injustificado (artículo 80.i DLOTTT).
- d. Si la víctima del despido injusto dejase transcurrir el lapso de caducidad de diez (10) días hábiles, para interponer la demanda de restitución de la situación jurídica infringida, resultando por ello improcedente la reinstalación a su puesto de trabajo y el pago de los salarios dejados de

---

por la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 522 de 14 de abril de 2009. En este sentido, se sostiene que el hecho de que el trabajador preste servicios en el hogar del patrono, resulta incompatible con la reinstalación forzosa en caso de despido injustificado.

<sup>10</sup> Las causas que justifican la terminación de la relación de trabajo por despido refieren a faltas graves imputables al trabajador, y aparecen tipificadas en el artículo 79 DLOTTT.

<sup>11</sup> En este mismo orden de ideas, el artículo 80.i DLOTTT prevé que en los casos en que el trabajador haya sido despedido sin justa causa, y luego de ordenado judicialmente su reenganche, este podrá retirarse justificadamente, percibiendo una indemnización equivalente a sus prestaciones sociales (artículo 80, último aparte DLOTTT), reiterando lo previsto en el artículo 92 eiusdem.

percibir, podría optar por reclamar, mediante el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el pago de la indemnización por despido injustificado prevista en el artículo 92 DLOTTT.

Quedan excluidos del régimen de estabilidad en el empleo, ex artículo 87 DLOTTT, los trabajadores de dirección (artículo 37 LOTT) y aquellos cuya antigüedad fuese inferior a un (1) mes.

Cuando el patrono estime que el trabajador ha incurrido en alguna de las faltas tipificadas como causales justificadas de despido, ex artículo 79 DLOTTT, podrá extinguir el vínculo laboral dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer de dicha falta (artículo 82 DLOTTT). Transcurrido dicho lapso, habrá operado el perdón o condonación de la falta.

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la materialización del despido, el patrono deberá participarlo ante el juez de sustanciación, mediación y ejecución competente, indicando las causas que lo justificaron. En caso de incumplimiento, se tendrá al patrono por confeso, en lo que respecta al carácter injustificado del despido (artículo 89, primer acápite DLOTTT).

Por su parte, el trabajador que se considere víctima de un despido injustificado deberá acudir, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, ante el juez de sustanciación, mediación y ejecución competente con el fin de solicitarle que califique el despido y, en el caso de estimarlo injustificado, ordene su reinstalación al puesto de trabajo y el pago de los salarios dejados de percibir o *salarios caídos*. Si el trabajador dejare transcurrir el mencionado lapso de diez (10) días hábiles, sin requerir la calificación de su despido, “perderá el derecho a reenganche”, pero no así los demás que pudiesen corresponderle (artículo 89, único aparte DLOTTT).

El DLOTTT no precisa las funciones que corresponde ejercer al juez de sustanciación, mediación y ejecución, razón por la cual, *prima facie*, deberá desplegar aquellas previstas en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es decir, entre otras, el análisis de los contenidos del libelo de demanda –en ejercicio de la potestad saneadora– para decidir su admisión o rechazo (artículo 124), orden de notificación del accionado (artículo 126), conciliación y mediación durante la audiencia preliminar (artículo 133), recepción de las pruebas promovidas por las partes (artículo 73), resolución de vicios procesales (artículo 134), decreto de medidas cautelares (artículo 137), decisión en caso de incomparecencia del actor o del accionado a la audiencia preliminar (artículos 130 y 131), etcétera. En caso de que no fuese posible alcanzar la autocomposición de la *litis* durante la audiencia preliminar, corresponderá al juez de juicio decidir la causa de manera oral y “declarar con o sin lugar la solicitud de reenganche y pago de los salarios caídos” (artículos 90 DLOTTT y 150 al 162 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo).

En contra de la decisión dictada por el juez de juicio cabe recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Trabajo (T.S.T.), ex artículo 161 de la Ley Orgánica

Procesal del Trabajo. La audiencia de apelación se tramitará de conformidad con lo previsto en los artículos 163 al 166 *eiusdem*. La sentencia emanada del T.S.T. competente, será definitivamente firme e irrecorrible (artículo 88 DLOTTT), resultando, por tanto, improcedente el recurso de control de la legalidad previsto en los artículos 178 y 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Definitivamente, firme la sentencia que ordene la reinstalación del trabajador despedido a su puesto de trabajo y el pago de los salarios dejados de percibir, el patrono deberá cumplirla voluntariamente dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su publicación. En caso contrario, el juez de sustanciación, mediación y ejecución, procederá a la ejecución forzosa de la sentencia mediante el embargo, en vía ejecutiva, sobre los bienes del patrono, para satisfacer el pago de los salarios dejados de percibir hasta la fecha en que se produzca la reinstalación del actor en su puesto de trabajo (artículo 91 DLOTTT).

Si el demandado persistiese en su negativa de cumplir con la orden judicial de reinstalación y pago de los salarios dejados de percibir, incurrirá en el delito de desacato a la autoridad judicial, sancionado con pena de prisión de seis (6) a quince (15) meses (artículo 91, último aparte DLOTTT).

## 6.2. Inamovilidad

Al lado del régimen general descrito, el ordenamiento jurídico venezolano confiere *inamovilidad* a ciertas categorías de trabajadores que, atendiendo a sus peculiares circunstancias, merecen tutela reforzada en su empleo por virtud de las potenciales discriminaciones de las que podrían ser víctimas. En otras palabras, es la circunstancia del sujeto pasivo como potencial víctima de discriminación, el elemento común de las diversas manifestaciones de *inamovilidad* consagradas en el sistema jurídico venezolano.

La *inamovilidad* supone la garantía de que sus titulares no podrán ser despedidos, trasladados o afectados por cambios en las condiciones de trabajo sin que medie justa causa, previamente calificada por la autoridad administrativa competente (inspector del trabajo), a través del procedimiento *autorizatorio*, con garantía del contradictorio y pleno respeto al derecho a la defensa, previsto en el artículo 422 DLOTTT.

La *inamovilidad* entraña, de una parte, la *estabilidad absoluta* del titular, y, de la otra, la intangibilidad de los contenidos de la aludida relación jurídica, pues impide tanto el traslado como la alteración de sus condiciones de trabajo, salvo que mediere justa causa para ello y fuere así previamente declarado por el funcionario administrativo competente. En otras palabras, insertando el régimen de *inamovilidades* dentro del perímetro de las *discriminaciones presuntas*, se proscribe toda conducta patronal que tenga por objeto o efecto anular o alterar arbitrariamente el goce y disfrute de los derechos del trabajador inamovible.

Como se desprende de lo antes indicado, la *inamovilidad* exhibe carácter preventivo, razón por la que, en todo caso, el despido, traslado o alteración de las condiciones laborales del titular solo procederá en supuestos justificados y previamente calificados como tales por el inspector del trabajo competente.

Gozan de *inamovilidad*<sup>12</sup> en el ordenamiento jurídico venezolano las siguientes categorías de trabajadores:

- a. *Dirigente sindical (artículos 95 CRBV, 419.3, 419.4, 419.5 y 419.6 DLOTTT), desde el momento de su elección y hasta tres (3) meses después del cese de sus funciones.*
- b. *Promotor y adherente sindical (artículos 95 CRBV, 419.1 y 419.2 DLOTTT), desde el momento en que sea presentada la solicitud de registro de la organización sindical o fuese presentada la manifestación de voluntad de adherirse a dicho proceso, y hasta quince (15) días después del registro o su negativa.*
- c. *Delegado sindical en buque en donde presten servicios más de quince (15) trabajadores (artículo 265 LOTTT), desde el momento de su elección y hasta tres (3) meses después del cese de sus funciones (por aplicación analógica de los artículos 419.3, 419.4, 419.5 y 419.6 DLOTTT).*
- d. *Interesado en la elección de los miembros de la junta directiva de una organización sindical (artículo 419.7 DLOTTT), desde la convocatoria y hasta la proclamación.*
- e. *Postulado a una elección sindical (artículo 419.8 DLOTTT), desde la postulación y hasta sesenta (60) días, después de la proclamación de la respectiva junta directiva.*
- f. *Interesado en la negociación de una convención colectiva de trabajo:*
  - i. *A nivel descentralizado o de empresa (artículos 419.9 DLOTTT), desde la presentación del proyecto de convención colectiva y hasta la culminación del proceso; y*
  - ii. *A nivel centralizado o de sector de actividad, mediante una Reunión Normativa Laboral (artículos 419.10 y 456.f DLOTTT), desde su*

---

<sup>12</sup> El DLOTTT distingue, erradamente, entre *fuero sindical e inamovilidad* (artículos 419 y 420, respectivamente), cuando en realidad aquel no es más que uno de los supuestos de procedencia de ésta (como lo son también la maternidad, la paternidad, o la suspensión del vínculo laboral). Por tanto, con mayor rigor técnico cabría diferenciar entre *fuero sindical* (artículo 419 DLOTTT) y *otras fuentes de inamovilidad* (artículo 420 *eiusdem*).

*inicio (por solicitud, convocatoria de oficio o reconocimiento) y hasta la culminación del proceso.*

- g. *Concernido por un conflicto colectivo de trabajo (artículos 419.9, 419.11 y 489, último aparte DLOTTT), desde la presentación del pliego de peticiones y hasta la conclusión del procedimiento<sup>13</sup>.*
- h. *Representante de los trabajadores en la gestión de la empresa (artículo 608 de la Ley Orgánica del Trabajo, vigente hasta tanto se dicte la ley que regule a los consejos de trabajadores, tal como lo prescribe la Disposición Transitoria Sexta DLOTTT), desde la designación y hasta tres (3) meses después del cese de sus funciones (por aplicación analógica de los artículos 419.3, 419.4, 419.5 y 419.6 DLOTTT).*
- i. *Delegado de Prevención en el Comité de Seguridad y Salud Laborales (artículo 44 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo), a partir de su elección y hasta tres (3) meses después de vencido el término para el cual resultó electo.*
- j. *Trabajadora en estado de gravidez (artículos 335 y 420.1 DLOTTT), desde la concepción y hasta dos (2) años después del parto.*
- k. *Trabajador que adopte un niño menor de tres (3) años (artículos 335 y 420.3 DLOTTT), durante dos (2) años, contados a partir de la fecha en que el niño sea dado en adopción.*
- l. *Trabajador cuya pareja se encuentre en estado de gravidez<sup>14</sup> (artículos 420.2 DLOTTT y 8 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad), desde la concepción y hasta dos (2) años después del parto.*
- m. *Trabajadores en suspensión de la relación de trabajo (artículo 420.5 DLOTTT).*
- n. *Trabajador víctima de accidente o enfermedad ocupacional, que produjere pérdida de su capacidad habitual, hasta por un (1) año después de su efectiva reubicación en un puesto de trabajo adecuado (artículo 100, cuarto aparte de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo).*
- o. *Trabajadores tercerizados<sup>15</sup> hasta tanto sean incorporados a la nómina del beneficiario del servicio (artículo 48, último aparte y Disposición Transitoria Primera DLOTTT).*

<sup>13</sup> Si el conflicto fuese sometido a arbitraje, se extinguirá, ex artículo 419.9 DLOTTT, la inamovilidad de los trabajadores concernidos.

<sup>14</sup> En estricto sentido, la fórmula que ofrece el DLOTTT no refiere a la *paternidad biológica* como fundamento de la inamovilidad, derivándose la especial tutela del mero *embarazo de la pareja*.

<sup>15</sup> La tercerización es concebida como mecanismo simulatorio o fraudulento destinado a impedir u obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico laboral (art. 47 DLOTTT).

- p. *Trabajadores durante la intervención administrativa de la entidad de trabajo (artículo 148 DLOTTT).*
- q. *Trabajadores amparados por la inamovilidad que eventualmente decreta el Ejecutivo Nacional como “medida de protección” (artículo 94, último aparte DLOTTT).*

Desde el año 2002 y sin solución de continuidad el Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la facultad excepcional que consagraba el artículo 13, Parágrafo Único de la derogada Ley Orgánica del Trabajo (y reitera, con mayor amplitud, el artículo 94 DLOTTT), ha extendido la inamovilidad a –prácticamente– todos los trabajadores, deviniendo así en régimen general de estabilidad en el empleo:

### DECRETOS PRESIDENCIALES DE INAMOVILIDAD 2002-2015

Decreto	Gaceta	Fecha	Duración
1752	5585 (Ext.)	28-4-02	60 días
1833	37472	26-6-02	30 días
1889	37491	25-7-02	90 días
2053	5607 (Ext.)	24-10-02	Hasta 15-1-03
2271	37608	13-1-03	16-1-03/15-7-03
2509	37731	14-7-03	16-7-03/15-1-04
2806	37857	14-1-04	16-1-04/30-9-04
3154	38034	30-9-04	1-10-04/30-3-05
3546	38154	28-3-05	31-3-05/30-9-05
3957	38280	26-9-05	1-1-05/31-3-06
4397	38410	31-3-06	1-4-06/30-9-06
4848	38532	28-9-06	1-1-06/31-3-07
5265	38656	30-3-07	1-4-07/31-12-07
5752	38839	27-12-07	1-1-08/31-12-08
6603	39090	2-1-09	1-1-09/31-12-09
7154	39334	23-12-09	1-1-10/31-12-10
7914	39575	16-12-10	1-1-11/31-12-11
8732	39828	26-12-11	1-1-12/31-12-12
9322	40079	27-12-12	1-1-13/31-12-13
639	40310	6-12-13	1-1-14/31-12-14
1538	6168 (Ext.)	30-12-14	1-1-15/31-12-15

El procedimiento autorizatorio en caso de inamovilidad (artículo 422 DLOTTT) resulta susceptible de resumirse en los términos siguientes:

- a. El patrono que pretenda extinguir o novar la relación jurídica que mantiene con un trabajador inamovible<sup>16</sup> deberá, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer de las circunstancias que fundamenten su pretensión, presentar la solicitud<sup>17</sup> correspondiente ante el inspector del trabajo competente por razón del territorio.
- b. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, si no fuesen advertidos errores u omisiones que ameritasen la subsanación de la solicitud<sup>18</sup> el inspector del trabajo notificará al trabajador concernido para que comparezca a una hora determinada del segundo (2º) día hábil siguiente, y brinde contestación a las pretensiones patronales. La incomparecencia del trabajador al acto de contestación equivaldrá –en ejecución del principio tuitivo en el ámbito adjetivo– al rechazo pleno de los términos de la solicitud; mientras que la del patrono se entenderá como desistimiento de esta.
- c. Presentes ambas partes en el acto de contestación, la autoridad administrativa deberá ejercer la conciliación para estimular la autocomposición del proceso. Si esta resultare infructuosa se abrirá una articulación probatoria de ocho (8) días hábiles: los tres (3) primeros, destinados a la promoción de pruebas<sup>19</sup> y los restantes a su evacuación.
- d. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la extinción de la fase probatoria, las partes podrán presentar sus conclusiones.
- e. Transcurrido el lapso para la presentación de conclusiones, el inspector del trabajo deberá dictar decisión dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles. En contra de esta no cabrá recurso administrativo alguno, pudiendo en todo caso las partes ejercer el recurso contencioso de anulación.

### 6.3. Procedimiento de reenganche y restitución de derechos

Por su parte, el procedimiento de reenganche y restitución de derechos (artículo 425 DLOTTT) puede resumirse en los términos siguientes:

<sup>16</sup> Por excepción el patrono podrá, sin previa autorización, separar del puesto de trabajo, hasta por cuarenta y ocho (48) horas, a quien hubiere incurrido en actos graves de violencia contra personas o bienes, sin dejar de cumplir por ello con el pago del salario y demás prestaciones laborales. En este supuesto, el patrono, dentro del mismo plazo indicado, deberá notificar la medida al inspector del trabajo, en el ámbito de la solicitud de autorización de despido, a los fines de que este prorrogue la separación, hasta tanto sea decidida dicha solicitud.

<sup>17</sup> El contenido mínimo de esta solicitud aparece previsto en el artículo 422.1 DLOTTT.

<sup>18</sup> La subsanación de los errores u omisiones que fuesen advertidos en la solicitud de autorización de despido, traslado o alteración de condiciones laborales, resulta procedente por aplicación supletoria del artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y analógica del artículo 425.2 in fine DLOTTT.

<sup>19</sup> Serán procedentes todas las pruebas contempladas en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (artículo 422.3 DLOTTT).

- a. El trabajador inamovible que haya sido afectado por la extinción o novación de su vínculo laboral, sin previa autorización del inspector del trabajo competente, podrá, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes, presentar la solicitud de restitución de la situación jurídica infringida<sup>20</sup> ante el inspector del trabajo competente, por razón del territorio.
- b. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su presentación, el inspector del trabajo analizará la solicitud, con el fin de advertir si la misma cumple con los requisitos legalmente previstos y, en caso afirmativo, proceder a su admisión. En caso de advertir errores u omisiones, lo notificará al trabajador para que proceda a subsanarlos (artículo 425.2 *in fine* DLOTTT<sup>21</sup>).
- c. El inspector del trabajo verificará la procedencia de la inamovilidad alegada y siempre que existieren elementos probatorios que permitiesen presumir la existencia de la relación de trabajo, ordenará, *inaudita alteram parte*, la restitución de la situación jurídica infringida y el pago de los salarios dejados de percibir (artículo 425.2 DLOTTT).
- d. El inspector de ejecución (Artículo 512 DLOTTT), pudiendo hacerse acompañar por autoridades civiles, policiales o militares (Artículo 12 DLOTTT), se trasladará al centro de trabajo donde presta servicios el solicitante y notificará al presunto patrono de la orden de reinstalación y pago de los salarios dejados de percibir (artículo 425.3 LOTT).
- e. Si el patrono, a pesar de haber sido notificado, se negase a participar en el acto de reinstalación del trabajador y pago de los salarios que hubiese dejado de percibir, se entenderá como reconocimiento de los hechos alegados por el reclamante.
- f. El patrono, en lugar de dar cumplimiento a la referida orden de reinstalación y pago de salarios dejados de percibir, podrá alegar y probar lo que estimase conveniente con el objetivo de enervar dicha orden. En este supuesto, el funcionario administrativo podrá desplegar las más amplias iniciativas probatorias para inquirir, por cualquier medio, la verdad (artículo 425.4 DLOTTT).
- g. Si con ocasión del debate probatorio no fuese posible constatar la existencia de la relación de trabajo y/o su extinción por despido o su novación, el funcionario administrativo suspenderá la ejecución de la orden de reinstalación y pago de salarios dejados de percibir e informará a las partes de la apertura de un lapso probatorio de ocho (8) días hábiles.

<sup>20</sup> El contenido mínimo de esta solicitud aparece previsto en el artículo 425.1 DLOTTT.

<sup>21</sup> Ver artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.



Los tres (3) primeros para promover pruebas y los cinco (5) siguientes para su evacuación (artículo 427.7 DLOTTT).

- h. Vencido el lapso probatorio, el inspector del trabajo dictará decisión dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes (artículo 427.7, *in fine* DLOTTT). En contra de esta no cabrá recurso administrativo alguno, pudiendo en todo caso las partes ejercer el recurso contencioso de anulación (artículo 425.8 DLOTTT), cuyo trámite<sup>22</sup> quedará condicionado a la previa certificación<sup>23</sup>, por parte de la autoridad administrativa, del cumplimiento de la orden de reinstalación y pago de los salarios dejados de percibir (artículo 425.8 *eiusdem*).
- i. En todo caso, la negativa a acatar la orden de reinstalación y pago de los salarios dejados de percibir, así como cualquier conducta obstructiva, hará incurrir al patrono en el delito de desacato a la autoridad administrativa, sancionado con arresto policial de seis (6) a quince (15) meses. Expresamente, el DLOTTT advierte que el desacato administrativo frente a algún representante de las “fuerzas de orden público” será considerado como *flagrancia*<sup>24</sup> (artículo 425.6 DLOTTT). Esta circunstancia resulta violatoria del derecho fundamental a la defensa y al debido proceso, toda vez que en definitiva será el inspector del trabajo quien determine libérrimamente si se produjo el desacato, configurándose de este modo un mecanismo indirecto de imposición administrativa de medidas privativas de libertad<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Sentencia N° 1063 de 5 de agosto de 2014, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela): “... en un Estado social de derecho y de justicia como el previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no pueden salvaguardarse derechos de unos y condicionar otros, en virtud de supeditar la admisibilidad de la demanda de nulidad de una providencia administrativa por una causa no establecida en la Ley, ya que se vulnera el derecho de acceso a la justicia, y de tutela judicial efectiva, más aún cuando la interposición de la pretensión ya se encuentra limitada por un lapso de caducidad, razón por lo que esta Sala encuentra que lo ajustado a derecho es que la condición consagrada en el numeral 9, del artículo 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, debe ser aplicada para el trámite de la demanda de nulidad y no para su admisión, para de esta manera garantizar la tutela judicial efectiva y el *principio pro actione*, sin trastocar el espíritu de la norma, el cual, como anteriormente se señaló, no es otro que la protección de los derechos a la estabilidad del trabajador, toda vez que, si bien es el débil jurídico en este proceso, dicha protección no puede convertirse en la limitación del derecho a la justicia del patrono...”.

<sup>23</sup> Condicionar el eficaz ejercicio de acciones judiciales contra actos administrativos a su previo cumplimiento y, lo que es más ominoso aún, a la certificación de ello emitida por el autor del acto administrativo impugnado, constituye, al margen del criterio emitido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia N° 1063 de 5 de agosto de 2014, antes citada), una violación del derecho fundamental a la defensa.

<sup>24</sup> Desde esta perspectiva, el patrono o representante de éste que incurra en desacato, podrá ser arrestado de inmediato.

<sup>25</sup> En la Sentencia N° 481 de 11 de abril de 2011, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), se declara inconstitucional la conversión de una multa en arresto, ordenada por una autoridad administrativa, por violar el derecho a ser *juizado por el*

#### 6.4. Régimen de libre despido

Por contraposición a la *estabilidad en el empleo*, el régimen de *libre despido*, el cual rige para los trabajadores de *dirección* y aquellos con antigüedad inferior al mes, supone la facultad patronal de extinguir unilateralmente el vínculo laboral sin que deba pagar indemnización de especie alguna, u otorgar aviso previo.

Por último, cabe advertir la eventualidad de que, mediante ley especial o criterio jurisprudencial, se inserte un régimen excepcional de *estabilidad relativa o impropia* que ampare, particularmente, a los trabajadores que realicen labores para el hogar, es decir:

Aquellos que prestan sus servicios en un hogar o casa de habitación, o a una persona determinada para su servicio personal o el de su familia, tales como chóferes particulares, camareros [...], cocineros [...], niños [...], lavanderos [...], planchadores [...] y otros oficios de esta misma índole (artículo 207 DLOTTT).

En este sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), en sentencia N° 522 de 14 de abril de 2009, sostuvo que los trabajadores que realicen labores para el hogar, denominados trabajadores domésticos bajo el imperio de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, se encontraban justificadamente excluidos del régimen de estabilidad en el empleo.

Con respecto al régimen de estabilidad consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo, debe ratificarse que por disposición de la parte *in fine* del párrafo único del artículo 112, [los trabajadores domésticos].

Se encuentran excluidos de dicha protección; además, por ser una institución que resulta incompatible con la naturaleza de la relación de suprema confianza que debe existir entre las partes, no pudiendo concebirse estar obligado a permitir que coactivamente un trabajador se reintegre al entorno familiar del patrono que consideró necesario terminar con esta vinculación (El Universal, 2012, pág. 1).

Si el criterio jurisprudencial expuesto fuese reiterado o se reflejase en la ley especial que regulará a los trabajadores que realizan labores para el hogar (Artículo 208 DLOTTT), se estaría excluyendo a dicha categoría de trabajadores del régimen de estabilidad absoluta para, en su lugar, reconocer la facultad patronal de extinguir unilateral e injustificadamente el vínculo laboral mediante el pago de una indemnización (probablemente equivalente a la prevista en el artículo 92 DLOTTT), configurándose así, como antes se indicó, un régimen excepcional de estabilidad relativa o impropia.

---

*juez natural* (artículo 44.1 CRBV) y entrañar una violación al principio de *proporcionalidad* entre la conducta regulada y la sanción impuesta.

# LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO Y EL ANÁLISIS DEL IN DUBIO PRO OPERARIO. REALIDADES Y RETOS

*Leonardo Corredor Avendaño\*\**

## 1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad caracterizada por el influjo del poder adquisitivo de la moneda y su dominio por el valor del dinero, por encima de algunos derechos y de la equitativa distribución de riqueza, los derechos laborales han tenido una evolución interesante a lo largo de medio siglo, desde una consagración codificada hasta una incorporación constitucional como derechos sociales, económicos y culturales, de carácter programático. De forma contundente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha considerado que los derechos laborales son parte integral de los derechos humanos, toda vez que, del desarrollo de estos, muchos son vinculados al trabajo y a los trabajadores, y dirigidos, a una protección efectiva de condiciones mínimas de vida y de trabajo para todos los seres humanos, así como también la posibilidad de defender, reivindicar y participar sociopolíticamente en el contexto nacional e internacional.

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 86ª reunión de Ginebra) es aplicable en todos los Estados miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos; siendo obligatorios y vinculantes por la sola pertenencia a la Organización, adquiriendo un compromiso irrestricto de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo<sup>26</sup>.

---

\* Ver: Corredor Avendaño, Leonardo. Los procedimientos judiciales para el acceso a la administración de justicia, y la garantía institucional del ejercicio de los derechos laborales – barreras en la fase introductoria. [en línea] <<http://www.bdigital.unal.edu.co/11369/1/6700966.2013.pdf>>. Publicación que refiere algunos puntos del presente artículo.

\*\* Magíster en Derecho–Área de profundización en Derecho del trabajo y seguridad social de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en “Derecho del trabajo y en instituciones jurídico-procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado egresado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Candidato a Experto universitario y egresado del Curso avanzado en Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla (España) y del Instituto Europeo de Relaciones Industriales–IERI. Catedrático en posgrado en la Especialización en Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional de Colombia y en la Universidad Libre.

<sup>26</sup> En la 101ª reunión de Ginebra, de la Organización Internacional del Trabajo, el capítulo VI que trata sobre Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción. Es una discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Estos derechos tienen “una doble connotación: una de ellas es la esfera sustancial y el alcance del derecho en concreto, cuyo contenido puede ser exigido por cualquier trabajador que considere violado o no reconocido en su derecho específico, en desarrollo de su trabajo, ante las autoridades nacionales o ante las instancias que tienen la competencia para el control de las normas aquí reseñadas; por otra parte, se constituye en la posibilidad de acudir ante el juez natural del trabajo, un funcionario imparcial, independiente, bajo un procedimiento breve y gratuito”. Los jueces entonces como aplicadores de las normas y preceptos propios del derecho del trabajo, los cuales, no solamente incluyen reglas protectoras estipuladas en la ley, sino también los principios del derecho del trabajo, en los que se sustantiviza el procedimiento y la labor del juez del trabajo, toda vez que en los países en vía de desarrollo, la actividad y las decisiones de los jueces son el mayor reflejo de garantía y legitimidad estatal frente a la evidente desigualdad en las relaciones obrero-patronales.

Entonces, el análisis de este artículo estribará en la concepción y aplicación judicial del *in dubio pro operario* dentro de la doctrina y jurisprudencia colombiana, a partir de los postulados del artículo 21 del C. S. T. “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”, y que fue elevado a rango constitucional por el artículo 53 de la Carta de 1991; advirtiendo de antemano que esta derivación del principio protector no es en sí misma un principio, pero no por ello está desprovisto de cualquier contenido material que impida su aplicación. No obstante, denotaremos cómo la jurisprudencia colombiana ha matizado la aplicación del *in dubio pro operario* de manera desfavorable, en cada aspecto o componente frente a diversas problemáticas sometidas al conocimiento de la jurisdicción.

## 2. ACOTACIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Muchas han sido las distinciones y clasificaciones relacionadas con los principios del derecho del trabajo, derivados del carácter tuitivo o proteccionista de nuestra disciplina. Sin embargo, las tensiones generadas entre la aplicación de los principios generales de derecho, y aquellos que se derivan de la protección del trabajador, hacen que estos se supediten a aquellos en el resultado de los análisis de los casos concretos.

Los principios se relacionan también con la configuración de normas laborales de orden pública, inderogables *in pejus*, el deber de protección contractual por parte del empleador; los cuales influyen de manera tal que se logre ese propósito compensatorio en favor de los trabajadores. Muchos de los principios derivados tienen una creación jurisprudencial, que posteriormente se elevan a regla normativa; pero que de una u otra forma se revisten de un contenido material o sustantivo que le dan el valor jurídico para la decisión en los casos sociales, como la irrenunciabilidad, indisponibilidad, continuidad del vínculo laboral,

norma más favorable, primacía de la realidad, condición más beneficiosa, y el *in dubio pro operario*, y el criterio de equidad y conciencia en la solución de conflictos laborales. (De la Villa y López, 2003, p. 11)

Por ello, su campo de aplicación trasciende en el marco sustancial y también permean en el procedimiento. Para efectos netamente metodológicos y de explicación académica de este tema, se toma entonces la división del profesor Pasco Cosmópolis sobre principios, “*esencialmente porque el núcleo de la realización de los derechos laborales es a través de un procedimiento sustantivado. En Colombia, precisamente la protección de derechos y la utilización de las reglas pro operario se convierten en facultades que no son aplicadas por otra persona distinta al juez*” (Corredor Avendaño, 2013, pág. 65). Desde esta visión los principios que orientan el derecho del trabajo son:

### 2.1. El principio protector

Consiste en la nivelación de las desigualdades materiales con la creación de otras desigualdades, tendiendo a la protección del más débil, en este caso, del trabajador, encarnando en su debilidad el supuesto básico del derecho del trabajo. Este principio se traduce en las reglas *pro operario*, a saber: 1) El *in dubio pro operario* utilizado como el criterio protector del juez o del intérprete, para elegir el sentido más favorable de la norma cuando esta tenga varios posibles. (Pasco, 1997, p. 221)

Ahora bien, por otra parte, una parte de la doctrina ha establecido o se ha inclinado por el principio *in dubio pro operario*, en el que se determina una duda sobre la valoración de la prueba, por tanto: “*es un sentido tal que el juez pueda llegar a conclusiones favorables si hay pruebas, pero ellas no llevan a un convencimiento directo de los hechos debatidos. Por ello, las pruebas indirectas –como el indicio– cobran plena importancia, así como el método de presunciones*<sup>27</sup>. *No obstante, esta proposición sigue siendo insípida en la cultura jurídica colombiana*”. (Pinilla, 2000, p. 84)

Se ha considerado, entonces, que el derecho del trabajo cumple el objetivo de amparar a la parte más débil en el contrato de trabajo (*in dubio pro operario*). Mario De la Cueva explica que: *este principio es el mandamiento de que la interpretación debe tender a la justicia social, puesto que si existe una duda y no se atiende equivale a otorgar una igualdad de posibilidades o de circunstancias, lo que en realidad significa es otorgar una preferencia al capital sobre el trabajo, lo cual sería injustificable socialmente.*

Plá Rodríguez señala limitaciones a esta regla interpretativa: la primera, referente a su posible aplicación en materia de prueba de los hechos. *La posición*

<sup>27</sup> Presunciones tales como la de existencia de relación laboral con la acreditación de la prestación personal del servicio; la duración indefinida del contrato de trabajo; la presunción de terminación injusta del contrato hallándose acreditado el despido.

*tradicional sostiene que la carga de la prueba corresponde a quien efectúa afirmaciones. Este principio se ha venido limitando en materia de prueba de horas extras, porque ahora la jurisprudencia obliga al trabajador a probar que efectivamente las laboró. Posteriormente, tenemos la oportunidad de ampliar estos criterios de la jurisprudencia.*

## **2.2. La norma más favorable**

Regla que determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, independientemente del criterio o jerarquía normativa. Según la doctrina, ello no implica la aplicación de la norma conforme a un orden jerárquico que pudiese provocar una especie de fractura de la jerarquía de fuentes.

Al sustraernos de la aplicación jurisprudencial de las presunciones en Colombia, encontramos que El Código Procesal Boliviano tiene otras presunciones procesales, como son: *la de no solución de continuidad del contrato, si se acredita la existencia de relación en dos fechas distintas dentro de un mismo año; la continuidad del valor del salario en todo el tiempo si se demuestra el de los últimos tres meses; la existencia del trabajo suplementario si no es presentado el libro de horas extras que debe llevarse para el efecto por parte del empleador. De igual forma, hay presunciones que pueden favorecer al empleador, en relación con el pago de salarios y prestaciones como que se presumen pagados los emolumentos anteriores si se acredita pago del salario ordinario correspondiente a seis meses consecutivos, o si se acredita el pago de vacaciones del último año, se entienden pagadas las de los periodos anteriores.*

## **2.3. La condición más beneficiosa**

Cuando de la aplicación de una norma laboral no se pueden disminuir las condiciones más favorables en que pudiera encontrarse un trabajador, operando en el tránsito legislativo, ante la ausencia de un régimen de transición, cotejando una norma derogada con la vigente donde el destinatario posee una situación jurídica que se protege por la ley anterior que en algún momento le rigió, dado que con la nueva ley se le desmejora. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia del 15 de febrero de 2011).

## **2.4. La veracidad o principio de la primacía de la realidad**

En cuanto a lo “relativo a que en caso de dicotomía entre lo que ocurre en la práctica y lo que se extrae de la formalidad reflejada en el documento o acuerdo formal, debe dársele preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Plá, 1990, p. 243). Frente a ello, la actuación procesal del juez laboral se dirigirá básicamente hacia la búsqueda o la primacía absoluta de la verdad real sobre la verdad procesal, formal o aparente que aparezca en un expediente, es decir, que se logre la convicción sobre una realidad y no lo

que simule o diga aparentemente una prueba documental o un registro que se incorpore en un expediente<sup>28</sup>.

Para Américo Plá Rodríguez, las causas de desajuste entre la realidad y la forma documental se determinan por:

- 1) la intención deliberada (ficción) de fingir y simular una situación jurídica distinta de la real; 2) provenir de un error; 3) derivar de una falta de actualización de los datos; 4) originarse en la falta de cumplimiento de requisitos formales; 5) en caso que se presente una discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe prevalecer la realidad, es decir, lo que sucede en el terreno de los hechos, y no lo que simplemente surja de la documentación que se aporte o se incorpore a una actuación. (p. 244)

Como quiera que en el interior de la relación laboral se genere para el trabajador una desigualdad real, la incidencia dentro del proceso judicial que dirime la controversia de trabajo es latente y debe ser equilibrada. Dicha desigualdad se divide en varios elementos, a saber: una **desigualdad jurídica**, en el sentido que el empleador tiene una amplísima facultad para establecer normas y reglas de conducta al interior de la empresa, así como imponer un régimen sancionatorio por su libre manejo del medio de producción. En segundo lugar, una **desigualdad económica** en la medida que el empleador es el propietario de los medios de producción, y el trabajador es dueño de su trabajo, el cual pone a disposición del empleador para lograr una combinación traducida en el producto, hay un compromiso de intereses y valores de distinto nivel, en el cual uno arriesga su capital y su poder económico, y el otro sacrifica su libertad, aminorando sus derechos en las manos del capital, para lograr un salario y la correlativa satisfacción de necesidades. En tercer lugar, se da una **desigualdad moral**, ya que el trabajador tendrá que demandar a la empresa a la cual le prestó personalmente sus servicios, dificultando la tarea procesal a partir de un perjuicio moral. Además de ello, en el plano meramente jurídico, el empleador tiene un amplio espectro para tomar cualquier tipo de decisión, entre tanto, el trabajador se debe someter a la condición de ser absolutamente dependiente de su relación de trabajo.

Por último, y más enfocado al aspecto estrictamente de derecho procesal, el trabajador que aspira a salir victorioso en el pleito, debe extraer la prueba de la sede patronal a lo largo del trámite judicial, es decir, debe entrometerse en la esfera principal de acción del empleador, lo que pone a la luz un problema social en el fondo de toda esta discusión jurídico-procesal, y es la imposibilidad del

---

<sup>28</sup> La prevalencia de la verdad real es un principio consignado en el artículo 53 de la Constitución de 1991, pero ya había sido considerado por laboristas de gran importancia como los uruguayos Américo Plá Rodríguez y Helios Sarthou.

trabajador de probar sus aseveraciones, situación que clama por una solución desde el derecho, más aún cuando se tiene la disponibilidad de la prueba como un remedio que puede llegar a ser efectivo. A tal punto que esta máxima, llevada al nivel del *onus probandi*, termina por desmontar varios de los contenidos esenciales del principio *pro operario*.

## 2.5. El principio de conciencia y equidad

Consistente en la evaluación de la prueba con fundamento en el sistema de la íntima convicción en conciencia, y con base en reglas del correcto entendimiento humano, parámetros éticos, psicológicos internos, así como elementos fácticos del mundo exterior; por su parte, la equidad debe ser vista como la concesión de los mayores beneficios a los trabajadores, sin perjudicar los intereses de los empleadores, garantizando la correcta distribución de la riqueza.

Observemos, entonces, cómo la jurisprudencia ha definido y aplicado esta regla derivada del principio protector en los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

## 3. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA RELATIVA AL *IN DUBIO PRO OPERARIO*

### 3.1. Tratamiento constitucional del *in dubio pro operario* – Corte Constitucional

En la Sentencia C-594 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional definió el alcance y contenido del *in dubio pro operario*, así como su ubicación en el ordenamiento jurídico, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991.

Atendió en su momento la interpretación hecha sobre la “*aconsejabilidad del reintegro o readmisión del trabajador*”, que estaba en cabeza del juez al momento de dar aplicación al núm. 5º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965; la Corte señaló que desconoce la Constitución y el *in dubio pro operario* aquella interpretación dirigida a que la norma siempre posibilita el pago de la indemnización –mas no el reintegro– en razón de la siempre incompatibilidad existente entre patrono y trabajador. Ello en la medida que, en caso de duda sobre la interpretación de una norma laboral, **siempre debe preferirse** aquella que sea más favorable al trabajador. Y lo anterior, porque la Constitución de 1991 le dio nivel supra legal a este criterio hermenéutico, y lo elevó a principio mínimo fundamental.

La Corte, entonces, manifestó que la norma es exequible, siempre que el juez del trabajo dé aplicación al *in dubio pro operario*, en el sentido que debe siempre ordenar que el trabajador sea readmitido, salvo que se pruebe que el reintegro no es conveniente para los intereses del propio trabajador. La Corte dio pautas



para dar aplicación del *in dubio pro operario*: 1) La protección más efectiva del trabajador es la orden de reintegro; 2) La duda opera en la expresión “no fuere aconsejable”, y 3) Se derivan tres interpretaciones: desde el punto de vista del interés del trabajador, donde es favorable el reintegro por la estabilidad en el empleo; desde el mismo conflicto, donde la incompatibilidad se relaciona con la latente contraposición capital-trabajo; y desde los intereses del patrono, donde se verá como su derrota en el juicio y su incidencia en su organización interna. Como quiera que las dos últimas posiciones contribuyan a dar ventajas a la decisión del empleador, la duda en la interpretación debe resolverse al interés del trabajador por el carácter tuitivo del derecho laboral.

Sin embargo, sus pronunciamientos posteriores han confundido este criterio, con el de la norma más favorable, tal y como lo hizo en la Sentencia SU-1073 de 2012, M. P. Pretelt Chaljub, donde señaló que el *in dubio* se presentaba cuando entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, debería elegirse aquella que favorezca al trabajador. Aunque también considera que este criterio se da cuando entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición, se debe preferir la que lo beneficie, no es menos cierto que la confusión y amplitud del concepto lleva a que no se dimensione la connotación del *in dubio*, como se hace ver.

### **3.2. Apreciaciones de la jurisdicción contencioso – administrativa**

En materia pensional, el Consejo de Estado, en Sentencia del 21 de septiembre de 2000, resolvió un caso aplicando el principio de norma más favorable, pero señalando que tenía duda en la aplicación de dos o más preceptos. Siendo imprecisa la utilización del concepto “duda”, lo que en verdad se incorporó al pronunciamiento fue el *in dubio pro operario*, para la liquidación del monto de pensión en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Se trae de forma textual:

Por manera que, si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la Ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley. De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º. (Consejo de Estado, Radicación número: 470-99)

El Consejo de Estado incurre en una imprecisión similar a la que se señaló respecto de la Corte Constitucional en cuanto a la concepción del *in dubio pro*

*operario*, en la sentencia del 4 de diciembre de 2008, Rad 25000-23-25-000- 2005-07921-01(1555-07) cuando en verdad debió solicitar la aplicación de la norma más favorable, en la medida que había coexistencia de normas laborales vigentes que regulan la misma situación en forma diferente, en materia de la definición del conflicto entre regímenes generales de la administración pública frente a los especiales del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

El Consejo de Estado resolvió que no era procedente la aplicación del principio “*in dubio pro operario*”, porque no hay coexistencia de normas vigentes que regulen una misma situación en diferente forma, sino que prevalece un criterio de norma especial que regula el caso, como es el de los empleados públicos de la Rama ejecutiva del poder público. Esta imprecisión puede llevar a que se confundan los alcances de cada criterio y, en últimas, a preferir la tesis de la norma más favorable y marginar al *in dubio pro operario* como proceso de interpretación tuitivo de raigambre constitucional.

### 3.3. Consideraciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia

Haciendo un corte de 20 años aproximadamente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido pronunciamientos dando alcance al criterio o regla del *in dubio pro operario*, sobre todo limitando algunos aspectos en cuanto a la valoración y apreciación jurídica de sus elementos y componentes.

En la Sentencia del 4 de septiembre de 1992, radicado 4929, dio un concepto del criterio aludido donde precisó que el principio que obligará al juez a acoger “la más favorable al trabajador” entre dos o más interpretaciones de la fuente formal de derecho de que se trate, **siempre que la disparidad de interpretaciones resulte de la comprensión que el mismo fallador considere posible al aplicar las reglas generales de hermenéutica jurídica y las específicas o propias del Derecho Laboral**. En consecuencia, la que debe resolverse de forma más favorable al trabajador será aquella duda respecto del entendimiento o inteligencia de la norma jurídica que resulte de las diferentes interpretaciones que el juzgador encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, pero no la que, para un propósito determinado, se le pueda presentar a alguna de las partes comprometidas o a los interesados en el resultado del proceso.

En la Sentencia 6734 del 19 de agosto de 1994<sup>29</sup>, la Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral, se dijo que este criterio emanado del principio de

---

<sup>29</sup> En la sentencia del 19 de agosto de 1994, Radicación No. 6734, señala lo siguiente, a saber: “*La denunciada infracción del principio de favorabilidad garantizado por el artículo 53 de la Constitución Nacional, tampoco puede examinarse en este caso, pues la censura propone aplicarlo para resolver un duda sobre la autenticidad de un documento, por lo que su aplicación resulta improcedente, en cuanto la duda que obliga al juez a acoger la interpretación más favorable al trabajador, es aquella que se le presente respecto del entendimiento de una norma jurídica, cuando encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso cuando menos dos interpretaciones de su contenido normativo, caso en el cual deberá optar*”

favorabilidad no puede aplicarse para resolver una duda sobre la autenticidad de un documento, puesto que la duda sujeta a respuesta por la regla del *in dubio pro operario* es aquella que se presente respecto del entendimiento de una norma jurídica, cuando menos haya dos interpretaciones posibles y razonables de su contenido normativo, aplicables al caso; mas no procede cuando quiera que se trate de una incertidumbre respecto de la valoración de una prueba.

En las Sentencias de 9 de octubre de 1997, radicación No. 9914, y de 7 de febrero de 2002, radicado 16965, la Sala reiteró sus premisas jurisprudenciales, en el sentido de resolver en favor del trabajador el artículo 21 del C.S.T., por él ser el fruto del **conflicto entre normas y no la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos**. Como quiera que los convenios o convenciones colectivas hayan sido considerados como pruebas, por no tratarse de una norma sustantiva del orden nacional, la Corte desestima la aplicación de la favorabilidad frente a disposiciones convencionales.

En nuestro sentir, este precepto desconoce el carácter tuitivo del derecho del trabajo, puesto que su sistema de fuentes es supletorio sobre la base del mayor beneficio, de tal suerte que si las normas o estipulaciones contractuales tienen mayores beneficios que la norma legal, aquellas toman el valor de la ley sustantiva, con sus mismos alcances y efectos, es decir, que pueden ser objeto de aplicación de criterios hermenéuticos como el *in dubio pro operario* y no restringirse en razón de su apreciación como prueba en sede de casación.

Rescatando otros pronunciamientos, en Sentencia del 13 de marzo de 2007, Rad. 28200, se manifestó que no resulta apropiada una acusación sobre la violación del principio *in dubio pro operario* en caso de interpretaciones sugeridas por las partes, porque este principio tiene operancia en aquellos casos de duda respecto de la inteligencia razonable y lógica de la norma jurídica, pero no frente a las interpretaciones que para las partes cumplen su propósito en el resultado del proceso en relación con las pruebas.

Ahora bien, en este tema, debe analizarse la Sentencia del 24 de abril de 2007, radicado 29313, donde la Corte mencionó que las interpretaciones que pueden validarse para la aplicación del *in dubio pro operario* están bajo la apreciación del juez, luego puede colegirse que son postulados lógicos argumentativos que desarrolle el juzgador en su intelecto al momento de proferir sentencia, pero ello no implica que este deba aceptar las interpretaciones de las fuentes formales de derecho que propongan las partes o interesados en las resultas del proceso.

Esta posición entra en contraposición con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, puesto que es apenas obvio que el trabajador es una de las

---

*por aquella interpretación que más beneficie al trabajador, sin que resulte lógico derivar del texto constitucional que tal principio se haga extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba”.*

partes del proceso, y necesariamente sus intereses son válidos para que sean apreciados a la luz de la interpretación jurídica que se haga de un caso concreto. Si bien, puede haber causas donde las interpretaciones normativas del lado del trabajador tengan un menor grado de razonabilidad, no puede categóricamente descartarse en razón de que provenga de dicha parte. Se genera esta discusión solamente de la interpretación que venga de los intereses del trabajador, puesto que la interpretación derivada de los intereses del patrono, no tendría discusión alguna en razón a que sobre ella no habría protección constitucional, y se ajustaría a los preceptos generales de apreciación y valoración probatoria y jurídica, y llegarían al convencimiento del juez de una forma más libre.

La Corte Suprema ha sostenido de manera general que: 1) La interpretación que se hizo del precepto convencional es razonable, válida y más ajustada a la redacción contractual – sin tener en cuenta el *in dubio pro operario* – en razón de presentarse interpretaciones que para las partes cumplen su propósito en el resultado del proceso en relación con las pruebas, puesto que el reintegro que contempla la norma convencional **puede operar – mas no es imperativo** – para los trabajadores con más de trece años de servicio; si dicha figura cobijara a todos los asalariados no es comprensible que a los de menor antigüedad a la señalada se les hubiera fijado una indemnización tarifada, la cual no se estipuló para los servidores que superaran los trece años de servicio. 2) No hay duda sobre la interpretación de la prescriptibilidad de los factores salariales, pues una cosa es que el estatus de pensionado sea imprescriptible, y otra que los componentes de su pensión no lo sean, y deba reclamarse en el plazo trienal, luego no hay duda en la interpretación de las normas sobre liquidación y montos pensionales.

Es así, como en la Sentencia del 8 de agosto de 2007, Rad. 29472, la Corte recordó que el *in dubio pro operario* no es predicable respecto de las pruebas o hechos establecidos según las propias disposiciones legales, así como tampoco puede entenderse como que los jueces están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, por cuanto ese no es el sentido de dichas disposiciones. Estas premisas han sido reiteradas en las Sentencias de 23 de agosto de 2006, radicado 27466, del 15 de febrero de 2007 radicado 29692, del 2 de febrero de 2010, Radicación 34711 y del 23 de noviembre de 2010 Radicación No. 41122.

En esta sentencia se resalta el salvamento de voto del magistrado Gnecco Mendoza, puntualizando que la sentencia afirmó erradamente que el principio del *in dubio pro operario* no tiene aplicación en tratándose de la interpretación de convenciones colectivas de trabajo, porque ese principio “... *no es predicable respecto de las pruebas o hechos establecidos según las propias disposiciones legales*”. Es rescatable que el magistrado Gnecco manifestó que las convenciones colectivas de trabajo también son normas jurídicas y, como tales, fuentes formales de derecho, de tal suerte que en relación con ellas puede ser utilizado el *in dubio pro operario*, sin perjuicio que en sede de casación y sólo para efectos de técnica, la convención colectiva sea una prueba más del proceso.

En las Sentencias del 19 de octubre de 2006, radicado 27425, del 21 de marzo de 2007 radicado 29998 y del 17 de septiembre de 2008, Radicación 34846, la Corte también ha puntualizado que el *in dubio pro operario* tampoco procede respecto del conflicto de dos pronunciamientos jurisprudenciales, pues éste solamente es viable en conflicto de dos o más normas vigentes. Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia no se incorpora a la ley, sino que es un criterio auxiliar susceptible de modificación de acuerdo con los planteamientos de jueces, tribunales y litigantes. Entonces, para poder aplicar una jurisprudencia que le favorezca más a una de las partes comprometidas en el litigio, esta posición no tiene cabida, pues al ser la tesis actual de la Corte, las anteriores que fueron reevaluadas por dicha corporación no pueden revivirse.

En la Sentencia de 20 de mayo de 2009 Rad. 35431, se analizó un caso donde se descartó la aplicación del *in dubio pro operario* al considerar que no hay más de un entendimiento de la norma convencional. Sin embargo, de esa sentencia debe resaltarse el Salvamento de Voto de Eduardo López Villegas, donde se establecen como argumentos los siguientes: 1) El carácter tuitivo del trabajador impone al juzgador el deber de acoger la más beneficiosa entre varias interpretaciones de una misma regla, *in dubio pro operario*. 2) No se acude al *in dubio pro operario* puesto que no hay una duda para superar. 3) El *in dubio pro operario* no se hace por la comparación de preferencias entre el juzgador y el trabajador, sino frente a argumentaciones sólidas que se le presenten al juzgador, que generen en él una razonable vacilación entre ellas, estimando los beneficios que resulten de cada una de las interpretaciones y así, hacer que prevalezca la que le brinde al trabajador provecho. 4) La duda es la del juez. Las tesis propuestas por un tercero, -trabajador, abogado o juez- deben servir para medir la consistencia de aquellas sobre las que se fundamenta la decisión judicial. 5) No es función de la Corte suya hacer exégesis de las normas convencionales, y escoger entre una o varias interpretaciones no es error ostensible, es válida para cuando las convenciones colectivas se estudian por vía indirecta en la dimensión de medio probatorio. 6) Pero sí es función de la Corte, cuando por vía directa se reclama el imperativo constitucional de establecer el respeto por el principio de la favorabilidad normativa o interpretativa de una norma convencional, como fuente formal del derecho colectivo.

Ahora bien, también la Corte ha precisado que, en materia de carencia de actividad probatoria, no es posible aplicar el *in dubio pro operario* frente a incertidumbres fácticas relacionadas con elementos propios de la relación de trabajo, incluso existiendo la presunción de laboralidad. Así, lo planteó en la Sentencia del 5 de agosto de 2009, Radicación 36549 del 5 de agosto de 2009. En esta sentencia se señaló que no es posible acudir al principio de favorabilidad o *in dubio pro operario* para establecer extremos temporales del contrato de trabajo del demandante.

#### • Delimitación conceptual de la Corte Suprema de Justicia

Sin entrar a reevaluar sus conceptos, la Corte Suprema en la Sentencia del 15 de febrero de 2011, Rad. 40662, realizó una importante estructuración conceptual

sobre el principio protector, dando pie a establecer y delimitar conceptualmente las reglas que de este principio se desprenden.

- a. El principio *in dubio pro operario*, se presenta cuando frente a *una misma norma laboral* surgen **varias interpretaciones** sensatas, lo cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador.
- b. Su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo.
- c. Los jueces no están obligados en todos los casos, a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado.
- d. No se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento, y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.

Aquí quedan consolidadas las posiciones de la Corte, delimitando su alcance respecto de la aplicación del *in dubio pro operario*, pero en últimas, las reglas que se han previsto jurisprudencialmente para la aplicación del *in dubio pro operario* han conducido a su minimización, por las razones que procederemos a señalar en las conclusiones de este artículo.

#### 4. CONCLUSIONES

El Derecho del Trabajo surge con una orientación tuitiva y compensadora, enmendando jurídicamente la desigualdad material de las partes de la relación de trabajo, mediante un sistema de fuentes ordenado a través de normas imperativas, de carácter supletorio, en la medida que la prevalencia normativa no es jerárquica o vertical, sino por la norma mínima y la más favorable, cualquiera que sea su naturaleza. También cuenta con unos principios que – a diferencia de los principios generales del derecho – le brindan contenido material a la disciplina jurídica del trabajo en materia de conflictos normativos entre normas vigentes e incluso derogadas, y en materia hermenéutica incluyendo en todas, su dirección hacia la protección del trabajador.

Sin embargo, la práctica judicial ha eclipsado el alcance del principio protector, y –en lo que nos ocupó– el *in dubio pro operario*, el cual no tiene el mismo alcance del *in dubio pro reo*, al no preverse técnicamente como una herramienta de descarte probatorio frente a la ausencia de actividad de investigación

penal y no frente a una controversia adversarial entre las partes de una relación inicialmente contractual. El recorrido jurisprudencial nos ha visto abocados a que este principio no es aplicable en relación con la valoración o enjuiciamiento de los hechos, luego no puede tenerse en cuenta para recomponer el *onus probandi*, y la jurisdicción colombiana aún no lo pone en dinámica en atención a la disponibilidad o facilidad probatoria aun con el sistema de indicios; lo anterior por cuanto los hechos no conducen a ningún objetivo protector.

En cuanto al conflicto de posiciones jurídicas, la jurisprudencia en muy pocas ocasiones reconoce que hay dudas en su raciocinio, por cuanto ello también implica desproveerse de ese velo de “saber el derecho” que es completo, sin lagunas ni vacíos. Si se observa, prácticamente se acude más a los principios generales del Derecho común que a las reglas del principio protector, para dar salida a los problemas jurídicos suscitados, o en su defecto a las reglas de prevalencia.

A lo largo del análisis se han comentado algunos puntos de discrepancia con los criterios de la Corte Suprema de Justicia. En ellos se observa que la alta Corporación se ha encargado de limitar sustancialmente el contenido material del *in dubio pro operario* en lo que atañe a la naturaleza de quien interpreta como condición de validez, y a su objeto, cuáles son las fuentes materiales del derecho del trabajo. La duda no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Ahora bien, este es un criterio hermenéutico que ata al juez, quien está en la obligación de entender la norma –de cualquier tipo– de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador y, por ende, rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables y contrarios a sus intereses. Como lo dijo la Corte Constitucional en la Sentencia T-518 de 2013: “*El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente. No vacila la Corte en afirmar que toda trasgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso*”.

En últimas, como quiera que la indicación de decidir en caso de duda a favor del interés de una parte, aunque sea la más débil, no es calificada como una máxima de derecho natural y tampoco se trata de un principio que pueda obtenerse deductivamente del ordenamiento jurídico positivo; es la firme validación de que el derecho –incluido el derecho del trabajo– opera sobre ficciones; pero que a diferencia de las demás disciplinas jurídicas, el derecho del trabajo parte de un método deductivo –de la realidad– para moldear unas conclusiones tuitivas con ajustes legítimos emanados de la autoridad judicial, que es quien finalmente dice qué alcance tiene nuestro compartido derecho del trabajo.





# DE LAS CONCESIONES A LAS ZONAS FRANCAS EN COLOMBIA: UNA VISIÓN A PARTIR DEL TEMA DEL MUNDO DEL TRABAJO

*Luz Dary Naranjo Colorado\**

*Emilce Garzón Peña\*\**

## 1. INTRODUCCIÓN

En América Latina el mundo del trabajo viene sufriendo una importante transformación, a partir de los procesos de apertura económica y de globalización posteriores a 1989, cuando a través del Consenso de Washington, en su decálogo de postulados, se incorporara en las agendas de los países los llamados “planes de ajuste estructural”, donde se dio curso a fenómenos como los de “*disciplina presupuestaria, cambio de prioridades en el gasto público, reforma fiscal hacia bases imponibles amplias, liberalización financiera, tipos de cambio competitivos, liberalización comercial, apertura a las inversiones extranjeras, privatización de los sectores públicos, desregulación de la economía y garantías al derecho de propiedad*” (Naranjo & Garzón, 2010, p. 21).

Esta cadena de obligaciones ideológicas, económico-políticas y sociales, afectaron directamente los intereses de los trabajadores y sus formas de empleabilidad, las cuales se concretaban en contratos de trabajo, que fueron cambiados por modelos mucho más “flexibles”, que permitieran al corto plazo el desarrollo del nuevo modelo neoliberal bajo la lógica de la producción global.

De esta forma, la flexibilización laboral se concretó en una estrategia de supresión de obligaciones laborales a favor de los intereses del empleador que, en el fondo, era el inversionista extranjero que encontraba las fronteras abiertas para iniciar procesos de mercado, en un mundo que venía planteando la “redistribución industrial”, lo cual, tal como lo plantea Libardo Botero, consistía en que las economías más desarrolladas transfirieran a las economías en desarrollo, sus rubros manufactureros; esto en razón de las supuestas “ventajas

---

\* Doctora en Procesos Sociales y Políticos Latinoamericanos, de la Universidad de Arte y Ciencias (UARCIS). Magíster en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre. Abogada de la Universidad Libre. Licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigadora de la Universidad Autónoma de Colombia y coordinadora del Área Laboral y Seguridad Social de la misma institución educativa.

\*\* Magíster en Historia de la Universidad Nacional de Colombia. Abogada Universidad Libre. Docente investigadora, Universidad La Gran Colombia, Área de Derecho Laboral. Bogotá, Colombia.

comparativas”, que se habían logrado tras la flexibilización. Sin dudarle, una de las ventajas, y quizás la más importante, era la de los bajos salarios que esos países dispondrían para su entrada al mercado global. (Botero, 1992).

Bajo esta lógica, los trabajadores han visto desaparecer muchas de sus ganancias y derechos históricos, entre los que se pueden nombrar, el constante abuso e irrespeto a las legislaciones laborales, el aumento sistemático a la jornada de trabajo de ocho horas, la pérdida de las prestaciones sociales, la desaparición, casi por completo, de los contratos laborales a término indefinido, entre otros, sobre los cuales se han venido pronunciando los trabajadores, a través de sus organizaciones sindicales, los movimientos sociales y demás actores, en pro de proteger a la masa trabajadora. Hasta la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha llamado la atención sobre lo que denominó el “trabajo decente”, caracterizándolo desde los siguientes puntos:

1) Que pueda ser libremente escogido y que no haya discriminación en la selección (sea por sexo, nacionalidad o raza); 2) que existan medidas de protección para la salud de los trabajadores; 3) que haya libertad de asociación y sindicalización, así como libre acceso a la negociación colectiva; 4) que exista un mínimo de seguridad social; 5) que se garanticen el tripartismo y el diálogo social. Tal empleo es una fuente de dignidad, satisfacción y realización para los trabajadores. (Ghiotto & Pascual, 2010, p. 15).

Desde este panorama, de un trabajo flexibilizado y dirigido a un comercio mundial, se reflexiona de forma crítica sobre la figura de las zonas francas en Colombia, realizando un recuento histórico de su desarrollo, desde el modelo de enclave del siglo XIX, para evidenciar sus semejanzas con los procesos productivos desarrollados a partir de la década de 1990, donde la figura de las zonas de libre comercio, zonas francas o trabajo en maquilas, trajo nuevas dinámicas en torno al mundo del trabajo, la organización geopolítica y geoeconómica en el entorno nacional.

Para ello, el presente artículo se organiza en tres apartados: el primero, se refiere al tema de los enclaves y las concesiones en Colombia, como hecho histórico que antecede a un modelo como el de las zonas francas. El segundo, recoge los antecedentes de la figura de las zonas francas en Colombia, desde la incorporación de políticas ligadas a la libre inversión extranjera. Finalmente, en el tercero, se presenta la implementación de las zonas francas en la actualidad, como modelo que privilegia los intereses de los inversionistas extranjeros antes que el desarrollo productivo nacional, ligado al problema del empleo, visto desde la flexibilización y tercerización, como fenómeno de precariedad del trabajo.

## 2. DE LOS ENCLAVES EN COLOMBIA

En Colombia, a principios del siglo XX, se desarrolló el modelo de economía de enclave, que hacía parte del proceso que desde finales del siglo XIX venían

promoviendo las grandes potencias, en aras de la expansión del capitalismo industrial en el mundo. Esta estrategia de marcado corte económico, se basaba en el dominio y control de amplios territorios en países “no desarrollados”, con el fin de lograr establecer “ventajas” en favor de los intereses expansionistas dominantes, que se centraban específicamente en:

- a. El manejo de las materias primas necesarias para el desarrollo de las actividades económicas capitalistas (caucho, petróleo, frutos tropicales, entre otros).
- b. Instaurar zonas de influencia geopolítica y geoeconómica, para exportar capitales ya fuera como inversiones directas o préstamos financieros.
- c. Disponer de fuerza de trabajo a bajos costos, lo que aminoraba los gastos de producción e incentivaba la competencia.
- d. Imponer a los habitantes de las zonas periféricas el consumo de productos elaborados en los centros de producción capitalista. (Vega, Núñez, Pereira, 2009, pp. 104-105).

Así, los enclaves como “Estados dentro del Estado” se constituyeron en la forma perfecta de relación entre los países dominantes, tales como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, entre otros, y los países dependientes, como en el caso colombiano. (Vega, Núñez, Pereira, 2009). El enclave en Colombia se instauró a partir de la figura jurídica de las concesiones, que partía de ratificar la idea de propiedad del suelo y el subsuelo por parte de la Nación y no del propietario del terreno, por lo cual era necesario que el Estado concediera un permiso para la legal explotación de los recursos mineros o agrícolas. Solamente se protegían algunos casos especiales, en los cuales los propietarios poseían Cédulas Reales expedidas por la Corona Española, lo que los eximía de solicitar dicha autorización de explotación, Asociación Latinoamericana de la Industria del Petróleo (ALIP).

Por lo general, las concesiones se adjudicaban a un particular que, en la mayoría de los casos, representaba a compañías extranjeras, las cuales lograban así obtener no solamente la cesión de un espacio territorial, sino la propia soberanía de la Nación. Entre las más famosas concesiones colombianas están las de los recursos mineros, como el petróleo y el carbón, y las de los recursos agrícolas, como el banano.

El primer contrato de concesión data del siglo XIX, otorgado al señor Jorge Isaacs, quien buscaba carbón, ALIP. Ya en el siglo XX, las más famosas concesiones serán las del petróleo, con la concesión “Barco” (1905–1975) y “De Mares” (1905–1951), suscritas durante el gobierno de Rafael Reyes. La formalidad jurídica se sustentaría en el artículo 121 de la Constitución Política de 1886, que le permitían al Ejecutivo arrogarse poderes legislativos, sobre los cuales emitiría

una serie de decretos legislativos, entre ellos el 34 de 1905, por el cual el general Reyes se investía de facultades que, como lo cita Jorge Villegas, le permitían:

Otorgar privilegios en la construcción de canales, explotación del lecho de los ríos y canteras, depósitos de asfalto y aceites minerales... Los contratos que el poder Ejecutivo celebre, en virtud de las autorizaciones que por este decreto se le confieren, no necesitan de la formalidad de licitación pública ni de posterior aprobación del Cuerpo Legislativo. (Villegas, 1982, p. 16)

Así, el decreto alcanzaría la fuerza de Ley (6 de 1905) y se extendería a todo el territorio nacional.

La concesión “Barco”, suscrita entre Rafael Reyes y el general Virgilio Barco, se otorgaría sobre la zona nororiental del país, para la exploración y explotación de petróleo en el Catatumbo. Esta concesión sería traspasada, entre 1916 y 1918, a la Compañía Colombiana de Petróleos, controlada por capital estadounidense de la empresa Carib Syndicate.

La concesión “De Mares” (1905–1951), también otorgada por Rafael Reyes a su ahijado el señor Roberto de Mares sobre la zona del Magdalena Medio, se centraría en la exploración y explotación de petróleo en la región de Barrancabermeja. Para 1919, esta concesión fue solicitada en traslado por la compañía *Tropical Oil Company*, que resultaba una fachada de la *Standard Oil Company* del imperio de los Rockefeller. (Vega, Núñez, Pereira, 2009, p. 98).

En cuanto a los recursos agrícolas, el principal ejemplo es la concesión de explotación del banano, que fuera entregada al capital extranjero a través de la *United Fruit Company*, empresa estadounidense, la cual controlaba toda la producción en la región del magdalena colombiano (1904–1966).

Conforme lo afirma Marcelo Bucheli, la empresa norteamericana, creó la infraestructura necesaria para convertir a ciertos municipios del Magdalena en un enclave exportador. Este esfuerzo llevado a cabo por la compañía, se veía recompensado por su posición casi monopolística en el mercado mundial (77% del mercado en sus inicios) y por las inmensas ganancias que en algunos momentos llegó a obtener. (Bucheli, 1991, p. 107).

Compañías extranjeras como la *United Fruit* y la *Tropical Oil*, ingresaron a Colombia gracias a las “políticas favorables a la inversión externa”, promovidas durante el gobierno de Rafael Reyes (Bucheli, 1991), quien a través de la Ley 6 de 1905, se adjudicó la facultad de otorgar las concesiones sin ningún tipo de intervención legislativa, ni social.

Sin embargo, este modelo de economía de enclave ha sido duramente criticado, al igual que la institución jurídica de las concesiones, por las serias lesiones, desventajas e inequidades que ha traído, tanto a trabajadores, como a la propia

Nación, en temas como la preservación del medio ambiente, las garantías laborales, el valor de los recursos naturales y las regalías. Todo esto, en medio del favorecimiento del poderío extranjero, bajo la aprobación de los gobiernos o poderes locales, en detrimento de los intereses del pueblo colombiano. Tan es así, que se ha declarado sobre el modelo de enclave que:

El Estado local le cede tanto territorialidad como soberanía, para que la empresa foránea haga ‘lo que se le venga en gana’, en materia económica, social, laboral y ambiental, sin que eso redunde en el desarrollo del mercado nacional, puesto que la compañía busca acabar rápido con los recursos sin que las ganancias obtenidas se reinviertan en la economía doméstica. Para ello, el enclave dispone de una “infraestructura de fuga”, es decir, que comunica la zona donde está el recurso con los ríos, mares y puestos que permitan transportar el producto hacia el mercado mundial. Para los países dependientes, los enclaves tienen consecuencias negativas, por el deterioro ambiental, la destrucción de ecosistemas, la contaminación, y la explotación intensiva de los trabajadores locales, así como por la represión e intolerancia por parte de las compañías extranjeras. (Vega, Núñez, Pereira., 2009, p. 105)

Bajo esta perspectiva, y a partir de estos antecedentes de economía de enclave, se procede a analizar el “nuevo” modelo de las zonas francas en Colombia, con el fin de establecer el hilo común a todo este proceso económico, que marcará el devenir productivo de Colombia en el siglo XXI.

### 3. ANTECEDENTES DE LAS ZONAS FRANCA EN COLOMBIA

En cuanto al modelo de globalización y en torno a los procesos de trabajo, se consolidaría la estrategia de competitividad internacional como una “idea” de las firmas transnacionales para conseguir producción a mínimo costo, sostenido a partir del uso de la fuerza de trabajo barata de los países periféricos.

Esta nueva dinámica de producción internacional, reflejó la situación de un sector de los países desarrollados que transformaron sus tecnologías productivas y sus métodos de organización del trabajo, mientras que en los países no desarrollados se generaron “esquemas de segmentación productiva que dieron origen a las maquiladoras.” (Contreras, 2000, p. 22)

Esta situación particular de “redistribución industrial del mundo”, se comprende como un proceso, donde las economías desarrolladas aprovechan la conveniencia de “transferir a las economías en desarrollo los rubros manufactureros, en los cuales las primeras ya no poseen ventajas comparativas.” (Botero, 1992, pág. 50). Estas “ventajas” hacen referencia al tema de la competencia entre países industrializados, quienes buscan mejores utilidades a partir del uso de mano de obra a bajos costos. De allí que: *“uno de los mecanismos más utilizados desde hace unas cuatro décadas es el traslado de algunas operaciones productivas (las de utilización más intensiva de mano de obra) a países con bajos salarios.”*

Para los años ochenta, en países como Tailandia, Malasia, Filipinas e Indonesia, se observó un fuerte proceso de inversión de capital japonés, acompañado también, en menor medida, de recursos europeos y norteamericanos. En el caso de América Latina, tras las dinámicas de liberación comercial y de “movimientos” de capitales, de marcada influencia norteamericana, se promovieron acciones concretas como la iniciativa de la “Cuenta del Caribe,” bajo el mandato de Ronald Reagan, en donde se fortalecieron modelos de “zonas de producción para la exportación”, en países centroamericanos y caribeños, dentro de la misma lógica de inversión de capital extranjero.

Países centroamericanos y caribeños daban amplias facilidades a la inversión norteamericana, Estados Unidos otorgaría preferencias comerciales a sus productos, en particular aquellos generados con base en materias primas o productos semielaborados norteamericanos. En los últimos quince años, más o menos, han tenido un vertiginoso crecimiento las denominadas “zonas de producción para la exportación” en esa región, orientadas sobre todo al mercado estadounidense, como en República Dominicana, Honduras, El Salvador, etc. (Botero, 1992, p. 69).

Si bien Colombia no fue incluida dentro del modelo de la Cuenca del Caribe, sería posteriormente vinculada a la llamada “Iniciativa Andina”, que fuera aprobada por el Congreso Norteamericano, a finales del año 1991. Dentro de las preferencias comerciales, se excluyeron productos claves para el país, como

Flores, azúcar, confecciones, textiles y parcialmente productos de cuero, se consagra en sus normas la intención de beneficiar en especial productos que incorporen componentes norteamericanos.” (...) Así mismo, la “Iniciativa para las Américas”, contribuyó a las mismas políticas de liberalización comercial y movilidad de la inversión extranjera, favoreciendo notoriamente el capital norteamericano a costa del capital y trabajo nacional. Esto se ratifica en modelos como el “Plan Vallejo” y el Estatuto Cambiario de 1967, que se suma a la implementación de las “Zonas Francas”, que se constituyeron en las medidas acordes para incentivar la inversión extranjera, partiendo de la idea primordial de aprovechar la mano de obra barata “reciclando productos extranjeros para reexportar. (Botero, 1992, p. 69-70)

Bajo el gobierno de César Gaviria, se acomodó la realidad nacional a las necesidades de las transnacionales, en cuanto al modelo exportador, y para ello se tomaron en cuenta las recomendaciones y estudios del Banco Mundial sobre la industria nacional, los cuales se llevarían a cabo durante el periodo de Virgilio Barco. De esta forma, se consolidó una propuesta de producción al estilo maquilador, el cual se presentó al Congreso de la República, quedando en firme a través de la Ley 9 de 1990. Para ello, reformas como la Ley 50 de 1990, cumplía con las exigencias del Banco Mundial, en cuanto a las transformaciones sugeridas, tal como lo indica Libardo Botero cuando expone que:

Es claro que las transformaciones al régimen laboral allí sugeridas (a la unidad de empresa, a los despidos colectivos, a la estabilidad, a las cesantías, a la jornada

de trabajo), se proponen acomodarlo a las necesidades de las maquilas, para enganchar y desenganchar personal según las temporadas y cambios de moda en Estados Unidos y otros mercados del norte, para abrir nuevas factorías por los mismos inversionistas sin las garantías laborales de las empresas ya existentes, para reducir salarios a nivel del mínimo, etc. (Botero, 1992, p. 72).

De esta forma, a partir del gobierno Gaviria, mediante el Decreto 2817 de diciembre de 1991, se declararían como zonas de libre comercio las siguientes: Maicao, Uribia y Manaure en la Guajira, Tumaco en Nariño, Guapi en el Cauca, Necoclí, San Juan de Urabá, Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Acandí y Unguía en la zona de Urabá. Estas zonas adquirieron especial tratamiento aduanero, con exención arancelaria completa para mercancías importadas (mientras no se internarán al resto del territorio nacional) y libertad cambiaria. (Botero, 1992, p. 74)

También encontramos otros Decretos, como el 2131 de 1991, que otorgarían facilidades a los inversionistas, con el fin de estimular la implementación de tal modelo maquilador, el cual comenzó tímidamente, pero que, a principios de la segunda década del siglo XXI, adquiere un fuerte auge dentro del modelo de inversión extranjera a nivel nacional.

#### 4. ZONAS FRANCAS Y MAQUILAS EN COLOMBIA

En el mundo se reportan aproximadamente 2.500 zonas francas o maquiladoras, especialmente en países en vía de desarrollo. Según informe de la Asociación Latinoamericana de Zonas Francas, retomado por el Centro de Información y Documentación Empresarial sobre Iberoamérica (CIDEIBER), para el año 1992 existían las siguientes:

Estados Unidos tenía 326 zonas, Europa 105, América Latina y el Caribe 124, -por ejemplo, República Dominicana cuenta con 32 zonas francas, en su mayoría privadas, con un empleo aproximado de 150 mil personas, y Costa Rica quince zonas francas privadas y 70 mil empleos- África 36, el Lejano Oriente 78, y el Medio Oriente 18 (CIDEIBER, 2006).

En Colombia, a partir de los importantes antecedentes antes descritos y bajo las actuales políticas de desarrollo e impulso a los procesos exportadores, se han implementado un sinnúmero de estrategias económicas, políticas y laborales, entre las que se destaca la configuración de las “zonas francas”, las cuales se conciben como:

“Área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o de actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Las mercancías ingresadas en estas zonas se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones.” (Ley 1004, 2005)

Las zonas francas en el país, se caracterizan como un espacio del territorio nacional que ha sido delimitado y donde el Estado permite, mediante autorización, el desarrollo de un “régimen normativo especial”, a través del cual “se ofrecen incentivos en materia cambiaria, aduanera, de inversión de capitales, de comercio exterior y tributarios especiales sobre la venta de bienes y servicios a mercados externos.” (Garay, 2004, p 30.)

Un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Comercio Exterior, cuyo objeto es la prestación de un servicio público sin ánimo de lucro a personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, que introduzcan dentro del área mercancías o materias primas libres de gravamen para manufacturar u operar en ellas y bien exportar sus productos o importar al resto del territorio nacional bienes introducidos inicialmente en la zona, que en este caso, se someterán a las normas de conformidad con la legislación aduanera. Las zonas francas pueden ser administradas tanto por el sector público como por el sector privado nacional y extranjero, de acuerdo con lo establecido en los Decretos 2131 de 1991 y 971 de 1993. (Garay, 2004, P. 38)

La idea de la zona franca se instaura, entonces, como estrategia de fortalecimiento de los procesos de apertura e internacionalización de la economía, partiendo del desarrollo industrial, la generación de divisas y la expansión del comercio internacional. De esta forma, se concretan en Colombia tres clases de zonas francas: las industriales, las comerciales y las denominadas transitorias.

Dentro de las denominadas zonas francas industriales de bienes y servicios, están Barranquilla, Bogotá, Cali -la Ciudadela Industrial del Pacífico-, Cartagena, Cúcuta, Malambo, Palmaseca, Quindío, Rionegro y Santa Marta. Y de servicios turísticos: Barú y Eurocaribe de Indias, en Cartagena, y Pozos Colorados en Santa Marta.

Es importante anotar que, en Colombia, las zonas francas han venido adquiriendo gran importancia por su transcendencia en el desarrollo productivo y económico del país. Sin embargo, han sido duramente criticadas por los modelos de empleabilidad que se han establecido en las mismas, y que se sustentan en mano de obra a bajo costo, unido a elementos como la ubicación estratégica, la infraestructura y la transferencia tecnológica bajo la idea de “formación del recurso humano para su efectiva absorción.” (Garay, 2004)

Sobre el tema del trabajo en las zonas francas, en diversos países se han producido serias movilizaciones sociales y jornadas de resistencia, en protesta a las largas jornadas de trabajo, los bajos salarios y las pésimas condiciones laborales ligadas al desconocimiento mismo de los derechos al trabajo digno<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Sobre el particular, resulta interesante el documental “Zona de Esclavitud”, como material de investigación acerca del modelo de trabajo en las maquiladoras de Centroamérica, el cual



Estas circunstancias, validan la necesidad de analizar desde una perspectiva socio jurídica e histórica, las condiciones laborales reales de las zonas francas o maquiladoras en el país, toda vez, que existen 13 zonas, en sitios de gran importancia nacional, en las cuales, desde mediados de la década del noventa, se han venido impulsando nuevos modelos de empleabilidad, ligados a la creación masiva de puestos de trabajo.

Esta arremetida de empleos flexibilizados, se circunscriben a figuras como las de la tercerización laboral que, tal como lo plantea Ricardo Antunes, resulta convertirse en una situación sumamente compleja, que afecta el trabajo digno de miles de seres humanos.

Al contrario de aquellos que defienden la pérdida de sentido y de significado del trabajo, que cuando concebimos la forma contemporánea del trabajo, como expresión del *trabajo social*, que es más *complejizado*, *socialmente combinado* y aún más *intensificado* en sus ritmos y procesos, no podemos estar de acuerdo con las tesis que minimizan o hasta no consideran el proceso de creación de valores de cambio. Defendemos la tesis de que la sociedad del capital y su *ley del valor* necesitan cada vez *menos* del trabajo *estable* y cada vez *más* de las diversificadas formas de trabajo parcial o *part-time*, ‘tercerizado’, que son, en escala creciente, parte constitutiva del proceso de producción capitalista. (Antunes, 1999, p. 10)

En el caso de las zonas francas, la postura de Antunes permite visibilizar un proceso centrado en la economía de mercado, antes que, en el ser humano, en el que la producción busca lograr el máximo de plus valor, frente a un mínimo de gastos en mano de obra. No es el fin del trabajo, es la precarización de quienes viven del trabajo, en pro de la producción.

Exactamente porque el capital no puede eliminar el trabajo vivo del proceso de creación de valores, debe aumentar *la utilización y la productividad del trabajo, de modo que intensifique las formas de extracción sobre-trabajo en tiempo cada vez más reducido. Por lo tanto, una cosa es tener la necesidad imperiosa de reducir la dimensión variable del capital y la consecuente necesidad de expandir su parte constante.* Otra, muy diferente, es imaginar que, *eliminando el trabajo vivo, el capital pueda continuar reproduciéndose.* (Antunes, 1999, p. 10)

En esa misma línea de análisis, Renán Vega (2010), resalta la sistemática pérdida de las conquistas sociales y laborales de los trabajadores en los últimos tiempos, y que en espacios como el de las zonas francas se afecta a menores, mujeres y migrantes, colocando en evidencia el irrespeto a los derechos laborales mínimos, lo que se suma a la utilización indebida e ilegal de recursos naturales propios de los países donde el mercado globalizado viene abriendo sus puertas.

Existe un vínculo directo entre las formas oprobiosas de explotación laboral en todos los rincones del mundo con los beneficios de las empresas capitalistas nacionales e internacionales (...) Una buena parte de los productos y obras del mundo contemporáneo, y por lo tanto de la riqueza, son resultado de crímenes laborales en todo el orbe. Los automóviles, los computadores, los televisores se producen por la súper explotación de hombres, mujeres y niños en maquilas de México o del sudeste asiático. Las flores que engalanan las mesas de los hogares de los Estados Unidos o de Europa occidental proceden de empresas situadas en países del Sur (como Colombia) que explotan de sol a sol a humildes mujeres, a las que además contaminan con pesticidas y abonos químicos, a la par que erosionan los suelos y agotan las fuentes de agua. (Vega R., 2010, pp. 122-123).

Desde estas perspectivas, resulta muy importante reconocer que la institución de las zonas francas, se constituye en una figura compleja que debe ser analizada desde diversas variables, para comprender sus verdaderos alcances. Es así como, en torno al tema del trabajo y sus nuevos modelos de empleabilidad, no solamente se debe partir de la creación de puestos de trabajo, sino de la calidad de ellos. Esto visto desde la concepción misma de la OIT, que promueve la generación actual de trabajo decente, en pro de la disminución de la brecha de pobreza en el mundo.

## 5. CONCLUSIONES

Para abordar el análisis de las zonas francas en Colombia, se requiere volver a la propia historia nacional y reconstruir los modelos de producción que, a través del siglo XX, marcaron el devenir de su desarrollo, junto con la consolidación de una mano de obra, ligada a la exploración y explotación de sus recursos naturales.

El modelo de economía de enclave, la configuración de las concesiones y la explotación de los recursos mineros y agrícolas, entre otros, hacen parte de una realidad que no puede desconocerse y que permite comprender realmente lo que significan procesos como los desarrollados por empresas transnacionales en las actuales circunstancias, donde la realidad laboral de miles de personas está marcada por los intereses internacionales antes que por los desarrollos propios de la Nación.

La figura del trabajo y la generación de empleos precarios, dentro de procesos como los maquiladores, llevan a realizar análisis serios de la realidad, para replantear las políticas laborales, conforme a los postulados del reconocimiento de derechos y trabajo decente, con el fin de impactar, en alguna medida, la fuerte brecha existente entre pobres y ricos, entre desigualdad y opulencia, con miras a la construcción de un país pensado desde la inclusión y el respeto por los derechos.

**CAPÍTULO II**  
**DERECHO SINDICAL Y COLECTIVO**



# EL CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO. UNA APROXIMACIÓN A SU DEFINICIÓN JURÍDICA

*Luis Francisco Ramos Alfonso\**

## 1. INTRODUCCIÓN

En relación con la institución del conflicto colectivo de trabajo -en Colombia-, no existe una unidad de criterio sobre su definición entre los tratadistas del derecho, tanto en el plano nacional como en el internacional. En el presente escrito se analizarán, sucintamente, las definiciones dadas por algunos autores, al igual que unas sentencias de las diferentes Cortes y el criterio de la Organización Internacional del Trabajo, constituyéndose punto de partida, en aras de lograr la construcción de una definición jurídica del mismo.

En lo relacionado con el conflicto en sí, son varias las acepciones que de la palabra se conocen, ejemplo de ello, sería: combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, situación desgraciada y de difícil salida, problema, cuestión, materia de discusión. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos, momento en que la batalla es más dura y violenta.

Además de lo anterior, en algunos textos jurídicos se hace referencia a la palabra conflicto en el sentido que ésta lleva implícita la idea de controversia, antagonismo o desacuerdo. (Campos, 1997, p. 461). De igual manera, la encontramos como “choque de derechos, pretensiones o intereses”. (Rozo, 1990, p. 48). También como “lo más recio de un combate, pelea o contienda. Oposición de intereses en que las partes no ceden. El choque o colisión de derechos o pretensiones. Situación difícil, caso desgraciado.” (Osorio, 1994, p. 152)

Otros estudios sobre el conflicto en sí, lo asocian a: “...*oposición de fuerzas y voluntades contrarias; esta oposición cobra significados concretos de acuerdo con las diversas ópticas y enfoques con que se mire.*” (Ortiz, 2009, p. 420). En el mismo estudio, encontramos otra aproximación a la definición, como lo es “El primer acercamiento que se tiene con el término de conflicto conlleva a la definición escueta con sinonimias: divergencias, tensiones, rivalidades, discrepancias y luchas entre unidades sociales.” (Ortiz, 2009, p. 429)

---

\* Magíster en Derecho modalidad profundización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones jurídico-políticas y Derecho Público, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Abogado de la Universidad Libre. Profesor universitario en pregrado y posgrado en el Área Laboral y Seguridad Social.

El tratadista colombiano Campos Rivera (1997), al aproximarnos al tema escribe: “*La palabra conflicto viene de la voz latina configere, que lleva implícita la idea de controversia, antagonismo, desacuerdo. Conflictos del trabajo son, de esta manera, las controversias que se suscitan entre patronos y trabajadores por causa o con ocasión de la prestación de un servicio*”. (p. 461). Al analizarlo se observa que inicialmente lo asocia con las diversas definiciones que de la palabra conflicto se han esbozado; pero en lo relativo al campo del trabajo humano, ya se puede apreciar un breve distanciamiento de la noción clásica de conflicto en sí, como lo es que no se trata de un combate o una posición antagónica de intereses sino de controversias, las cuales pueden ser, claro está, solucionadas mediante el diálogo directo entre las partes, sin intervención de terceros.

### **Una aproximación a su definición jurídica**

En relación con el conflicto colectivo de trabajo, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2015) lo define así: “En las relaciones laborales, el que enfrenta a representantes de los trabajadores y a los empresarios”. Subyace en sí la idea de choque, combate o posición antagónica. Tratadistas del Derecho, en el ámbito nacional e internacional, han estudiado esta institución en lo relativo a su definición por lo cual se hace referencia a algunos de ellos.

Guillermo González Charry (1979):

Esta palabra suscita la idea de choque controversia o enfrentamiento. Pero también, la idea del camino obvio para arreglar las dificultades o inconvenientes. Según la real academia, significa lo más recio de un combate, combate y angustia de ánimo o apuro, situación desgraciada de difícil salida. Tiene, pues, un sentido doble en el campo laboral de pugna y de arreglo... Las nociones individuales, desaparecen y ceden campo a una más amplia y compleja: La del problema o conflicto entre el capital y el trabajo. (p. 13)

Conforme a esta definición, el autor hace referencia a intereses que se encuentran inmersos en el mundo del trabajo y que son diferencialmente opuestos, como lo es el capital representado en la clase empresarial o empleadores y el trabajo representado por la clase trabajadora, con intereses totalmente disímiles o contrapuestos, por lo que se puede concluir que el conflicto colectivo de trabajo se encuentra, de manera permanente, inmerso en dichas relaciones.

Para Ostau De Lafont (2006):

Al definir el conflicto colectivo laboral, podríamos señalar que es una realidad social, en donde el tema laboral está inmerso, ya que los conflictos laborales responden a las necesidades, miedos, y angustias, que se desarrollan en el orden social y económico por cualquier sociedad. (p. 329).

Constituye, sin duda alguna, una definición totalmente diferente a las citadas, en atención a que involucra el elemento sociológico, dada la importancia del trabajo dentro de un conglomerado social.

Según Domingo Campos Rivera, “*en sentido jurídico, el concepto de conflicto implica, pues, una actitud positiva del elemento humano encaminada a producir la paralización del trabajo. Si esa suspensión de actividades proviene de los trabajadores, puede denominarse huelga, o puede llamarse paro. Si proviene de los patronos, recibe el nombre de lockout.*” (1997, p. 462).

Al igual que la anterior, no se puede tomar como una definición completa, ya que tampoco tiene en cuenta un elemento importante del conflicto como lo es el objeto del mismo, toda vez que se basa en un elemento como la suspensión de actividades. Un aspecto importante, y que sirve de base para el presente trabajo, es que el profesor Campos, sí aporta un elemento sobre el inicio del conflicto colectivo de trabajo, cuando plasma en su obra lo siguiente: “*No nos parece lógico, sin embargo, hablar de conflicto antes que se agote la etapa de arreglo directo. El conflicto se presenta exactamente, al concluir esta etapa sin que se haya llegado a un acuerdo.*” (Campos, 1997, p. 461)

Edgardo González (2010), considera: “*Conflicto colectivo del trabajo es una controversia de intereses de carácter colectivo, de naturaleza económica o jurídica y de índole laboral*”. (p. 53)

El autor referencia el conflicto como una controversia, distanciándose de los otros autores hasta ahora citados, para quienes controversia es distinto de conflicto; pero sí cita el objeto del conflicto y la naturaleza del mismo.

Guillermo Guerrero Figueroa (2011):

Por conflictos laborales se entienden las fricciones y diferencias que puedan producirse en las relaciones de trabajo. Desde un paro en masa, que pone en peligro la vida de una comunidad, hasta la más leve controversia sobre si cierta empresa ha impuesto o no sanción injusta a uno de sus empleados. En este sentido amplio, el concepto se extiende incluso a fenómenos económicos. Igualmente, este nombre se puede aplicar a las diferencias jurídicas que surjan entre las partes de un contrato de trabajo sobre el cumplimiento o incumplimiento de sus cláusulas, así como las infracciones cometidas por las empresas en desacato de las normas laborales establecidas en favor de los trabajadores. En sentido restringido, se reserva para los desórdenes de carácter colectivo que perturban la paz social. (p. 230).

Aunque la anterior, es una definición compleja, aborda diversos aspectos lingüísticos, como fricciones y diferencias en el mundo del trabajo, pero no establece cuál es la diferencia entre uno y otro. De igual manera, enuncia en la definición los diferentes tipos de conflictos colectivos de trabajo, como lo son los jurídicos y económicos, para referirse al sentido amplio y restringido de la definición.

Edgar Ospina Duque (2013), señala:

El conflicto económico o de intereses es el que se presenta cuando se enfrentan empleadores y trabajadores, porque estos están inconformes con las condiciones de trabajo y, mediante la presentación y negociación del pliego de peticiones, buscan modificar los derechos nacidos y existentes que figuran en la ley, en los contratos de trabajo, en la convención o el pacto colectivos, y/o se proponen crear nuevos derechos, o modificar o suprimir las condiciones de trabajo ya existentes (p. 249).

La definición, no solamente hace referencia a las partes involucradas en el conflicto, sino también enuncia el objeto del conflicto, como lo es modificar las condiciones de trabajo existentes, pero excluye de la definición los conflictos jurídicos.

En el ámbito internacional, también encontramos algunas definiciones sobre el conflicto colectivo del trabajo, entre las que tenemos:

Manuel Alonso García (1981), dictamina que: *“se puede definir el conflicto colectivo como aquel cuyas consecuencias o efectos, derivados de la pretensión que encierra, se extienden a personas no sujetos del conflicto, que resultan afectadas esencialmente por el mismo.”* (p. 111)

El profesor Alonso García, tomó como fundamento para la definición las consecuencias del conflicto, dejando de lado temas tan importantes como el objeto del mismo o su inicio, razón por la cual no se podría tener como una definición completa del conflicto colectivo de trabajo.

Mario De la Cueva (1959), entiende por conflicto colectivo:

La controversia de naturaleza económica sobre creación, modificación, suspensión de las condiciones generales de trabajo y la de carácter jurídico, que verse sobre el derecho a la existencia o a la libertad de grupos profesionales o a la interpretación genérica o aplicación del contrato colectivo de trabajo, siempre que en este último caso se afecte el interés profesional que representen los sindicatos. (p. 756)

En nuestro criterio, el profesor De la Cueva, desarrolla elementos determinantes, pero incurre en el error de encasillar los conflictos colectivos del trabajo, involucrando únicamente a los trabajadores sindicalizados, y excluyendo del conflicto, a los no sindicalizados.

Tomás Sala Franco (2003), p. 474:

Los conflictos colectivos económicos o de intereses, se plantean cuando una de las partes -normalmente los trabajadores- quieren introducir una nueva norma convencional o pretenden que se modifiquen o derogue la norma existente. El conflicto colectivo de intereses típico es el que se produce con la ruptura de las negociaciones de un conflicto colectivo. (p. 474)



La jurisprudencia nacional también se ha ocupado del tema, en la siguiente forma: a través de la jurisprudencia de las altas Cortes, es posible identificar diferentes etapas que ilustran desde cuándo se inicia el conflicto colectivo, hasta cuando termina, pudiendo con ello reflejar el estado actual de discusión del mismo, con sus características propias.

Dicho lo anterior, se empezará por definir qué se ha entendido como conflicto laboral, así como las actuaciones que lo originan, para con ello construir un concepto de conflicto colectivo.

Pues bien, en la Corte Constitucional (Sentencia, T-1166 de 2004, M. P. Jaime Araujo Rentería) se ha afirmado que:

De acuerdo con los planteamientos de la OIT, los conflictos que tienen origen en la relación laboral, pueden ser de dos tipos: de un lado, los llamados conflictos jurídicos o de derecho, que versan sobre la interpretación o alcance de una norma jurídica—ley, convención colectiva, contrato individual.

De otra parte, los conflictos económicos o de intereses han sido entendidos como las controversias que surgen, no por la interpretación en torno a un derecho, sino sobre las reivindicaciones tendientes a crear un nuevo derecho, o a modificar los existentes. Dichos conflictos, por lo general, son de naturaleza colectiva, en tanto que se configuran entre los trabajadores colectivamente considerados (sindicalizados o no) y el empleador o asociación patronal, en desarrollo de las reclamaciones de los primeros.

Estos son conocidos como conflictos colectivos de trabajo, para cuya solución no se acude a procedimientos judiciales, sino a la negociación colectiva entre el grupo de trabajadores y el empleador—o asociación patronal—, a la huelga o a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, de conformidad con los criterios vigentes.

La solución a este tipo de conflictos se da mediante la firma de una Convención Colectiva entre las partes, o por laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento. (Corte Constitucional, sentencia T-1166 de 2004, M. P. Jaime Araujo Rentería).

El Código Sustantivo del Trabajo establece un procedimiento para la solución del conflicto colectivo laboral, que, descrito en términos amplios, toma su punto de partida con la denuncia de la convención colectiva y la presentación del pliego de peticiones, y se desarrolla en una segunda etapa, con las conversaciones directas entre el sindicato y la empresa; y que permite, ante la falta de acuerdo parcial o total, el ejercicio del derecho de huelga para solucionar las diferencias con la firma de la convención colectiva o mediante la decisión de árbitros.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en diferentes providencias ha expuesto que:

El conflicto colectivo económico de trabajo es una de las instituciones que desarrolla y garantiza el derecho a la negociación colectiva. Tiene como finalidad u objetivo el que los trabajadores puedan mejorar sus condiciones de trabajo, como así está concebido en las leyes laborales y los tratados internacionales vigentes (Convenio 98 de 1949, aprobado por la Ley 27 de 1976).

Así mismo, en sentencia de homologación del 14 de febrero de 1980, expediente N° 7378, se dejó consignada la siguiente orientación:

En el derecho laboral moderno las negociaciones colectivas entre patronos y grupos de trabajadores generalmente coligados en organizaciones sindicales, son la forma eficaz y pacífica para que quienes viven del esfuerzo cotidiano puedan lograr su mejoramiento económico y social mediante la celebración de convenciones colectivas de trabajo reguladoras de las condiciones jurídicas y económicas para la prestación de los servicios subordinados en el establecimiento respectivo. Y constituyen además tales negociaciones un importante factor de progreso de la legislación laboral, de suya más dinámica que la propia de materias diferentes, como tutelar que siempre debe ser de los derechos de quienes tienen como principal fuente de ingresos su trabajo personal. (G. J. T. 161, 2402, pp. 38-39).

En ese mismo sentido, se pronunció la sentencia de homologación del 17 de marzo de 2000, radicación 14010, sosteniendo que “por principio, la negociación colectiva tiene como finalidad el mejoramiento de los derechos de los trabajadores”<sup>31</sup>.

La Organización Internacional del Trabajo, en sus diferentes convenios, no hace referencia específica a lo que se debe entender por conflicto colectivo de trabajo; pero en uno de ellos, el 84 de junio 19 de 1947, se aprecia en su preámbulo lo siguiente:

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al derecho de asociación y a la solución de conflictos de trabajo en los territorios no metropolitanos...

Art. 5° -Todo procedimiento para examinar los procedimientos entre los empleadores y trabajadores deberá ser tan sumario y tan sencillo como sea posible.

Art.6°-1. Se deberá estimular a los empleadores y trabajadores para que eviten los conflictos y para que, en caso de que surjan, los resuelvan en forma equitativa por medio de la conciliación.

Art. 7.-1. Tan pronto como sea posible, se deberán crear organismos para la solución de los conflictos entre empleadores y trabajadores. (Bassam y otro, 2001, p. 312).

---

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Homologación Acta 8 radicación No. 14010, M. P. Francisco Escobar Henríquez, Santafé de Bogotá, D.C., marzo 17 de 2000.

En el Convenio 151 de 1978, referente a las relaciones de trabajo en la administración pública, en la parte V, sobre solución de conflictos apreciamos:

Art.7- La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación colectiva de trabajo entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

El conflicto colectivo de trabajo tampoco es definido por nuestra Constitución Política, ya que en su artículo 55 únicamente hace referencia al deber del Estado de promover la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, sin entrar a definir el mismo. Igualmente, sucede con nuestro Código Sustantivo de Trabajo, cuando en su artículo 432 se refiere a los eventuales efectos del mismo, pero sin definirlo. No obstante, en el Código implícitamente se subyace la idea de la combatividad u oposición de fuerzas que se ha utilizado por varios de los autores citados. Al no encontrar definición legal del Conflicto Colectivo de Trabajo, no es posible atender su tenor literal.

Finalmente, y como el objetivo inicial del presente escrito es aproximarnos a la construcción de una definición jurídica del Conflicto Colectivo de Trabajo, fundamentándose en la perspectiva kelseniana, se aporta a la discusión la siguiente definición: Conflicto Colectivo de Trabajo, para nosotros, es el que se presenta entre un empleador o sindicato de empleadores, con un sindicato o sindicatos de trabajadores, o grupo de trabajadores no sindicalizados, y relacionado con las condiciones de trabajo.



# NEGOCIACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO

Ana Rocío Niño Pérez\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Se plantea un estudio a partir de los convenios sobre las relaciones de trabajo en: *la Administración pública, 1978 (núm. 151)*, *la negociación colectiva, 1981 (núm. 154)*, *la recomendación sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública, 1978 (núm. 159)* y *la recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163)*.

Debemos preguntarnos, ¿cómo los convenios y la jurisprudencia abrieron la posibilidad a la negociación colectiva del empleado público en Colombia? Surgen así, los Decretos 535 de 2009; 1092 de 2012, y 160 de 2014, que serán tratados a nivel del cambio, respecto del procedimiento, con algunos comentarios respecto al panorama internacional frente a este tema.

### Antecedentes

Hablar de este tema, cuando han existido cambios trascendentales en las economías de los países, la reducción del sector público, la redefinición del papel del Estado, las reestructuraciones, la globalización, la expansión de formas atípicas del trabajo como las cooperativas de trabajo asociado, la tercerización, la subcontratación, los empleos temporales, los ceses de actividades de las empresas multinacionales, dejando grandes pasivos humanos y ambientales, (Francisco, 2015 “Carta Encíclica Laudato si”), entre otras, es demasiado sensible y complejo. No por el contenido, sino por la variedad de problemáticas dentro del mundo del trabajo, que limita aún más el derecho de negociación.

Tal como lo ha señalado la OIT, la cobertura personal de los convenios colectivos se ha disminuido, por factores como los altos niveles de desempleo y la expansión de la economía no estructurada, la flexibilización, la deslocalización y desregularización del trabajo donde es difícil o casi imposible la sindicalización y mucho menos la negociación. Pero frente a esta realidad se ha progresado frente a la negociación del empleado público, no solo en Colombia sino a nivel mundial (Gernigon, Odero & Guido, 2000).

La negociación colectiva en nuestra Administración pública es una realidad compleja y muy discutida, ya que, si bien se trata de servidores públicos tal como

---

\* Magister en Derecho del Trabajo y seguridad Social de la Universidad Nacional. Especialista en Derecho Laboral de la Universidad Javeriana. Abogada de la Universidad Libre, docente universitaria en pregrado, posgrado y defensora pública en Laboral de la Seccional Bogotá.

los clasifica la Constitución Política, ellos son disímiles, dada la clasificación, estructura organizativa, factores institucionales e incluso intereses frente a la negociación.

Las normas internacionales desde su principio han procurado la protección del derecho de negociación, aun frente a la realidad en que vivimos; obsérvese como en la Declaración de Filadelfia de 1944, que forma parte de la Constitución de la OIT, se estableció «*la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan [...] lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.*» Y fue como la OIT profirió el Convenio 98, en 1949, que ha sido ratificado, diríamos, de manera mundial (155 Estados han ratificado dicho convenio).

La OIT en 1998 aprobó «*La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*» (Kellerson, 1998), señalando que, aun cuando los miembros no hubieran ratificado los convenios fundamentales, tienen el compromiso de respetarlos, promoverlos y hacerlos realidad. Dentro de dichos principios, figura el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, junto con la libertad sindical y la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, del trabajo infantil y de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Se debe aclarar que: “*el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, no es aplicable a ciertas categorías de empleados públicos, y que el Convenio y la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971, se aplican a los representantes de los trabajadores en la empresa*” ([www.empleadospublicos.co](http://www.empleadospublicos.co)).

Por su parte, el Convenio 151 de 1978, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, en su artículo 7 señala que:

Deben adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

Y en el artículo 8, se señala que la solución de los conflictos:

Que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

Este Convenio fue ratificado por Colombia mediante la Ley 411 de 1997 (19 años después de la promulgación del mismo).

Por su parte, en la Recomendación 159 (1978), sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, se señala que, cuando existan acuerdos entre las Entidades y los empleados públicos, ellas deben indicar su periodo de vigencia y le procedimiento para su terminación, renovación o revisión.

Igualmente, en el Convenio 154 de 1981 sobre el fomento de la negociación colectiva, en el artículo 1, numeral 3, señala que: en lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de dicho Convenio.

Y el artículo 5 del mencionado Convenio, señala que se deben adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales, para fomentar la negociación colectiva.

Este Convenio fue ratificado por Colombia mediante Ley 524 de 1999 (18 años después de la promulgación del mismo).

Por último, la Recomendación 163 de 1981, relacionada con el fomento de la negociación colectiva en uno de sus apartes señala, que: “Las partes en la negociación colectiva deberían conferir a sus negociadores respectivos el mandato necesario para conducir y concluir las negociaciones a reserva de cualquier disposición relativa a consultas en el seno de sus respectivas organizaciones”.

Además de que las partes deberían contar con las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa, por lo que:

(...) a petición de las organizaciones de trabajadores, los empleadores - públicos y privados deberían proporcionar las informaciones acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto que sean necesarias para negociar con conocimiento de causa; si la divulgación de ciertas de esas informaciones pudiese perjudicar a la empresa, su comunicación debería estar sujeta al compromiso de mantener su carácter confidencial en la medida en que esto sea necesario; las informaciones que puedan proporcionarse deberían ser determinadas por acuerdo entre las partes en la negociación colectiva.

Todos los anteriores Convenios y Recomendaciones, son los pilares para la negociación del empleado público.

La Constitución Política de 1991 en el artículo 55 indica que “*Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.*”

En el mismo, no se muestra una exclusión expresa del derecho de negociación del empleado público. Inicialmente, se reconoce el derecho de negociación única

y exclusivamente para los trabajadores del sector privado y los trabajadores oficiales (Artículo 416 Código Sustantivo del Trabajo), que tienen una condición similar, y es que los dos están protegidos<sup>32</sup> con contratos de trabajo, con unos derechos mínimos señalados en la ley, y los cuales pueden procurar beneficios económicos y profesionales, a través de la negociación colectiva, pero lo restringía a los empleados públicos. Sin embargo, las voces internacionales habían pregonado la integración y la posibilidad de que todos los empleados indistintamente puedan adelantar procesos de negociación colectiva.

Colombia, para tratar de llegar a ello, ha dado cambios fuertes frente, incluso, a su propia normatividad y jurisprudencia, para la muestra, algunas de ellas, en donde se evidencia una relativa uniformidad en la postura de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de considerar que existe una prohibición para los empleados públicos de realizar negociaciones colectivas planteada en el Código Sustantivo del Trabajo, parte colectiva.

A continuación, me permito presentar una síntesis de algunas de las sentencias relacionadas con la negociación del empleado pública, en orden cronológico:

<p style="text-align: center;"><b>C-110 de 1994</b></p> <p style="text-align: center;"><b>M. P. José Gregorio Hernández Galindo</b></p>	<p><i>“El artículo 39 de la Constitución únicamente excluyó a los miembros de la fuerza pública, con el objeto de preservar su absoluta imparcialidad, pues la función que cumplen tiene por fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional. Pero la Carta de 1991 no estableció distinciones entre los demás trabajadores y, por el contrario, reconoció esta garantía a todos ellos, independientemente de su vinculación a empresas privadas o a entidades públicas. Si el Constituyente no introdujo entre los servidores del Estado distinción alguna en punto de la asociación sindical, aparte de la relacionada con la Fuerza Pública, es necesario concluir que el legislador quedó facultado a la luz de la normatividad superior para disponer en forma expresa que el indicado derecho cobija a todos los trabajadores del servicio oficial con la excepción dicha”</i></p>
---	---

<sup>32</sup> Decimos protegidos, por cuanto al suscribirse un contrato de trabajo, están cubiertos por la normatividad como el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 6 de 1945, situación que no podría predicarse de las demás relaciones atípicas que ahora proliferan, no solo en Colombia sino a nivel internacional fruto del egoísmo y del mercado divinizado, convertido en regla absoluta. (Francisco, 2015).



<p style="text-align: center;"><b>C-377 de 1998</b></p> <p><b>M. P. Alejandro Martínez Caballero</b></p>	<p><i>“La Corte debe condicionar el alcance de los artículos 7° y 8° del convenio bajo revisión [Convenio 151] en relación con los empleados públicos, por cuanto esas normas autorizan a tomar en cuenta las especificidades de las situaciones nacionales. Así, el artículo 7° no consagra un derecho de negociación colectiva pleno para todos los servidores públicos, sino que establece que los Estados deben adoptar "medidas adecuadas a las condiciones nacionales" que estimulen la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de servidores públicos, lo cual es compatible con la Carta. Además, esa misma disposición prevé la posibilidad de que se establezcan "cualesquiera otros métodos" que permitan a los representantes de los servidores estatales "participar en la determinación de dichas condiciones", lo cual es armónico con la posibilidad de que existan consultas y peticiones de los empleados públicos a las autoridades, sin perjuicio de las competencias constitucionales de determinados órganos de fijar unilateralmente el salario y las condiciones de trabajo de estos empleados. Igualmente, el artículo 8° reconoce que los procedimientos conciliados de solución de las controversias deben ser apropiados a las condiciones nacionales, por lo cual la Corte entiende que esa disposición se ajusta a la Carta, pues no desconoce la facultad de las autoridades de, una vez agotados estos intentos de concertación, expedir unilateralmente los actos jurídicos que fijan las funciones y los emolumentos de los empleados públicos” (Subrayado del autor)</i></p>
<p style="text-align: center;"><b>C-161 de 2000</b></p> <p><b>M. P. Alejandro Martínez Caballero</b></p>	<p><i>“Ahora bien, las anteriores precisiones en manera alguna implican que la Corte debe condicionar el alcance de los artículos 7° y 8° del convenio bajo revisión en relación con los empleados públicos, por cuanto esas normas autorizan a tomar en cuenta las especificidades de las situaciones nacionales. Así, el artículo 7° no consagra un derecho de negociación colectiva pleno para todos los</i></p>

	<p><i>servidores públicos, sino que establece que los Estados deben adoptar "medidas adecuadas a las condiciones nacionales" que estimulen la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de servidores públicos, lo cual es compatible con la Carta"</i></p>
<p><b>CSJ. Sentencia del 5 de junio de 2001.</b></p> <p><b>Rad. 16788</b></p> <p><b>M. P. Germán Valdés Sánchez</b></p>	<p><i>"La restricción al derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos no se contraponen a los Convenios 151 y 154 de la OIT, aprobados por las Leyes N° 411 del 5 de Noviembre de 1997 y 524 del 12 de Agosto de 1999 respectivamente, porque en tales instrumentos internacionales se consagra la negociación colectiva para los empleados públicos como una de las opciones que puede adoptar la autoridad nacional competente o también como una medida deseable para que las organizaciones que representan a aquéllos participen con las autoridades públicas competentes en el establecimiento de las condiciones de trabajo, así como en la solución de sus diferencias laborales. Por ello, se hace en estos una invitación a los Estados para que, de acuerdo con las situaciones propias de cada nación, se adelanten campañas de estímulo y fomento de tal mecanismo de concertación en el sector público. Lo que, además, por mandato constitucional - inciso dos del artículo 55 de la C. P. – constituye un deber para el Estado colombiano"</i></p>
<p><b>C-201 de 2002</b></p> <p><b>M. P. Jaime Araujo Rentería</b></p>	<p><i>"El artículo 416 del C.S.T. restringe el derecho de negociación colectiva para los sindicatos de empleados públicos en el sentido de prohibirles presentar pliegos de condiciones y celebrar convenciones colectivas, restricción que la Corte reiteradamente ha considerado acorde con la Constitución Política. Sin embargo, la Corte debe advertir que, estando garantizado constitucionalmente el derecho de negociación colectiva para todas las relaciones laborales, incluidas las de los empleados públicos, y existiendo una amplia facultad de configuración normativa en esta materia por parte del legislador, este último podría en el futuro permitirles a dichos empleados presentar pliegos de condiciones"</i></p>

<p style="text-align: center;"><b>C-1234 de 2005</b></p> <p style="text-align: center;"><b>M. P. Alfredo Beltrán Sierra</b></p>	<p><i>“Tratándose de negociaciones colectivas con los sindicatos de empleados públicos, debe tenerse en cuenta que si bien la negociación no es plena, porque se entiende que la decisión final le corresponde adoptarla a las autoridades señaladas por la Constitución (es decir, en el ámbito nacional al Congreso y al Presidente de la República, y en el ámbito territorial, a las Asambleas, Concejos, Gobernadores y Alcaldes), esto no implica que los sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en el caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades. En tales instancias, el Estado- empleador tiene la obligación no sólo de recibir las peticiones, consultas o los reclamos hechos a través de la organización sindical de los empleados públicos, sino de oír y adoptar todos los procedimientos encaminados para que las autoridades que son en últimas las que toman las decisiones, evalúen los derechos que reclaman los servidores del Estado y se pueda adoptar una solución en lo posible concertada y que favorezca los intereses de las partes y del país”</i></p>
<p style="text-align: center;"><b>C-280 de 2007</b></p> <p style="text-align: center;"><b>M. P. Humberto Antonio Sierra Porto</b></p>	<p><i>“Por otra parte, cabe recordar que el inciso tercero del artículo primero del Convenio 154 de la OIT permite que la legislación interna señale modalidades particulares de negociación para la administración pública, previsión a la cual se ajusta la disposición demandada. En ese sentido, establecer limitaciones temporales al ejercicio del derecho de negociación colectiva de quienes laboran en entidades públicas del orden nacional no desconoce el alcance del instrumento internacional, debido precisamente a que estarían justificadas por los peculiares intereses que tutela y satisface el proceso de disolución y liquidación de organismos estatales a los cuales se ha hecho antes alusión”</i></p>

<p style="text-align: center;"><b>C-063 de 2008</b></p> <p style="text-align: center;"><b>M. P. Clara Inés Vargas Hernández</b></p>	<p><i>“El derecho de negociación colectiva no se limita a la presentación de los pliegos de peticiones y a las convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan el fin de regular las condiciones del trabajo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos, así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores”</i></p>
<p style="text-align: center;"><b>C-466 de 2008</b></p> <p style="text-align: center;"><b>M. P. Jaime Araujo Rentería</b></p>	<p><i>“A partir de la ratificación del Convenio 154 de la OIT por el Estado colombiano y la incorporación de este Convenio a la legislación interna por medio de la Ley 524 de 1999, se está ante un contexto normativo distinto al que existía cuando la Corte Suprema de Justicia, en el año de 1991, en la sentencia C-115 de 1991, examinó el numeral 4 del artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, por un lado, no había sido incorporado por medio de la Ley, el Convenio 154 de la OIT, y del otro, los cambios introducidos son sustanciales y acordes con la Constitución, por las razones expuestas en la sentencia que aprobó dicho tratado. El Convenio 154 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad por tratar de disposiciones sobre el derecho a la negociación colectiva que afectan de manera directa la libertad sindical y el derecho de asociación sindical, convenio que ha servido en otras oportunidades de parámetro normativo para las decisiones de constitucionalidad de esta Corporación. Por tal motivo, la norma contenida en el numeral 4 del artículo 448 del C. S. T. objeto de la acusación, debe ser objeto nuevamente de juzgamiento sobre su validez constitucional mediante su confrontación con el bloque de constitucionalidad, el cual ha sido modificado, creando un nuevo contexto normativo que resulta referente necesario para el juicio de constitucionalidad.</i></p> <p>(...)</p>

	<p><i>La negociación colectiva constituye un procedimiento que concreta y fortalece el acuerdo de voluntades y es uno de los medios más importantes para fijar las bases fundamentales del trabajo. Por consiguiente, la negociación colectiva libre y voluntaria se presenta en el ámbito constitucional como el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de patronos y los trabajadores, que goza de amplio sustento y garantía constitucional</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>El concepto de negociación colectiva consagrada en el Convenio 154 de la OIT e incorporado a la legislación colombiana por la Ley 524 de 1999 y el artículo 55 de la Constitución corresponde a un concepto más amplio que las figuras pliegos de peticiones y convención colectiva, y la etapa de arreglo directo constituye la primera oportunidad que tienen tanto los trabajadores como los empleadores para llegar a un acuerdo a partir del pliego de peticiones formulado, antes de tomarse la decisión de declarar la huelga o de someter las diferencias a un tribunal de arbitramento, o de convocar un tribunal de arbitramento obligatorio en aquellos casos de servicios públicos esenciales”</i></p>
<p><b>T-813/08</b></p> <p><b>M. P. Rodrigo Escobar Gil</b></p>	<p><i>“El aludido contenido normativo del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, conforme al cual “[l]os sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas” fue declarado exequible por la Corte advirtiendo que, no obstante esa limitación legal, los sindicatos de empleados públicos no están excluidos del derecho a la negociación colectiva, la cual, en su caso, si bien no es plena, esto no implica que los sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en el caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades”</i></p>

<p><b>Sentencia del 3 de marzo de 2010.</b></p> <p><b>Rad. 36416</b></p> <p><b>M. P. Luis Javier Osorio López</b></p>	<p><i>“Desde el punto de vista puramente jurídico, son dos las principales conclusiones a que arribó el Tribunal; una en el sentido de que conforme a la Constitución Nacional la potestad de regular el régimen prestacional de los empleados públicos es exclusiva del Congreso de la República, y por delegación que éste le hiciera el Gobierno nacional; y otra, que en el ordenamiento interno colombiano los empleados públicos no están facultados para presentar pliegos de peticiones ni tienen la garantía de la negociación colectiva para regular sus relaciones laborales, como tampoco la posibilidad de que se les extiendan derechos convencionales logrados por los trabajadores oficiales”</i></p>
<p><b>Sentencia del 21 de mayo de 2010.</b></p> <p><b>Rad. 37385</b></p> <p><b>M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza</b></p>	<p><i>“Debe la Corte precisar que si la demandante legalmente no podía presentar a su empleador oficial un pliego de peticiones ni, por tanto, celebrar una convención colectiva de trabajo, forzoso es concluir que tampoco podían extenderse los beneficios del convenio colectivo suscrito por los trabajadores oficiales del municipio, pues la extensión a terceros de que trata el artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo debe ser armonizada con la restricción establecida en el artículo 416 de ese estatuto y, por ello, entenderse que su aplicación parte del supuesto de que los trabajadores que puedan verse beneficiados por la ampliación de la convención colectiva estén legalmente habilitados para suscribir una, pues no tendría ningún sentido que, por la vía de la utilización de esa prerrogativa, se encuentre un mecanismo para burlar la prohibición contenida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, que, en esencia, lo que busca es que los empleados públicos no puedan resultar beneficiados de los derechos consagrados en una convención o pacto colectivos de trabajo”</i></p>

<p><b>Sentencia del 15 de febrero de 2011.</b></p> <p><b>Rad. 38303</b></p> <p><b>M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez</b></p>	<p><i>“Se observa que la mencionada disposición hace alusión expresamente a contratos de trabajo, y es claro que, a la administración pública bajo esa modalidad, solamente son vinculados los trabajadores oficiales; por su parte, los empleados públicos tienen con ella una vinculación legal y reglamentaria, que no se puede modificar sino por preceptos de la misma jerarquía (Art. 416 Código Sustantivo del Trabajo). En ese orden, los empleados públicos, no podrían beneficiarse de dichos acuerdos colectivos, así estos se les haga extensivos. Igualmente, el artículo 55 de la Constitución de 1991, en que se apoya el recurrente, estipula que se garantizará el derecho a la negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley, entre las cuales se encuentra, la consagrada en el mencionado artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo”</i></p>
---	--

Revisando las sentencias aquí enunciadas, al igual que Anderson Salgado, podemos afirmar que se puede precisar que existe una relativa uniformidad en la postura de ambas Cortes, al considerar que existe una prohibición para los empleados públicos de realizar negociaciones colectivas, pero se considera una negociación que no es plena y que se pueden utilizar otros mecanismos para la solución de conflictos con los empleados públicos:

Observemos que, en el año 2005, la Corte Constitucional no se refirió a una prohibición absoluta, sino que señaló que “la negociación no es plena”, en la medida que su adopción encuentra restricciones en la movilidad de discusión y de decisión, ya que esta finalmente es tomado por las autoridades constitucionalmente facultadas para disponer los términos de la relación laboral.

En el año 2008, la Corte señaló que el derecho a la negociación colectiva no se limitaba a la facultad de presentar pliegos de peticiones ni a las convenciones colectivas, sino que podía abarcar otras formas de negociación, abriendo posibles escenarios de interacción entre los empleados públicos y las autoridades sin significar la presentación de pliego de peticiones, y una eventual violación al reiteradamente mencionado artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y en el mismo año, la Corte Constitucional fue más allá e indicó que los sindicatos de empleados públicos no estaban excluidos del derecho a la negociación colectiva y, aun cuando esta no era plena, no implicaba que los sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en el caso de conflicto entre

los empleados públicos y las autoridades. (Salgado, s.f., negociación Colectiva de Empleados Públicos).

### Negociación Del Empleo Público

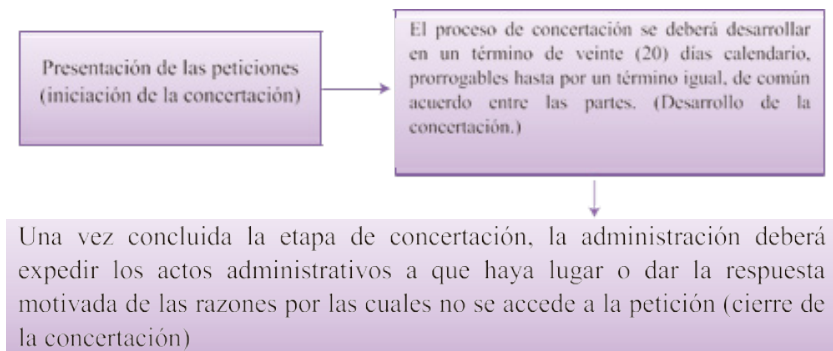
Posterior a los pronunciamientos jurisprudenciales del año 2008, el artículo 416 del C. S. T.<sup>33</sup> fue reglamentado por el Decreto 535 de 2009.

Algunos aspectos consagrados en dicho Decreto fueron:

- a. Implementar instancias de concertación de sindicatos de Empleados Públicos, excepto los de alto nivel (guiar, dirigir y tomar decisiones).
- b. Garantizar la participación de las asociaciones sindicales en la determinación de la situación laboral de los empleados públicos.
- c. Señala que los acuerdos tienen no menos de 2 años de vigencia.
- d. Se excluye de la negociación: 1. Estructura organizacional; 2. Plantas de personal; 3. Competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado; 4. Procedimientos administrativos; 5. Principio del mérito como presupuesto esencial de la carrera administrativa.

La Central Unitaria de Trabajadores (CUT) propuso acción de nulidad contra dicho Decreto, y el 28 de enero de 2010 el Honorable Consejo de Estado denegó suspensión provisional, porque no encontró una clara y manifiesta vulneración de normas constitucionales invocadas, ni de leyes aprobatorias de los convenios, ni del artículo 416 del C. S. T.

El artículo 7 del mencionado Decreto, establecía las etapas de la concertación:



<sup>33</sup> Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, (aun cuando no puedan declarar o hacer huelga).

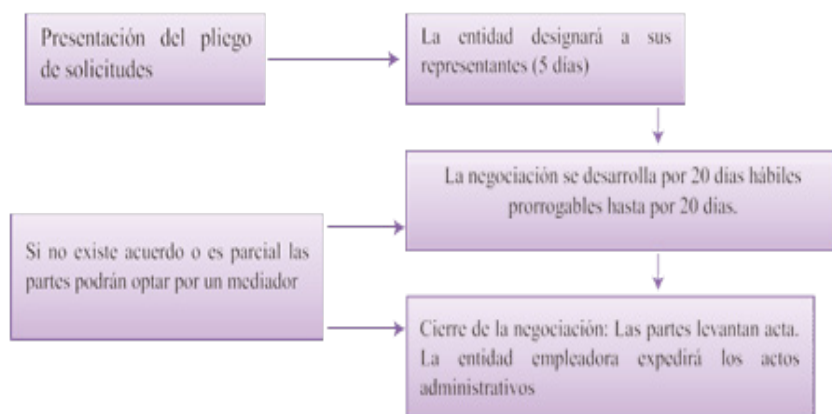


Como se puede observar, el Decreto plantea una negociación sin profundidad y sin un verdadero desarrollo de los convenios.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1092 de 2012 y en el mismo se estableció un procedimiento de negociación con los empleados públicos, pero que no se desarrolló.

Vale la pena resaltar que en la Conferencia Internacional del Trabajo 102 de 2013, en el “Informe de la comisión de expertos”, se reconoce el derecho de los funcionarios públicos y otros empleados (pág. 92). (OIT, La Negociación Colectiva en la administración Pública. Un camino a seguir, 2013).

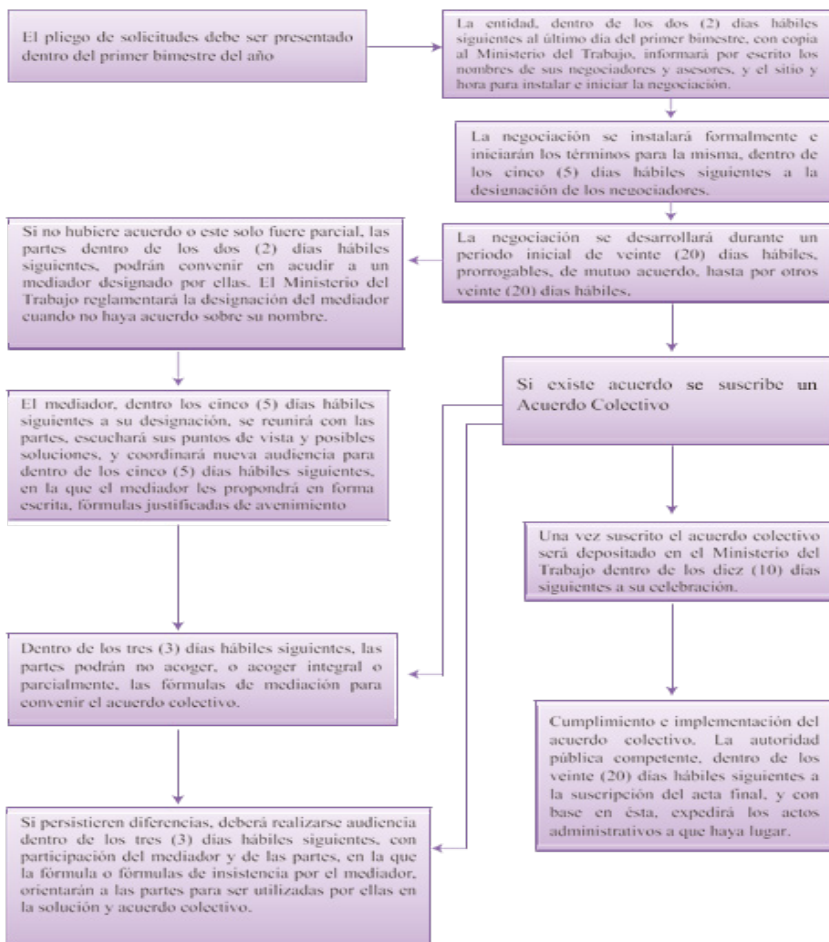
Cómo era el procedimiento para la negociación, según dicho decreto:



Al observarse el diagrama del procedimiento consagrado en el mencionado decreto, se evidencia un vacío frente a las facultades y los mecanismos para solucionar el conflicto. El artículo 5 del Convenio 154, establece que se deben adoptar medidas adecuadas y que esas medidas deben tener por objeto, entre otros, que la negociación no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; y como se puede observar en el propio diagrama, se evidencia que realmente este decreto carecía de efectividad. Esas debilidades incidieron en la modificación del mismo a través del Decreto 160 de 2014, que establece los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.

En el artículo 5 del Decreto 160 de 2014, se señala que: “*son materia de negociación: (i) Las condiciones de empleo, y (ii) Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo*”.

Sobre este particular, cabe resaltar que el propio Convenio 151, en su artículo 7 preceptúa que el objeto de la negociación consiste en determinar las “*condiciones de empleo*”, lo que representa la búsqueda de la mejora y la regulación conjunta por parte de las entidades del Estado y de los servidores públicos de las condiciones del empleo. La expresión “*condiciones de empleo*”, de acuerdo con la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT, “*debe necesariamente interpretarse de manera amplia.*” Y, en este sentido, será entendida, no solo las condiciones que se deban observar sobre la prestación del trabajo, sino también de cualquiera que afecte al servidor, ya que como lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical, la negociación colectiva pretende implementar mecanismos para mejorar la calidad de vida, con relación al trabajo de las personas. (Roqueta, 1996). El artículo 11 señala los términos y etapas de la negociación:



Los aspectos importantes del Decreto 160 de 2014 y siguiendo las observaciones del Comité de Expertos de la OIT (OIT, La Negociación Colectiva en la administración Pública. Un camino a seguir, 2013), son:

- a. La autonomía de las partes para la negociación.
- b. Aún cuando en el Decreto 1092 de 2012, se habló sobre el mediador no se había desarrollado su designación y sus funciones. En este Decreto además se establece el carácter voluntario de la decisión del mecanismo de solución alternativa al conflicto a través del mediador cuando los acuerdos son parciales y no se ha llegado a ningún acuerdo.
- c. Se habla por primera vez de que las decisiones que tomen las partes se plasman a través del acuerdo colectivo y que es obligación su depósito, al igual que los convenios y pactos colectivos.
- d. El acuerdo colectivo en la Administración pública debe aprobarlo íntegramente las partes la final del proceso de negociación. Obsérvese que aun cuando el mediador interviene en la negociación, son las partes las que toman la decisión final y la firma del acuerdo colectivo.
- e. La negociación en el sector público es clara y fácil de entender para los participantes, de modo que sus representantes pueden intervenir en las diferentes etapas de la negociación colectiva sin recurrir a expertos.

Según la normatividad, se podría indicar que el Decreto 160 de 2014 desarrolló, en gran parte, lo que se planteaba en los Convenios y Recomendaciones, asunto que quedó determinado por la Corte Constitucional como la negociación no plena, aunque quedan algunas dudas sobre la negociación, a saber: (i) ¿Existe denuncia del acuerdo colectivo? (ii) ¿Si existe denuncia, la entidad del Estado puede presentar contrapliego? (iii) El decreto no hace alusión a la protección del empleado público con el fuero circunstancial, entre otros.

## 2. CONCLUSIONES

Colombia ha tenido avances en la procura de la negociación no plena con los empleados públicos, a través de los Decretos 535 de 2009, 1092 de 2012 y 160 de 2014.

No existe una posición muy marcada respecto a que la negociación del empleado público.

Se debe intensificar la cultura de la concertación entre todos los estamentos, eliminar las posturas odiosas y buscar el acercamiento a nuestra realidad, en procura de que el bienestar común verdaderamente sea un ejercicio en la administración pública, de cara a una verdadera modernidad que se ha venido pregonando y que lamentablemente no se ha encontrado.

Con este trabajo no se pretende una crítica al modelo de negociación, sino considerar si en gran parte aplican los convenios y recomendaciones que sobre el tema ha fijado la OIT, por cuanto la negociación colectiva del empleado público tiene aspectos disímiles con la negociación colectiva del trabajador privado (trabajador oficial), ya que ella está limitada por aspectos de la Función Pública (concepto restringido).

Se considera que el nuevo modelo de negociación que trae el Decreto 160 de 2014, desarrolla lo que ha pretendido la OIT mediante los Convenios y Recomendaciones estudiados.

**CAPÍTULO III**  
**PROCESAL LABORAL**



# ORALIDAD LABORAL: METODOLOGÍA PROCEDIMENTAL

*Luis Gabriel Moreno Lovera\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Siempre se ha entendido como novedad el *procedimiento oral* en las distintas reformas para la tramitación de las causas de la cuestión social, a pesar que, la oralidad es la primera forma de comunicación humana<sup>34</sup>, inclusive, con el Decreto 2350 de 1944 y en la Ley 6 de 1945, desde el Decreto 2158 de 1948<sup>35</sup>, primer instrumento completo codificado para tramitar y desatar los conflictos entre empleadores y trabajadores, antes de que existiera un código sustantivo laboral, bajo los llamados principios de oralidad y publicidad, por oposición a la escritura -que era sinónimo de secreto, privado entre juez y partes- del fatigado Código Judicial.

Luego, desde una grande ignorancia en seguridad social, y escasas normatividades sobre pensiones consideradas ‘dádivas o gracias del soberano’, y después, como un paliativo contra la pobreza de ex servidores oficiales, la oralidad también se incluye como principio dentro de los procesos que versen sobre seguridad social, entendiéndolo como un nuevo principio, no como un método.

En la praxis judicial imperó la escrituralidad, de la que trató de evadirse el recién creado procesalismo de la práctica civilista<sup>36</sup>, añeja y profusa en el

---

\* Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Derecho Público y Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho de la Universidad Libre. Docente universitario.

<sup>34</sup> Hablar y escribir constituyen dos modos de comunicación distintos, con funciones sociales diferentes y complementarias. Ambos modos de comunicación tienen como soporte el mismo sistema lingüístico, pero se producen y se manifiestan de distinta manera. La escritura se concibió como sistema para almacenar información, por lo que no puede entenderse el código escrito ni la comunicación por escrito como una simple representación del código oral o de la comunicación hablada. Escribir es una técnica inventada” (Alvarez, Graciela E. *La oralidad y su importancia en el Derecho*. Panamá, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, 2008, pp. 5-6).

<sup>35</sup> Expedido con facultades de Estado de Sitio del art. 121 de la Constitución de 1886, que con base en la Ley 90 de 1948 por Decreto 4133 de 1948, quedó convertido en legislación permanente.

<sup>36</sup> La Ley 10 de 1934 en su art. 33 determina las controversias que se susciten por causa del contrato de trabajo... se tramitarán (...) “mediante el procedimiento verbal establecido por el Título 46 (XLVI) del Libro II del Código Judicial vigente [Ley 105 de 1931], y el juez las fallará en conciencia y con conocimiento de causa (...)”. Igual remisión procedimental hizo el art. 1º, Ley 45 de 1939 para el trámite de las controversias sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical.

Código Judicial de la Ley 105 de 1931<sup>37</sup> –ante la inexistencia de la jurisdicción del trabajo<sup>38</sup>- amalgamando o consagrando en el artículo 42 y en principios como la oralidad y la publicidad, queriendo convertir lo público en oralidad y lo oral en público, como evolución y cambio del paradigma de lo escritural a lo público y lo público en escritural, acuñándose la regla que ‘la práctica de las pruebas y la sustanciación se efectuarán oralmente en audiencia pública’, sin consagrar la forma de conservación archivista, que para la época era siempre el escrito documental, traducido en el resumen del acta, que debía hacer el secretario judicial que reprodujera “el relato de la audiencia” y dejando abierta la posibilidad de relación taquigráfica u “otros medios técnicos”.

Lo anterior, dio lugar a que se entendiera que el acta se realizara a medida que se iba desarrollando la audiencia de conciliación, la de trámite -disgregada en primera audiencia de trámite en la que, fracasada la de conciliación y hubiera o no formulación de excepciones antes de la primera audiencia (art. 32, ib.), o propuestas en esta, se decretaban pruebas, para en la segunda audiencia de trámite practicar la recepción de los interrogatorios a las partes, y en la tercera audiencia de trámite, recepcionar la prueba testimonial pedida por las partes [que podía conllevar varias audiencias ‘de continuación’ durante meses y años]; venía una cuarta audiencia de trámite destinada para la práctica de inspección judicial, pedida por el trabajador o muchas veces por el empleador, para que en sus propias instalaciones el juez realizara la recopilación de documentos que estaban en poder de la empresa, que conllevaba meses y años para su cumplimiento, por efectos de la dilación empresarial, para concluir con el cierre del debate probatorio y citar a las partes para audiencia de juzgamiento (art. 44), previa oportunidad para alegar, audiencias o secciones que se vertían en acta que ‘firma[da] por el juez, las demás personas que hayan intervenido en la audiencia y el Secretario’ (art. 47, C. P. T.), consagrando judicialmente la mala práctica procesal de la ‘audiencia dictada’, ‘de la prueba dictada’, ‘de la providencia dictada’, con lo que se dio al traste con la concentración y ‘garantía del rápido adelantamiento’ del proceso (art. 48, C.P. T.), que incentivado por la falta de compromiso de jueces y apoderados litigantes, quienes la utilizaron como método de prolongar los litigios y justificar periódicos honorarios durante largos años, y que dio lugar a que ante la carencia de recursos del trabajador, este cediera el 25% o 40% de sus derechos laborales en reclamación, práctica que aún subsiste como forma de pactar los honorarios.

<sup>37</sup> La ley 105 de 1931, en su art. 1208, disponía el procedimiento verbal ante el Juez Civil del Distrito Judicial a petición de común acuerdo por las partes para solucionar una controversia susceptible de transacción.

<sup>38</sup> El Acto Legislativo [A. L.] N° 1 de 1940 ordenó: ‘La ley creará la jurisdicción especial del trabajo y determinará su organización’, ratificado en el A. L. N° 1 de 1945, art. 69, ‘la ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo...’ y antes en Decreto 2350 de 1944, además de reformas sustanciales, creó la jurisdicción especial del trabajo y fijó los principios fundamentales que regirían el proceso laboral. Replicado en la Ley 6 de 1945, reglamentando el procedimiento de única y primera instancia, los tribunales seccionales del trabajo como segunda instancia y en casación el Tribunal Supremo del Trabajo, y en su artículo 67, reiteró el procedimiento verbal del Código Judicial para esta nueva jurisdicción.



Lo que constituyó toda una cultura alrededor del proceso laboral, generando la dilatación de los procesos, las suspensiones interminables de audiencias y ‘sesiones’, las reiteradas ‘continuaciones de audiencias’, con la congestión de procesos en todas las instancias e inclusive en la Corte Suprema de Justicia.

El primer Código de Procedimiento del Trabajo, como se dijo, fue por Decreto legislativo en Estado de sitio. El ministro del trabajo de la época lo presentó a las cámaras legislativas, para que fuera expedido como Ley de la República, al puntualizar en lo que viene al tema:

Introduce como el principio de la oralidad en una ley del procedimiento... cardinal y conforme con la naturaleza tan viva y palpitante de los conflictos emanadas de la relación del trabajo... da preferencia y casi que predominio absoluto a la palabra hablada sobre la escrita, sin que... pueda ser confundido con el procedimiento verbal vigente... este naufragó en la escritura sin fin de los procesos judiciales ordinarios.

Al señalar los objetivos perseguidos con la oralidad, precisa que:

El principio cardinal de la oralidad prudentemente manejado por el juez en ejercicio de los poderes que el mismo Código confiere... permitirá en rápidas audiencias desentrañar la justicia envuelta en cada caso<sup>39</sup> y ‘como opuesto al de la escritura que hoy rige en los procesos civiles y mercantiles y que es una clara herencia formalista española, representa una conquista valiosa porque reconoce el predominio de la palabra como medio de expresión’ (Magistrado Jaramillo Arrubla, miembro de la Comisión redactora), y como el ‘más adecuado para resolver los litigios laborales por la economía en el tiempo y en el espacio.

### **Justicia laboral por audiencias**

Es importante, antes de abordar la temática trazada, referirnos a la reforma de la Ley 362 del 18 de febrero de 1997, porque a tres años de vigencia del nuevo Sistema de Seguridad Social Integral, de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, que entró a regir a partir del 1º de abril de 1994 en pensiones, requería precisar la competencia de los jueces laborales en los temas específicos del derecho de seguridad social, para lo cual, en forma abigarrada, el artículo 1º de la ley<sup>40</sup> pretendió con poca fortuna precisar los diversos asuntos de la

<sup>39</sup> En la exposición de Motivos del proyecto de ley se determinó lo siguiente: ‘sobre procedimiento en los juicios del trabajo’ (Decreto No. 2158 del 24 de junio de 1948, D. O. 26754), del Ministro de Trabajo, Evaristo Sourdis. Trabajo, Revista Bimestral, Órgano del Ministerio del Trabajo, No.2-3, Vol. I, mayo-agosto 1948, Bogotá-Colombia, p. 47.

<sup>40</sup> El artículo 1º.- Derogado por el art. 53, Ley 712 de 2001. El artículo 2 del Código Procesal del Trabajo quedará así: “**Artículo 2º.-** *Asuntos de que conoce esta jurisdicción.* La jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.//También conocerá de la ejecución de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo; de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares

competencia del juez laboral al reformar el artículo 2, del procesal laboral, y en lo que interesa a la seguridad social, en la parte final del inciso segundo, indicaba que la jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, y reglaba: “También conocerá... de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuya la legislación sobre el Instituto de Seguro Social; y de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados.”, manteniendo la diferencia en los asuntos a cargo de institutos o cajas de previsión social o instituciones de derecho social, como el ISS, que el procedimiento le destina reglas de competencia específica en el artículo 11, y tangencialmente pretende reglar la competencia para resolver las diferencias que se planteen entre entidades públicas y privadas del régimen de seguridad social integral y sus afiliados, no resolviendo la competencia de las controversias entre las primeras y de aquellas que se presenten con servidores del sector público afiliados al sistema.

Fallido intento, tanto en claridad como en celeridad y descongestión<sup>41</sup>.

Son las mismas razones que, en los varios intentos de modificar el procedimiento laboral, dieron los miembros de cada comisión<sup>42</sup> siendo la

---

y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos; de las sanciones de suspensión temporal y de las cancelaciones de personerías, disolución y liquidación de las asociaciones sindicales; de los recursos de homologación en contra de los laudos arbitrales; de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuya la legislación sobre el Instituto de Seguro Social; y de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados.

Serán también de su competencia los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen, siguiendo las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo. Conocerá igualmente, de la demanda de reconvencción que proponga el demandado en esta clase de juicios de reconocimientos de honorarios y remuneraciones, cuando la acción o acciones que en ella se ejerciten provengan de la misma causa que fundamenta la demanda principal.//Será de su competencia el conocimiento de los procesos de ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas, sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994.

También conocerá de la ejecución de actos administrativos y resoluciones, emanadas por las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral que reconozcan pensiones de jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes; señalan reajustes o reliquidaciones de dichas pensiones; y ordenan pagos sobre indemnizaciones, auxilios e incapacidades.

**Parágrafo 1º.**- El trámite de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones será el correspondiente al del Proceso Ordinario Laboral//La demanda ejecutiva del acreedor de los honorarios o remuneraciones de que trata el presente artículo tendrá el procedimiento establecido para el Proceso Ejecutivo Laboral.”

**Parágrafo 2º.**- El trámite de los procesos de Fuero Sindical para los empleados públicos, será el señalado en el Título 11 Capítulo XVI del Código Procesal del Trabajo.” (Art. 1º, Ley 362 de 1997).

<sup>41</sup> El art. 1º, Ley 362 de 1997 y el art. 2, C. P. T., fueron derogados por el art. 53, Ley 712 de 2001.

<sup>42</sup> Las Comisiones de 1969, 1978 [proyecto de Ley 78], 1987 y por facultades de Ley 30 de 1987, presentaron proyectos coincidentes en la búsqueda de la descongestión que exigían los juzgados

penúltima la de la Ley 712 del 05 de diciembre de 2001, que mantuvo la oralidad como principio, al igual que el de publicidad, pero exceptuando los autos de sustanciación o interlocutorios que no sean apelables, que se pueden proferir por fuera de audiencia pública. Asimilada ésta a la oralidad, aun cuando el artículo 21 de la Ley 712 de 2001, asimila oralidad a publicidad al prescribir: “*las actuaciones judiciales en las instancias se efectuarán oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad*”, por oposición a que debe convocar a las partes para que concurren a realizar las actuaciones y a escuchar en público el trámite del juicio, sin predominio del diálogo ni de la palabra, ya que continuó la práctica judicial de la ‘audiencia dictada’, la ‘prueba dictada’, la ‘providencia dictada’, ‘la sentencia escrita’, culto del procedimiento escrito–formalista.

La comisión de reforma pretendió, en la misma concepción de las anteriores, que la oralidad era una herramienta de celeridad y descongestión. Por ello, la entendieron como principio, –error, porque no excluye el proceso escrito, (Alvarado, 1989) y este no excluye el oral–, y en esa connotación la reprodujeron en el artículo 21 de la Ley 712 de 2001, que modificó el 42 del procesal laboral de la época.

No habían transcurrido cinco años de la última reforma, cuando surgió la crisis por la acumulación y congestión de los juzgados laborales en las principales ciudades, sobre todo en Bogotá, D.C. Nuevamente se creyó que la solución era la oralidad, y para ello se expidió la Ley 1149 del 13 de julio de 2007, de implementación gradual y condicionada a la asignación de recursos de financiación.

La nueva reforma bajo la sanción de nulidad, reitera que: “*las actuaciones judiciales y la práctica de pruebas en las instancias, se efectuarán oralmente en audiencia pública*”, que trata de aproximarse a lo que se llama la oralidad chiovendiana, como un tributo al padre del procesalismo italiano, Giuseppe Chiovenda (2009), cuyo apostolado por la oralidad se puede sintetizar así:

- a. Predominio de la palabra hablada -salvo los escritos de preparación o demanda y documentación del pleito;
- b. Inmediación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones aquél tiene que valorar;
- c. Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante todo el juicio;
- d. Concentración de la sustanciación de la causa en un período único -audiencia única o menor número posible de audiencias próximas-; Inimpugnabilidad autónoma de las interlocutorias. (p. 30 y ss.).

En general, la Ley 1149 de 2007 sigue la columna no declarada chiovendiana, en la oralidad de los juicios ordinarios en laboral y seguridad social, para las actuaciones fundamentales del procedimiento, con las excepciones que la ley señale y los autos de sustanciación que, en cualquier momento, se dicten por fuera de audiencia, los autos interlocutorios que se dicten antes -fase escritural- de la “audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio”, y los que se profieran con posterioridad a las sentencias de cada instancia -fase escritural-, y los autos interlocutorios no susceptibles de apelación, o sea diferentes a los enlistados en el artículo 65 del C. P. T. y S. S., no queriendo significar que, los apelables sean siempre en audiencia pública oral, porque no es regla, sino enumeración, ya que el que rechace demanda o su reforma, y el que las dé por no contestadas, son apelables, -pero corresponden a la fase escritural-, se profieren fuera de audiencia; así como el que rechace la representación de una de las partes o la intervención de terceros, el que decida sobre medidas cautelares, mandamiento de pago, sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo y sobre la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho (núm.1, 2, 7, 8, 10, 11, ib.).

La regla chiovendiana es que los juicios ordinarios de procedimiento, de única o de primera instancia, están regidos por la audiencia oral desde la primera audiencia, que es común a ambas instancias, diferenciando el primero -única instancia- en que hay continuidad en el desarrollo de la misma, mientras que en el de primera instancia están perfectamente diferenciadas e identificadas las dos audiencias, sin que necesariamente impliquen sesiones en varios días, porque puede darse en uno solo.

Con la Ley 1149 de 2007, todo el procedimiento laboral queda sometido en las actuaciones fundamentales al eje de la metodología de la oralidad, método de procedimiento, y algunos consideran que es un agregado axiológico preferencial sobre la escrituralidad, como método constructivo del proceso, superando de la Edad Media, la máxima practicada en Occidente desde 1492: “*quod non est in actis, non est in mundo*” (Briceño, 1969, p. 133), en tanto que la tecnología permite su realización plena y para ello se autoriza la grabación en sonido, imagen, audio y video.

En esa dimensión axiológica, la oralidad adquiere estatus de garantía, conforme a tratados internacionales. “*el derecho a ser oído públicamente*” (art. 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos); en la “*sustanciación de cualquier acusación*” [penal, disciplinaria, civil, laboral, administrativa, etc.] (Art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica) y en la “*determinación de sus derechos y obligaciones*” [art. 14, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos].

Se ordena incorporar al expediente el disco electrónico junto con el Acta -contentiva del nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia- firmada por el juez y formato de

control de asistencia de quienes intervinieron en la audiencia. La norma exige firma del secretario en el Acta<sup>43</sup>, pero no debe ser regresiva su ausencia, ya que no es requisito de existencia ni de validez. El juez, da fe de lo que hace y dice -que necesariamente está contenido en las grabaciones de sonido y/o imagen-, es depositario de la confianza pública, que no necesita ni certificación ni convalidación de ninguno de sus subalternos, como ocurría en los procedimientos del siglo pasado y que generaba no pocas nulidades aún después de sentencia.

La ausencia del acta y del formato de control de asistencia de los intervinientes, no genera nulidad ya que obligan las representaciones contenidas en las grabaciones. He ahí la importancia de la práctica judicial extendida que al inicio de cada audiencia se identifiquen juez, partes y apoderados, y en los casos indispensables los testigos y auxiliares de la justicia.

Esta implementación de la oralidad, si bien se comenzó desde 2009 con los primeros juzgados de oralidad, para la primera instancia, no así para la segunda instancia, la que solo vino a tener vigencia plena a partir del 01 de enero de 2012, en que se dotaron las salas de audiencias con la tecnología requerida.

Entonces, en este siglo XXI, de la sociedad del conocimiento y de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), es menester que la ciencia y tecnología en comunicaciones y conservación de materiales documentales virtuales y electrónicos, aporte a la judicatura, y que la administración de justicia haga uso y aplicación de los medios tecnológicos modernos. Esfuerzo de inversión del presupuesto que debe hacer el Estado para cumplirle a la sociedad.

### **Proceso por audiencias: realización de principios procesales**

Es necesario definir la naturaleza de la oralidad, implementada para el procedimiento laboral, porque existe ambivalencia en su denominación, cuando en realidad corresponde a una metodología.

En efecto, si el ser humano ha progresado y arribado al nivel de conocimiento nunca visto en la historia, es gracias al lenguaje, porque su forma de ser, pensar, hacer y vivir es esencialmente lingüística, pues con “palabras se hacen cosas” (Austin, 1979), estas devienen en ‘relatos, lenguaje, acción, sabiduría, lenguaje del ser, lógica-principios y racionalidad’; el lenguaje hace racional al hombre, “las palabras las posee para construir frases, proposiciones, enunciados, para representar lo que su cerebro quiere expresar, entonces razona” (Echeverría, 194, p. 21).

Su forma de transmisión fue oral y, después, inventada la escritura, fue en forma de tablodes de arena artesanal o piedra labrada, pasó al papiro y con la

---

<sup>43</sup> El inciso final del art. 303, C. P. C., establece lo siguiente: ‘ninguna providencia requiere la firma del secretario’ (Decreto 2282 de 1989).

imprensa fue en papel impreso, con lo que se facilitó conservar y reconstruir su historia. Nace la archivística y los medios auxiliares manuales de conservación de los documentos, y con ellos la tradición judicial se conserva en expedientes y se vuelve regla el utilizar la escritura en los procesos, y estos -que antes eran orales- también se vuelven escritos, forma natural de tenerlos presentes en el momento preciso, y desde entonces -en la memoria de los tiempos judiciales- no se ha podido desprender del papel mecanografiado, ni del expediente impreso para tener la historia judicial de una comunidad, razón para que aún hoy se le dé prevalencia. Todo se volvió escrito y dictado, no se confía en la palabra pronunciada, se cree en la frase impresa y en la representación tangible, basamento de la prueba documentada por excelencia.

En 1948, cuando el Decreto 2158 aprobó el primer instrumento procesal laboral, con la oralidad como forma de adelantar los procedimientos ordinarios, la escritura era el medio dominante de conservación de los documentos generados en el proceso, por ende, esa forma oral ideada por el legislador ad hoc se practicó como oralidad escrita; entonces cundió la práctica del dictado, la prueba dictada, la prueba documental, el recurso dictado o escrito, la providencia dictada, la sentencia escrita leída, así hasta el día de hoy. Entonces, no se habían popularizado los medios de conservación magnetofónica, el cine era un arte en crecimiento, solo hasta finales del siglo XX con la aparición del celular, el computador, se extendió el uso de la grabación. (Santofimio, 2011, p. 217) Ahora sí es posible, con la ayuda de la tecnología, implementar la oralidad.

El anterior recuento, nos demuestra que la oralidad no es un principio; en ningún caso y en ningún proceso se puede considerar un principio fundante; simplemente, es un método acompañado con la escritura -de la que no puede prescindir-, para la generación y conservación documental.

Por tanto, la primera conclusión previa, es que la oralidad no es un principio, ya que: *“principio es inicio de algo, ‘el punto de partida y el fundamento de un proceso cualquiera’, o causa de algo o ‘de un proceso de conocimiento’, lo que es esencial, ‘causa externa de un proceso o de un movimiento’, lo común es que principio es lo que es punto de partida del ser, del devenir o del conocer.”* (Aristóteles, 1998, libro V, p. 75.) En el entendido que, con ella no se está fundando ni el sistema ni el procedimiento judicial, ni reglas de trámite especial del laboral, simplemente, en lo sociológico se está cambiando la cultura judicial de lo escrito por una cultura judicial de la verbalización.

Otros pretenden innovación presentando la oralidad como: un *“sistema”*. Frente a ello, no puede ser un sistema, ya que *“sistema es conjunto de elementos relacionados entre sí, con su propia unidad, estructura, principios, reglas, coherencia cognitiva”*; en tanto que no tiene lenguaje propio, reglas ni principios, los que dice implementar son los propios de la teoría general del proceso y del procedimiento en particular en lo laboral; no ofrece unidad, solo se refiere a segmentos del proceso ordinario existente, ya que no comprende actos anteriores

a la primera audiencia ni a las actuaciones posteriores a la sentencia ejecutoriada, razón para no ser una totalidad, porque no abarca toda la ontología jurídica del proceso; de ninguna manera ofrece unidad de procedimiento, ni simple ni compleja, todo sistema la exige como estructura formal, orgánica o funcional, caracteres de que carece la oralidad. La oralidad atañe al procedimiento en el derecho, no al conocimiento del derecho, por ende, carece de reglas propias; no es una teoría que desarrolle o facilite el procedimiento desde lo filosófico; en la praxis no es una técnica que le dé entidad propia, sino que se inserta en el proceso para su realización, ni tampoco es medio para lograr la unidad del proceso.

Así, la oralidad en laboral, es una metodología para la realización efectiva de algunos principios del procedimiento laboral, y es método que, en perspectiva, ayuda a la organización del proceso y a la tramitación ágil de los juicios con el máximo de concentración de recursos humanos, cognoscitivos, físicos, económicos y tecnológicos, tanto para el Estado como para los sujetos e intervinientes en el proceso.

En efecto, el papel que debe jugar la oralidad es “manera de hacer el proceso o de alcanzar un objetivo”, el de camino corto, determinado proceder para ordenar la actividad dentro del proceso, ágil, directo y concentrado, para el logro de los derechos sustanciales de las partes y los fines del Estado, que es administrar pronta y adecuada justicia.

### **Proceso laboral por audiencias**

Como metodología, la oralidad hace realidad principios del procedimiento - predicados por los teóricos del procesalismo -, como son los principios de publicidad, intermediación, concentración, preclusión, contradicción, para la realización del debido proceso y de la defensa técnica.

Si se entiende por oralidad el método aplicado en los procedimientos, para la realización del derecho y de la justicia, con base en actuaciones orales del juez, de las partes y demás intervinientes, tendientes a que las decisiones se tomen racionalmente con los materiales obrantes en el juicio y el recaudo de viva voz de los sujetos de prueba, así como el escuchar la resolución de los casos y sus incidencias de viva voz del decisor del derecho con el máximo de concentración de actuaciones, intermediación y contradicción en una audiencia ‘única’ o ‘audiencia unitaria’, de ahí que algunos le llamen justicia por audiencias o sistema de ‘oralidad por audiencias’. Por supuesto que la memoria humana es falible, para hacer la historia del juicio, retener en ‘unidad de acto’ (Goldschmidt, 1961, p. 138) en detalle lo hablado en el cerebro, y por mucho tiempo es imposible, a pesar que “*se condense el juicio oral en una o varias sesiones consecutivas*”. (Goldschmidt, 1961, p. 138) Pero, fundamentalmente, para que se surtan los recursos y consultas de sentencia, para lo cual se requiere la representación sonora y de imagen en medios magnéticos o electrónicos, o al menos registros o fonótipos; de lo contrario, sería imposible la administración

de justicia por instancias. Obligatoriamente, se requiere la intervención de la tecnología en la conservación y archivo de los procesos.

A partir de lo anterior, la audiencia en oralidad es el escenario propicio para que la intermediación sea una realidad plurilateral, no solo del juez -intermediación subjetiva- con las partes y la prueba -en el sentido clásico- sino con los intervinientes -testigos y peritos-, con los hechos, cosas, las pretensiones y excepciones o defensas -intermediación objetiva- de aquellas, con las actuaciones de unos y de otros. Por eso debe ser excepcional el que el juez “que dirige la audiencia podrá ordenar que se efectúe privadamente por razones de orden público o de buenas costumbres”, pues la regla es que sea toda la actuación pública, aun en los casos que, por ejemplo, la inspección judicial se recaude en un lugar distinto al de la sala de audiencias, so pena de nulidad.

Si esa intermediación es tan directa y dinámica, las actuaciones se suceden sin solución de continuidad, sin dilación alguna; obligando que se realice otro principio propio de la economía del proceso, la concentración, que implica el máximo de actuaciones en el menor tiempo y con el mínimo de recursos y costos posibles -el tiempo es un recurso que se agota y ‘vale’-, en una secuencia lógica, cronológica, disciplinada, progresiva y preclusiva de los actos, sin ser repetitivo, o zigzagueante, avanzar por estancos o compartimentos procesales progresivos y sucesivos, no pudiendo retomar actuaciones -o retro trayéndolas ni con ‘restitución de términos’- ya surtidas o dando oportunidades procesales ya precluidas -quebrantando así otro derecho fundamental en el proceso, como es dar igual trato a las partes-, conservando la unidad procesal, y evacuar el procedimiento sin solución de continuidad, en una sucesión ordenada, no atropellada de actuaciones, estrictamente necesarias. Es la arquitectura del proceso.

Construido el proceso así, la condición endeble de la memoria, obliga a que el juez decida de inmediato, porque en ese dinamismo la oralidad acerca, concentra y conecta a los sucesos procesales hasta culminar con la máxima realización humana del juez, que es la sentencia.

En cada actuación procesal, dado su público conocimiento, en el que nada hay oculto, hay lugar a la dialéctica, al diálogo real de las partes entre sí, como máxima manifestación del principio de contradicción entre ellas, “*como un diverso [contrario] aspecto del derecho de acción*” (Rocco, 2013, p. 186 - 187) cuya realización es poner en movimiento la jurisdicción del Estado, para esgrimir la pretensión contra el demandado y de este la de intervenir en réplica u oposición con la excepción o defensas que tenga; y en esa dinámica, a sus posiciones e intereses plausibles, razonables, racionales y acordes con el ordenamiento jurídico, no solo para pedir pruebas que sirvan a sus intereses, sino aquellas que infirman o contraprueban las del contrario, irradiadas por sus intervenciones de asentimiento o disenso respetuoso y, por supuesto, el ejercicio de intervenir a través de la sugerencia, la concertación con juez y partes, sobre un tópico del procedimiento, del interrogatorio a la contraparte, a los testigos, al



perito, y el de interponer los recursos legales contra las decisiones que tome el director del proceso, como máxima expresión y realización de la contradicción y de la audiencia bilateral.

La mejor manera de ejercer el control de legalidad por las partes, es vigilar el cumplimiento de las reglas de cada procedimiento por parte del juez, en cada fase e impulso procesal, utilizando los remedios procesales, cuando afectan sus intereses y también cuando violan el derecho público, que a la postre repercute en el debido proceso.

### **La demanda y sus partes**

En un proceso laboral y de seguridad social por audiencias el esquema procesal tiene la siguiente vertebralidad chiovendiana:

**La demanda:** Concebida la oralidad como un método o camino para el mejor discurrir dialógico y dialéctico del proceso, sin dilaciones ni obstáculos de procedimiento, incumbe a las partes, y en especial al juez, vigilar y procurar cumplir con unos mínimos de procedimiento, trazados en la libertad de configuración del legislador, quien en una buena confección de reglas debe procurar recoger en el código o norma procedimental, las enseñanzas de los doctrinantes nacionales y extranjeros.

En la medida que el demandante se allane a cumplir con los requisitos de toda demanda y anexos exigidos, para cada caso, que obedecen a preparar el proceso atendiendo a la designación de juez a quien se dirige, las partes y sus representantes legales y apoderados, bien se trate de personas jurídicas o naturales, determinando el domicilio y lugar de notificación de cada uno, precisando el tipo de proceso, identificando y numerando cada pretensión, con precisión y claridad, aplicando en su formulación principios de identidad y de la no contradicción, un numeral para cada pretensión y una pretensión para cada numeral, que puede acumular pretensiones pero si son excluyentes, asignando una como subsidiaria de la otra principal, separadamente, que deben todas tener un mismo procedimiento y fundadas en hechos u omisiones objeto de prueba, enumerados por separado y en secuencia histórica, son sacados de la realidad, esta es -en medio de su complejidad y caos- ordenada, son susceptibles de ordenación en el tiempo y en el espacio, e invocar el derecho objetivo, general o particular, las normas que consagran la pretensión y exponer las razones jurídicas para que conforme a esas normas y lo probado se le otorgue lo pedido, para lo cual debe pedir ordenada y separadamente las pruebas individualizadas y concretas que requiere, para demostrar la viabilidad de cada pretensión y estimar la cuantía cuando sea necesario para determinar el procedimiento (art. 25 y 25-A, C. P. T. y S. S.). En otras palabras, una demanda debe ser una novela bien narrada.

Expliquemos, se debe allegar con la demanda los anexos que se requieren, como el poder, el certificado de constitución y gerencia o de personería

jurídica cuando, es demandante o se acciona contra una persona jurídica, o manifestando la imposibilidad de allegarla, para que esta al contestar lo haga, las pruebas documentales que se encuentren en su poder, debidamente numeradas e identificadas, así como las anticipadas, el agotamiento de reclamación administrativa, si fuere el caso.

Debe haber claridad y precisión de la persona contra quien se acciona, saber a quién se demanda; que si es por derechos laborales debe ser el empleador (por regla general), y si es contra entidades de la seguridad social debe ser la entidad a la cual estuvo afiliado en salud, pensiones y riesgos laborales, o la del titular; si el que demanda es un beneficiario de este. Todo, con lealtad y buena fe, pues debe pedir que se integren como sujetos del extremo activo o pasivo, a todas las personas y entidades que deban intervenir o ser convocadas al proceso. Esto evita dilaciones y múltiples actuaciones sin sentido.

**Control y admisión de demanda:** A renglón seguido, corresponde al juez una función propedéutica, de preparación del proceso, al ejercer el control activo de la demanda, verificando en su orden las partes indicadas en el libelo, el apoderado, direcciones diferentes de notificación de unas y otros, los anexos necesarios y a cargo del demandante; el control interno de hechos, pretensiones y pruebas, que respectivamente estén en el capítulo que les corresponde, debidamente numerados, separados y claros, evitando mixtura o confusión, expresando de manera clara aquellos puntos que no se cumplan con el procedimiento diseñado por el legislador, para ordenar subsanarlos en el término de cinco días, por una sola vez, en pertinente providencia que no es apelable, y reconocer personería para actuar al mismo demandante -cuando es el trabajador en única instancia- o al apoderado en los demás casos.

El juez, al cumplir este rol de control, cuida que el proceso no se le entorpezca con recursos, excepciones, nulidades e incidentes impertinentes, que hubiera podido evitar con un buen estudio de la demanda y sus anexos. El arte de ser juez consiste en que el proceso, desde el inicio hasta la sentencia, sea una obra perfecta; y como el artista, ha de cuidar cada detalle constantemente. No todo incumplimiento a subsanar conduce al rechazo de la demanda, regla que no consagra el proceso laboral, porque debe prevalecer el derecho sustancial sobre las formas (art. 228, C. P.), en que están en juego derechos fundamentales, como el acceso a la administración de justicia (art. 229, C. P.). Pero no por ello, el juez ha de claudicar en su función aleccionadora -informar que las partes se allanen- de que se cumpla el procedimiento en su formalidad y realización, pues de él depende la efectividad de aquellos derechos, “Yerra quien crea que, en un Estado de Derecho, se puede administrar justicia con olvido de las formas y términos procesales” (Corte Constitucional, sentencia C-029/95, M. P. Jorge Arando Mejía).

Subsanados los defectos o falencias, se admite la demanda en auto interlocutorio, que no es apelable. Notificado el auto admisorio de la demanda, -función del juez-, hará uso de los instrumentos propios del procesal laboral, y de

aquellos que por integración le brinda el procedimiento civil o el nuevo Código General del Proceso. Trabada la *litis* con la notificación del auto que admite la demanda, se surte el traslado con entrega de las copias de la demanda.

**Contestación de demanda y control judicial:** La parte demandada cumplirá lo propio al contestar la demanda por escrito -en el procedimiento laboral, hay pocos casos en que la contestación de la demanda sea en audiencia oral, como son los asuntos ordinarios inferiores a 20 SMLMV “única instancia”, o en los procesos especiales de fuero sindical, de calificación judicial de la huelga<sup>44</sup>, etc.-, indicando el nombre, representante legal, si lo tiene, su apoderado en caso de no comparecer por sí mismo, sus respectivos domicilios y direcciones que, en principio, deben ser distintos.

Se debe responder ‘uno por uno’ cada hecho, precisando los que aceptan de manera expresa, y a aquellos que niegue, o que no le consten, debe dar la respectiva razón o sustentación de su respuesta, so pena de tenerlos como probados.

Pronunciarse expresamente sobre cada pretensión es parte fundamental. A renglón seguido precisará los hechos y omisiones, fundamentos y razones de derecho de su defensa, las excepciones que sustentadamente -fijando los fundamentos fácticos y jurídicos y las razones en derecho para su prosperidad frente a cada pretensión, no in genere- pretenda hacer valer y la petición de pruebas en forma individualizada y concreta, anexando aquellos documentos o pruebas anticipadas que tenga en su poder, además de las que estén en su mano, y el demandante haya solicitado acompañar con la demanda o le requiera el juez - motivo de inadmisión de la respuesta -, junto con el certificado de existencia y representación legal, si se trata de persona jurídica y el respectivo poder con que actúa el abogado.

Viene el control que el juez debe realizar sobre la contestación de la demanda con el mismo interés que para admitir la demanda, pues cuenta con el término de cinco días, que le debe dar a la parte demandada, para que subsane los puntos concretos objeto de inadmisión, ordenándolo por una sola vez en auto que no admite recurso y en el que le reconoce personería al apoderado de la pasiva, si antes no lo ha hecho, bajo la pena que, si no subsana en ese término, tendrá por no contestada la demanda. Pero se ha de atender que el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho de defensa y la prevalencia del derecho sustancial no pueden prevalecer sobre las formalidades, ya que al no tener por contestada la demanda implica dejarla sin defensas y sin pruebas. Lo anterior, no quiere decir que esta no pueda seguir actuando, por supuesto que puede seguir actuando, pero sin la posibilidad que se practiquen, por ejemplo, pruebas o se decidan excepciones.

<sup>44</sup> El art. 4º, Ley 1210 del 14 de julio de 2008, que adiciona art. 129-A, C. P. T. S. S., que en inc. 2º, núm. 4º, al indicar que, admitida la demanda en el mismo auto, citará a las partes para audiencia ‘Esta tendrá lugar el tercer (3er.) día hábil siguiente a la notificación y en ella se contestará la demanda. (...)’.

**Oralidad en audiencia:** Contestada la demanda, el juez cita para primera audiencia, a partir de la cual se debe aplicar en toda su intensidad la oralidad, so pena de nulidad, ya que toda actuación o acto procesal se debe realizar en audiencia pública y oral. Con la Ley 712 del 05 de diciembre de 2001 las audiencias eran públicas -así fueran de dictado escritural-, pero hoy no basta esa publicidad, deben ser de viva voz realizadas todas las actuaciones por el juez, las partes, sus apoderados, testigos, peritos y demás intervinientes; actuación que no sea oral es nula.

Pese a lo expresado, no estamos ante una oralidad plena. Es un método mixto. En la oralidad se deben tener en cuenta documentos fundamentales que producen las partes, en contexto de la relación jurídica correspondiente, antes de dar iniciación, impulso, trámite y fin al proceso. No todo se cumple con la palabra hablada, y por ello, la demanda y las actuaciones alrededor de su legalización dentro del proceso escapan a lo oral, porque todo se reduce a escrituralidad, a pesar que en el juicio ordinario de única instancia se ofrece la posibilidad hablada, por tanto, no se cumple en su estructuración, y siempre se reduce a lo escrito.

En los procedimientos ordinarios de doble instancia, la demanda debe ser por escrito, al igual que los documentos como prueba preconstituida, pero ello no quiere decir que se deba leer su contenido cuando se va a legalizar la prueba dentro del proceso, simplemente queda a disposición de las partes. Se debe respetar la escrituralidad y el acceso directo de las partes a la prueba documental. Luego todo no es oral ni hablado. La oralidad se reduce a las actuaciones de todas las personas intervinientes durante las distintas fases de la audiencia.

**Audiencia de trámite y juzgamiento:** Esta segunda audiencia, inicia una vez concluida la anterior, con el decreto de pruebas; todo debe ser de viva voz, excepto -los peritos- quienes pueden leer los dictámenes realizados, es decir, no se requiere que los realicen allí en público; generalmente, requieren de observaciones, exámenes, análisis y redacción de la experticia. No olvidemos que, aunque todo se realiza oralmente, los declarantes pueden referirse y acompañar en el acto, documentos que soporten sus respuestas (artículos 10, Ley 446 de 1998 y 23, Ley 794/03 y 228, núm. 7, C. P. C.).

En cuanto al interrogatorio de parte, como es en audiencia de oralidad, se supera la escrituralidad del artículo 207 y 210 del instrumento civil, que por integración en laboral aplica para el recaudo de este medio, ya que siempre debe asistir el apoderado formulante o interesado en el medio probatorio para conseguir la confesión de la contraparte, para que de manera verbal interroge a dicha contraparte; por esto es válida la afirmación normativa de que el interrogatorio es oral y, con mayor razón, cuando a la audiencia de trámite debe asistir el apoderado de cada parte, que por buena práctica judicial se ha venido aplicando en los procesos ordinarios. Siendo regla que se debe formular y responder oralmente en audiencia pública.

Igual observación, procede respecto de los declarantes o terceros, que deban deponer en el juicio, siguiendo el mandato del artículo 226 del procedimiento civil, que por regla general las partes, tanto el petente como el contrainterrogador, deben interrogar a los testigos de manera oral, en la audiencia dispuesta para ello, no pudiéndolo uno y otro hacerlo por escrito, pues el mandato legal es que sea en la audiencia oral, con las excepciones de la declaración 'certificada jurada' de los altos dignatarios y servidores del Estado y de agentes diplomáticos y de sus dependientes, como lo establecen respectivamente los artículos 222 y 223 del instrumento civil.

## Sentencia

**Audiencia de juzgamiento:** Concluida la recepción de pruebas, se cierra mediante auto de sustanciación el debate probatorio -inapelable-, y se escucha en alegatos a las partes; mediante auto de sustanciación se constituye el despacho en audiencia de juzgamiento, e inmediatamente, en la misma audiencia, se constituye metodológicamente la estructura para dictar sentencia. De lo contrario, convoca a las partes para dicha audiencia, en un término que no exceda de cinco días hábiles.

Es la decisión final de la instancia, que la praxis redujo, tanto en el Decreto 2158 de 1948, como en la reforma de la Ley 712 de 2001, a redactar por escrito la decisión, sea auto interlocutorio -cuando se trata de excepciones en el juicio especial de ejecución- o sentencia, y darla a la publicidad por secretaría, para que las partes se informen y ejerzan por escrito el derecho de impugnación o de casación, si se trata de segunda instancia.

Conforme la Ley 1149 de 2007, se constituye el despacho en audiencia de juzgamiento, para dar lectura a la decisión que lleva escrita el juez, y darla a conocer a la audiencia en presencia de abogados y partes, si asisten, la sentencia, en la que las partes son invitados expectantes y sorprendidos, y dentro del éxtasis de la sorpresa deben sacar razones para apelar y exponer argumentos para una sustentación que abarque pedimento sobre todos y cada uno de los puntos o pretensiones que requieran ser estudiados por el superior, o, simplemente, guardar silencio o manifestar que no apelan. Si es consultable, se atienden a lo que decida el ad quem.

*Segunda instancia:* En la segunda instancia, en lo que va corrido de la aplicación de la Ley 1149 de 2007 -a partir del 11 enero de 2012- se convoca a las partes a audiencia, luego de la instalación se da inicio a la etapa de trámite para que los apoderados de las partes presenten sus alegaciones en los puntos nucleares de sus intereses; en la segunda instancia, -igual procedimiento, trátase de apelación de autos interlocutorios, de sentencias, o de consulta a favor del trabajador o del beneficiario en seguridad social, por sentencia absolutoria o consulta a favor de la nación, departamento, municipio o distrito patronales o de entidad de seguridad social, por ser la nación aval o garante de esta última-, por sentencia condenatoria conforme al artículo 69, C. P. T. y S. S. y artículo 14, Ley 1149 de 2007 que lo modifica.

Agotadas las alegaciones, o por ausencia de apoderados, se entra a la fase de juzgamiento, en que se profiere la sentencia respectiva, que se reduce a lectura de la ponencia aprobada en sala de decisión -sala dual o trial-. Con la publicidad de la decisión, concluye la fase de juzgamiento, y la obligatoriedad de toda actuación en oralidad.

Se hace necesario en la segunda instancia, atenuar la audiencia de oralidad en laboral, para dar paso a la *colegialidad u oralidad unipersonal*, (Meroi, 2009, p. 31), ya que no se justifica que para dar a la publicidad la ponencia aprobada, en sala de decisión por unanimidad o mayoría, la misma que se lleva a la lectura con una decisión ya tomada e inmodificable, en principio, convirtiéndose en un derroche de tiempo y recurso humano, la presencia de tres magistrados, para que el respectivo ponente lea lo aprobado en sala.

Lo que sigue entonces, es fase de escrituralidad, ya que todo debe hacerse por escrito, la interposición del recurso de casación y revisión, si hubiere lugar, el cálculo del interés jurídico y económico para su procedencia, y la concesión o negativa, así como resueltos aquellos, después del auto de obedécese y cúmplase lo resuelto por la Corte, se entra a la liquidación de las costas.

### **Estructura de la sentencia**

Debe ser oralidad unipersonal la lectura de decisión, que contiene los elementos estructurales de toda sentencia, porque de acuerdo con los cánones clásicos, acogidos normativamente y reproducidos en los manuales de redacción judicial<sup>45</sup>, toda sentencia debe ser motivada, contener estructuralmente tres partes: una parte inicial descriptiva (antecedentes y desarrollo del proceso); una intermedia, parte justificativa (la motivación jurídica y factual) y la última decisional (el fallo) (Gorla, 1981); la primera es de formato, general y abstracta (lugar, juez, partes, radicación, síntesis de hechos y pretensiones); la intermedia es construcción del sustanciador, siguiendo el esquema propuesto por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (formulación del problema jurídico, marco jurídico, hechos probados y valoración y convicción que las probanzas

---

<sup>45</sup> Contra lo que se pronunciaron los intervinientes en el conversatorio promovido en mayo 2014 por la *Revista Semana* “¿Se necesita una reforma a la justicia en Colombia?”, con participación de expresidente y presidente de Corte Suprema, ministro de Justicia, presidente del Congreso, del Consejo de Estado, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de Asonal, del Instituto de Derecho Procesal, Jairo Parra Quijano, del ex procurador Jaime Bernal Cuéllar, el más aterrizado al proponer una reforma a la justicia integral elevando la edad de retiro forzoso de empleado público a los 70 años, como regla general y especial para jueces, y de otros destacados juristas. Sacando como conclusión superar el 1.4% del presupuesto o del 0.4% del PIB, como presupuesto autónomo para la administración de justicia no inferior al 3% de uno y otro, para hacer una reforma sistémica, modernizar códigos y procedimientos, superar la politización y corrupción imperante en el espectro jurisdiccional implementando el concurso de méritos para proveer vacantes en altas cortes y ‘pedirle a jueces y magistrados que las sentencias en Colombia se redacten de a pie, para que sean cortas’ (Ámbito Jurídico, No. 394, p. 15).

le produjeron en el conocimiento del sentenciador, dialogante en el escrito de los argumentos de las partes -en demanda, contestación o alegatos), tesis que acoge el fallador y excepciones probadas o no probadas, con el respectivo acopio de antecedentes sobre el mismo caso, o que algunos recogen como precedentes en su mayoría verticales de la misma jurisdicción, pocos horizontales de sus homólogos y escasísimos de otras jurisdicciones nacionales y extranjeras; toda esta amalgama en muchos o pocos párrafos, unos extensos y otros densos en ocho o diez renglones, que desarrollan la obligación implícita en el debido proceso del art. 29 constitucional, de motivar la decisión, porque la Constitución de 1991 no recogió el mandato introducido por el artículo 67 del Acto Legislativo No. 01 de 1945, insertado en la Constitución de 1886 ‘Art. 163. Toda sentencia deberá ser motivada’, como sí lo hacen constituciones como la española de 1978 ‘120.3<<Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia>>’ y la italiana ‘111.1<<Todas las providencias jurisdiccionales deben ser motivadas>>’<sup>46</sup>, incluidos los autos de sustanciación y los interlocutorios, en nuestro lenguaje procesal.

El contenido del artículo 163 de la Constitución Política de 1886, fue reproducido como regla del procedimiento civil<sup>47</sup> en el inciso 3º, artículo 303: ‘A excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa’<sup>48</sup>, incluye -en providencias-autos interlocutorios -así materialmente no tengan efectos de sentencia, pero que deciden cuestión incidental o importante en el proceso- y las sentencias, cualquiera sea su sentido estimatorio, desestimatorio o inhibitorio.

Es fundamental que, en todo Estado social de derecho y democrático, su constitución tenga el principio y mandato de que toda decisión de autoridad debe estar motivada, para que de ahí se irradie a todos los funcionarios judiciales o con funciones jurisdiccionales como las Superintendencias. Esto obliga a cuestionar, si motivar una sentencia es la versión clásica de que al inicio de la construcción lingüística se deben transcribir los hechos -textuales o sincréticos-, las pretensiones principales -como accesorias o consecuenciales- y subsidiarias, de la contestación de los hechos por la demandada, los hechos y defensas y las excepciones -previas y de mérito- de esta, pruebas pedidas por las partes, en la parte denominada antecedentes procesales, relatar asuntos internos del proceso que solo en su momento interesan a las partes, como son la admisión y el itinerario de notificación y contestación, las tercerías convocadas al proceso -integración de litis consorcio necesario o facultativo, intervención adhesiva,

<sup>46</sup> Traducción libre de ‘111.1. <<Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati>>, Constitución Italiana, cita en: Igartua Salaverria, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, 2003, p. 21.

<sup>47</sup> El Código de Procedimiento Civil, es expedido por Decretos 1400 y 2019 de 1970, agosto 6 y octubre 26, art. 303, Modificado por D.E. 2282/89, art. 1º, núm. 133, formalidades.

<sup>48</sup> Tomada del art. 470, Ley 105 de 1931, Código Judicial: <Las decisiones judiciales deben ser motivadas, excepción hecha de los autos de sustanciación>.

*ad excludendum*, denuncia del pleito, llamamiento en garantía, llamamiento *ex officio*, sucesión procesal-, necesario solo para fijar partes e intervinientes respecto de los cuales se sentencia, para pasar a la audiencia de conciliación, de decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, y decreto de pruebas, así como relación de los medios probatorios incorporados al expediente, para luego entrar a la parte estructural intermedia de la sentencia que es el problema jurídico, tesis o posiciones jurídicas de las partes, marco normativo, fijación de las reglas normativas o fase de hermenéutica jurisprudencial y doctrinal, bajo las cuales va a decidir el juez, con transcripción -a pesar de estar prohibida en el procedimiento <no se podrá hacer transcripciones de actas, decisiones o conceptos, que obren en el expediente>, *in fine*, inciso 3º, art. 303, C. P. C., núm. 133, art. 1º, Decreto 2282/89, y art. 279 del Código General del Proceso- de actas de recaudo de pruebas; pruebas como dictámenes, documentos allegados al expediente, reproducción de testimonios e interrogatorios de parte, a lo que se agrega el copiado textual no seleccionado de extensas partes de sentencias de altas cortes - con lo que se cree que se está cumpliendo con la motivación y acatamiento de precedentes -.

Sin embargo, en el siglo de las comunicaciones y de las tecnologías de la información – (TIC) - y de los derechos humanos, en que el ciudadano exige que se le resuelva en derecho y en justicia material, el conflicto frente a su oponente, que se lo niega o no se lo quiere reconocer, lo importante es la eficiencia en donde se exige velocidad, rapidez, aserción, acertar por el dispensador de justicia, porque esta envuelve oportunidad y realización de los derechos con suficiente claridad.

En ese contexto, no se justifica que en la sentencia ocupe el mayor paginado reproduciendo los hechos de que las partes son protagonistas y que conocen mejor que el juez, para que este vuelva y se los cuente -a veces mal contados-, cuando constan en la demanda y en su contestación, tampoco se requiere que se recuente el procedimiento surtido, que son normas de derecho objetivo que están en el código respectivo y que el juez debió desarrollar bajo el debido proceso, sujeto a verificación de legalidad en cada fase y constancia de que lo surtido no será objeto de nulidad ni irregularidad alguna, por mandato del artículo 25 de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009<sup>49</sup>, y reproducido en el artículo 132 del Código General del Proceso.

<sup>49</sup> La ley 1285 del 22 de enero de 2009, D. O. 47240, por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. “Artículo 25. Artículo Nuevo. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrearán nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas.” Que el art. 132, del Código General del Proceso recoge “control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación”.



Creemos, por consiguiente, que no hay necesidad de reproducir pruebas documentadas como son actas, contratos, sucesos extraprocesales previos documentados, cartas de despido, actas de descargos, ni pruebas pedidas y recaudadas, ni contenidos de testimonios o de interrogatorios de las partes que, generalmente, si no contienen confesión<sup>50</sup> son inútiles; es nada aconsejable reproducir conceptos técnicos y dictámenes, basta con la remisión a la documental - citando la foliatura correspondiente -, es lo que sugiere la prohibición normativa (art. 303, C. P. C.). Solo así, se producirá una sentencia de a pie, breve, que cumple con su finalidad.

Con esta *sindéresis*, juez y partes -las que en sus alegatos orales y escritos también deberían atenerse a la misma regla, no repetir lo que está obligado el juez, la contraparte y el revisor a estudiar sobre la foliatura del expediente-, así como cualquier interviniente y, por supuesto, el juez de la segunda instancia, ahorra tiempo y espacio para exponer las razones de su convicción y del sentido de la decisión, que es lo que realmente esperan las partes y la sociedad de toda sentencia, porque:

(...) La marcada tendencia a evitar la enunciación de los estándares valorativos y a no justificar las valoraciones que condicionan la decisión, terminan por hacer incognoscible e incontrolable un factor decisivo del juicio. Una sentencia que aparece carente de opciones valorativas es en realidad una sentencia fundada en valoraciones no expresadas y no justificadas, y es por tanto preclusiva de cualquier control externo posible sobre el fundamento de tales opciones (Taruffo, 1975, p. 213).

En cuanto a que el artículo 230 de la Constitución obliga al juez a fallar con la ley, es la única que obligatoriamente lo vincula con el ordenamiento, entendido aplicación robótica de la norma jurídica, estos es una concepción contraria al siglo XXI de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, en que han de hacerse amparar sin restricción, propio del Neoconstitucionalismo, entendido este como que toda estructura del sistema jurídico está definida con base en la Constitución (Constitución Política de Colombia, arts. 29 y 30), y que el funcionamiento del sistema jurídico se inicia a partir de los parámetros constitucionales (Prieto, 2003, pp. 101 y ss.), la Corte Constitucional sobre la materia en Sentencia C-104 de 1993 precisó:

La Constitución, como norma fundamental, tiene una jerarquía cualitativa [...] Ella consagra un conjunto de valores y principios materiales que irradian el resto del ordenamiento jurídico. Existe por tanto un sistema de valores y principios que implica que una norma cualquiera no debe ser analizada de manera aislada sino como haciendo parte de un ordenamiento jerárquico y armonioso (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-104 de 1993).

---

<sup>50</sup> La finalidad de la diligencia de interrogatorio de parte es obtener la prueba de confesión - <2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria>, art. 195, C. P. C. Si no hay confesión, lo que diga la parte en esa diligencia no es útil, porque nadie puede ser prueba de sí mismo o en su favor, principio de la prueba en procesal civil.

Decir que el juez está obligado a fallar con la ley, es atender que debe decidir con la Constitución en primer lugar, y luego con las leyes aplicables al caso; ya que el horizonte a que debe tender toda decisión es el de los valores -aspiraciones del colectivo-, principios, derechos fundamentales, -en el entendido que, estos, en las leyes dejaron de ser meramente programáticos, para adquirir fundamentalidad, exigibilidad y materialización inmediata-; entonces, la racionalización y argumentación de los derechos debe primar y por tanto, el principio *pro socialis*, pues siempre se debe resolver con prevalencia de los derechos sociales.

### **Oralidad y TLC, Colombia y Estados Unidos de América – Aplicación de la metodología**

A partir del 15 de mayo de 2012 comenzó a regir el “Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, junto con sus anexos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006, y el protocolo modificatorio del mismo. Acuerdo que fue aprobado por la Ley 1166 del 21 de noviembre de 2007, mediante la cual el Congreso de la República aprobó el Tratado de Libre Comercio Colombia–Estados Unidos de América, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-751/08 de fecha 24 de julio de 2008. Luego, forma parte de la legislación interna del país y del bloque de constitucionalidad, conforme a los artículos 93 y 94 de la Carta Política de 1991, en especial en materias sustanciales y procesales laborales.

El citado tratado en el Capítulo 17 destinado a lo laboral, en el artículo 17.3 sobre “Garantías Procesales e Información Pública”, en que Colombia se obligó para que su legislación laboral sea justa, equitativa y transparente, asegurando que:

Dichos procedimientos cumplan con el debido proceso legal, cualquier audiencia en dichos procedimientos sea abierta al público, excepto en los casos en que la administración de justicia requiera lo contrario, que las partes intervienen en los procedimientos tengan el derecho de apoyar o defender sus posiciones, incluyendo la presentación de información o pruebas y sin que dichos procedimientos impliquen costos o plazos irrazonables o demoras injustificadas; por lo que en su numeral 3º “cada parte dispondrá que las resoluciones finales sobre el fondo del caso en tales procedimientos ‘se formulen por escrito, y señalen las razones en las que se basan las resoluciones’”.

Disposición que resulta contraria con la oralidad del artículo 6 de la Ley 1149 de 2007, que al modificar el artículo 46 C. P. T. y S. S., dispone: “En ningún caso se hará la reproducción escrita de las grabaciones. Las grabaciones se incorporarán al expediente.”

La sentencia en los juicios ordinarios, en única, primera y segunda instancia, se profiere en audiencia oral, la que es grabada en multimedia, ordenando incorporar el “CD” o “DVD” al expediente, con la prohibición de transcripción

de la decisión definitiva. Mandato de la Ley 1149 de 2007, la que fue primera en el tiempo, ya que fue expedida el 13 de julio de 2007, mientras que la Ley 1166 del 21 de noviembre de 2007 aprobatoria del TLC de Colombia–Estados Unidos de América, es posterior a aquella.

Este aparente conflicto de normas, que en principio se resuelve a favor de la oralidad del procedimiento, por ser norma especial, pero que frente a una norma de derecho internacional debe ceder. En efecto, la Ley 1166 de 2007 aprobatoria del TLC, obliga al Estado colombiano a reformar el procedimiento en cuestiones laborales y de seguridad social.

Así se resolvió en Auto de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral AL4628 - 2014 del 2 de julio de 2014, Radicación 46201, al decidir:

11. Lo anterior significa que el Estado colombiano adquirió –al entrar en vigor el 15 de mayo de 2012 el «Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América»-, la obligación de modificar el artículo 6° de la Ley 1149/2007, en el sentido de que las sentencias (“resoluciones finales sobre el fondo del caso”, para utilizar los términos del Acuerdo internacional), se formulen por escrito. Con otras palabras, el Estado colombiano está obligado a modificar la llamada “Ley de oralidad del proceso laboral”, de forma que los jueces necesariamente profieran sus sentencias en forma escrita, pues lo dispuesto en el citado artículo 6° es palmariamente contrario al compromiso internacional que ulteriormente adquirió el Estado colombiano” (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral AL4628-2014 del 2 de julio de 2014).

Por lo que, siguiendo el resolutivo tercero del citado auto, se hace necesario que se presente proyecto para adaptar la legislación colombiana a lo previsto en el artículo 17.3 del “Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”.

Por lo que no es contrario, y sí necesario, que se produzca la reforma del artículo 6° final, Ley 1149 de 2007, para que las sentencias sean escritas o se permita su transcripción fiel una vez leídas en la audiencia de oralidad, lo que hace viable la propuesta de “Colegialidad u oralidad personal”.

En efecto, se aviene con la propuesta de Colegialidad u oralidad unipersonal, el que Colombia en el TLC con los Estados Unidos se obligó a la escrituralidad de las decisiones que pongan fin a los procesos laborales y de la seguridad social.

Por tanto, y como se estableció como hipótesis de este artículo, la oralidad en el proceso laboral se ha presentado como un principio, un sistema o un instrumento, que empero responde exclusivamente a considerarse una metodología.

Al ser un método su teleología está encaminada a la realización del derecho sustantivo, conllevando por ello el concepto de justicia en su interior, ya que

permite a partir de reglas preestablecidas acceder a la administración de justicia, y al considerarlo así el resultado frente a la oralidad mejora la prestación del servicio constitucional de administración de justicia en pro del hombre. Estamos, por tanto, frente a una nueva cultura.

## 2. CONCLUSIONES

La oralidad es método, es vía para construir el proceso, con el máximo de economía procesal, concentración de actuaciones de juez, partes e intervinientes, inmediatez en el recaudo de la prueba, contradicción y diálogo dialéctico entre los protagonistas de la relación jurídica sustancial y procesal, y publicidad de cara a la sociedad, con el máximo de garantías procesales a través del juez como director del proceso.

La sentencia es la máxima obra lingüística del juez, *summum* del quehacer procesal y vía material para la realización de la justicia, que requiere sincretismo, claridad, precisión y garantía presente de los derechos de las partes, expresión por excelencia del Estado social democrático y de derecho.

La oralidad, no es la vía para la solución de la congestión actual en la administración de justicia en laboral y seguridad social, es una nueva cultura contra la dilación, el excesivo formulismo y formalismo, la inoportunidad o tardanza de la sentencia que es lo que le interesa a la parte que acude a la jurisdicción, la realización máxima de sus derechos fundamentales y la materialización de la justicia social.

Se hace necesario, que en segunda instancia se dé paso a la colegialidad u oralidad unipersonal para la lectura de la sentencia por el ponente, e inclusive por otro magistrado o por el auxiliar, con grandes economías en tiempo y aumento de la productividad.

Finalmente, para honrar el TLC con los Estados Unidos, Colombia debe modificar el art. 6 in fine, Ley 1149 de 2007, para que las sentencias del sistema de oralidad deban transcribirse presentando al congreso el proyecto correspondiente. En donde la oralidad, ya sea como principio o metodología varía, para dar paso a acuerdos binacionales.

Si la oralidad es un método, su quehacer se centra en la realización del derecho sustantivo, por lo que, el resultado frente a la oralidad es mejorar la prestación del servicio constitucional de administración de justicia. Estamos, por tanto, frente a una nueva cultura.

# FACTICIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

*Carlos Arturo Hernández Díaz\**

*Andrés José Muñoz Cadavid\*\**

## 1. INTRODUCCIÓN

El procedimiento laboral está regulado por un código preconstitucional, y es uno de los más antiguos que en la actualidad tiene vigencia, pues fue aprobado por el doctor Mariano Ospina Pérez (Decreto 2158 de 1948), en ejercicio de las facultades que le confería al presidente de la República el artículo 121 de la Constitución Política de 1886.

Por esta misma circunstancia, y aunque ha sido actualizado por normas como la Ley 712 de 2001, consideramos que no responde a las necesidades sustanciales y adjetivas del derecho laboral, por lo menos en el campo de las medidas cautelares, contenida en su única norma: el artículo 85 A del C. P. T. y S. S., objeto de análisis en este trabajo.

En efecto, como principio tenemos que la falta de regulación autónoma en el C. P. T. y S. S., de conformidad con el artículo 145, es llenada a través de la analogía; la normativa remite a la legislación procesal civil en todo lo no regulado, pues a falta de disposiciones especiales en el procedimiento de trabajo, se aplicarán las normas del Código Judicial, hoy código de procedimiento civil, entiéndase Código General del Proceso.

Como se observa del tenor de la norma transcrita, los vacíos procedimentales se llenan primero, con la analogía de las propias normas del estatuto procedimental laboral y luego si es procedente, acudir al estatuto procesal civil, pero recordemos al profesor Ernesto Forero Vargas, cuando describe que, aunque se utilice la analogía, esta debe ser entendida desde los principios del derecho laboral y de la seguridad social.

---

\* Doctorando en Derecho en la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Filosofía y Lógica de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Magíster en Filosofía y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Especializaciones en Derecho Administrativo y Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre, docente-investigador.

\*\* Abogado de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Procesal civil de la Universidad Autónoma de Colombia.

Para *Luis Francisco Ramos Alfonso*, la existencia de regulación, al interior del C. P. T. y S. S., hace en principio, improcedente acudir a las normas del estatuto civil. De esta forma, este trabajo, pretende encontrar las condiciones que permitan dar ese salto directo a la legislación procesal civil. No obstante, la existencia de disposiciones expresas en el C. P. T. y S. S., en concreto, la posibilidad de aplicar medidas cautelares innominadas contenidas en el numeral 1 del artículo 590 del C. G. P., cuando las condiciones del artículo 85A del C. P. T. y S. S. imponen una carga sobredimensionada al trabajador, o al empleador, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Comencemos.

El presente ensayo se justifica no solo como reflexión en el ámbito del procedimiento laboral, sino además en el procedimiento civil, pues evidencia cómo la teoría general del proceso es la columna vertebral del procedimiento, la cual tiene un plus expansivo hacia las demás ramas del Derecho, y, en el caso del presente análisis, hacia el procedimiento laboral.

La pertinencia del estudio se centra en la mora de casi 25 años de la Constitución de 1991, de prometernos un Estatuto del trabajo, para dejarnos en la actualidad con un procedimiento escueto, de mediados del siglo pasado, que por su propia languidez debe nutrirse con las instituciones propias del Código Judicial -entiéndase estatuto civil adjetivo.

De esta suerte, el análisis se profundiza, pues pretende encontrar los presupuestos para que pueda ser posible la discrecionalidad en el proceso laboral, aprovechado que el Estatuto civil con el C. G. P., ha abierto las puertas del poder cautelar, innominado o atípico.

### **Las medidas cautelares innominadas**

En el presente trabajo, se hizo un análisis de lo escrito e investigado sobre el asunto de las medidas cautelares innominadas en el proceso laboral, pero no se encontró ningún resultado específico al respecto. De esta forma, se hará una revisión del estado del arte sobre las medidas cautelares innominadas en el ámbito del derecho procesal civil, para analizar su noción, sus antecedentes históricos, la función de la institución, su duración en el proceso, para luego descender con las conclusiones que arroje el análisis.

Para este trabajo hemos consultado el ensayo realizado por Jairo Parra Quijano, presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, presentado como aporte a los apuntes del libro *Código General del Proceso*, Ley 1564 del 2012. Lo hemos contrastado con el ensayo, del mismo título, del profesor Rengel Romberg, en su calidad de miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. De la misma forma, hemos nutrido el análisis con el criterio del profesor de Teoría General del Proceso y director de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), doctor Adolfo Alvarado Velloso, en su obra denominada *El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión*.

Rengel Romberg destaca un asunto sobre el planteamiento del problema, que es muy importante subrayar al principio de este análisis, y es el hecho que las providencias de urgencias o medidas cautelares innominadas constituyen “una concesión que hace el principio de bilateralidad del proceso a las exigencias de la justicia práctica”. El principio de bilateralidad, entendido como el imperativo del juez de tomar la decisión luego de haber escuchado los alegatos de todas las partes en conflicto, no tiene la virtud de ser sino apenas una regla general, ponderada y proporcional para la estructura del proceso, pero que debe armonizarse con facultades del juez para afrontar situaciones “sui generis” que demandan justicia especial a situaciones concretas.

El procesalista italiano Calamandrei, en su texto del mismo nombre, trae un ejemplo que ilustra muy bien la necesidad del instituto de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico de toda República que se jacte de justicia equilibrada y cumplida. Se trataba del dueño de un bar en París que, para remodelar las instalaciones del establecimiento, había encargado, a un reconocido artista del momento, realizar murales en todo el lugar con figuras de ninfas y habitantes del imaginario clásico. Una vez abierto el establecimiento, en la inauguración, una de las asistentes se dio cuenta que su rostro había sido tomado sin su permiso para representar un ser mitológico que aparecía en una posición impúdica. Molesta, la ciudadana acudió ante un juez para la reparación del perjuicio y solicitó que, como medida cautelar, mientras duraba el proceso se ordenara al dueño del bar cubrir, con un velo de otro color o imagen, la figura que le molestaba.

Como se observa, se trata de un ejercicio de ponderación entre el interés del demandante, a que no se le siga ocasionando un perjuicio, y el interés del demandado de ser condenado, si y solo si, se ha surtido un proceso con todas las etapas establecidas en la ley.

Calamandrei no vivió para ver las resultas de proceso, pero le pareció proporcionado que el espacio que incomodaba a la dama fuera tapado con un velo de colores y figuras diferentes; un cuadro o cualquier otro adorno que, ajustado a la ocasión, pusiera freno a la injuria de la que se dolía la dama, de la mano que propiciara un ambiente agradable al bar mientras se surtía el proceso.

El segundo ejemplo del que habla la literatura, más concretamente el escrito del profesor Rengel Romberg, es el caso de un joven trabajador argentino, quien en una máquina perdió su extremidad superior izquierda, siendo zurdo. En el respectivo proceso, efectuado en el Tribunal de Buenos Aires, que traducido al caso colombiano sería un proceso ordinario laboral de primera instancia por culpa patronal, el trabajador, a través de su profesional del derecho, solicitó a la justicia que antes de que se proferiera sentencia de primera instancia, y mientras durara todo el proceso, se ordenara a la empresa demandada ponerle una prótesis que él estaba en incapacidad de sufragar.

Al proceso se allegó dictamen pericial, que informaba sobre el grave perjuicio que se podía arrojar al demandante, si mientras duraba el proceso se lo dejaba impedido, tanto para trabajar, como para realizar las más elementales actividades de la vida social. Aseguraba el informe sobre el buen pronóstico de los apuntados que recibían una prótesis oportunamente, y la misma era acompañada de terapia física, psicológica y sicosocial.

Como lo destaca el profesor Rengel Romberg, el Tribunal argentino, en sede de segunda instancia, aceptó los argumentos de la parte demandante, destacando el peligro de la mora (*periculum in mora*) y la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), pues no solo encontró los desaciertos de la demandada en materia de salud ocupacional, sino la urgencia de la medida, dada la gravedad de la lesión con la que fue despedido el demandante.

Pero ¿qué significa el uso de los latinajos “*periculum in mora*” y “*fumus boni iuris*”? Significa que el juez debe abandonar su ecuanimidad y en parcialidad, por un momento, para prejulgar, adelantarse a los hechos y observar si la pretensión tiene apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, si existe evidencia suficiente que indique que entre la demanda y la sentencia se producirá daño irreparable o de difícil reparación al demandante (*periculum in mora*).

Como se observa, en el campo de las medidas cautelares innominadas, se debaten los casos difíciles antes de que sean resueltos por sentencia definitiva, pero que por este hecho se rehúsan a encontrar una justicia tardía e inútil a las expectativas de una sociedad jurídicamente más exigente y, a la vez, ontológicamente más compleja.

### **Antecedentes históricos**

Jairo Parra Quijano, en el documento que ha servido de materia prima para este análisis remonta la existencia del instituto de las medidas cautelares innominadas al artículo 700 del C. P. C. italiano de 1940, en que se permitía al juez tomar las medidas más idóneas “para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo (C. P. C., Italia 1940).” No obstante, el doctor Rengel Romberg, (1968) afirma:

Ya el ordenamiento ejecutivo austriaco del 27 de mayo de 1896, al consagrar las medidas interinas o provisionales, observaba que delinear casos específicos y detallados de estas medidas, sería renunciar a ofrecer en la ley los medios para atender a todas las necesidades que pueden surgir de la variedad de la vida y del concurso fortuito de circunstancias diversas. Se requiere que los poderes del juez no resulten demasiado restringidos en lo que concierne a la escogencia de los medios para asegurar un determinado resultado procesal y de ejecución al cual aspira la parte. Una taxativa fijación de tales medios, podría fácilmente en muchos casos frustrar el propósito e instituto y el juez podría llegar a encontrarse en una desagradable posición: la de tener que permanecer impedido de actuar, y no poder proveer a las necesidades cautelares sino con medios inadecuados. (P. 321-322)



No obstante, el escrito de Rengel (1945) es enfático en afirmar que podemos ir mucho más allá del derecho moderno y encontrar el antecedente del instituto en el derecho romano clásico. El ilustre togado, citando a Riccobono señala que: *“Los interdictos del derecho romano constituían un medio para garantizar con un procedimiento rápido el orden jurídico y de policía que debe ser asegurado en la comunidad. Interdictum era emanado del magistrado por solicitud de una persona privada contra otra, a la cual impone un cierto comportamiento, hacer o no hacer; y era emanación del imperium del magistrado, por lo que la competencia para dictarlos era exclusiva de los magistrados con imperium, esto es, del praetor, procónsul, praeses provinciae, con exclusión de los magistrados municipales”* Sin querer entrar en controversia, y hacer arqueología del instituto de las medidas cautelares innominadas, lo cierto es que a la cosmovisión del romano inspirado en la grandeza de la República, se encontraba procedente acudir al praetor para solicitar de él la anuencia o autorización, para tomar libremente medidas inmediatas y urgentes antes de la decisión de fondo, con el fin de conjurar un perjuicio –se trata del antecedente de los interdictos posesorios– mientras que a la visión del hombre moderno inspirado en Montesquieu, en el juez, entendido como la Boca de la ley (La bouche de le loi), el instituto de las medidas cautelares ha sido mirado con recelo –véase que en el código de procedimiento civil de 1970 no se incluyeron– y hoy después en el siglo XXI han sido incluidas como una novedad en el artículo 590, literal c) del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012, aunque sus orígenes como vemos, algunos tratadistas las encuentran en el derecho romano clásico.

El hombre moderno desconfía de las medidas cautelares innominadas, hasta el punto de que, de los tres sistemas que existen en el mundo, el sistema taxativo, el sistema taxativo con facultad residual de medida cautelar innominada en los procesos declarativos y el sistema de libre cautela judicial, solo los dos primeros existen en los ordenamientos jurídicos de las repúblicas del globo, mientras que el último es solo una construcción imaginaria de lo que sería un sistema judicial, si se confiara en las facultades del juez para proveer justicia en cada caso particular, sin más limitaciones que su prudente juicio y discreción argumentativa.

### **Noción de medidas cautelares innominadas**

Parra Quijano, (2012) encuentra la genealogía constitucional del instituto de las medidas cautelares innominadas en “el artículo 229 de la Constitución de Colombia –que– es quizá mucho más atípico, ya que dice: se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia” ... Y ya es tema pacífico que acceder implica eficacia, luego compartimos el planteamiento anterior que se viola la Constitución si no se establece el derecho a solicitar medidas cautelares innominadas o atípicas. Si el proceso verbal (de conocimiento) es lo suficientemente atípico, que hace cierto, lo que dice el artículo 368 del C. G. P.: “Se sujetará al trámite establecido en este capítulo todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial (es decir, es atípico), es necesario que existan medidas cautelares atípicas, que a petición de parte el juez pueda decretar” (p. 305).

Así, llegamos con claridad a la definición de medidas cautelares de urgencias, atípicas o innominadas consagradas en el numeral c) del artículo 590 del C. G. P. -vigente desde el 1º. de octubre de 2012 por disposición del artículo 626, *ibidem*:- “como cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieran causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.

La jurisdicción debe estar dispuesta siempre para recibir los reclamos de los ciudadanos y, como surgen nuevos derechos, estos pueden solicitar medidas cautelares y las denominadas atípicas, le permitirán cumplir esa misión si las típicas no son las adecuadas para ello (Quijano, 2012, p. 306).

### **La tutela jurisdiccional efectiva, las medidas cautelares y la igualdad real de las partes**

Este trabajo quedaría incompleto, si no se rescatara que, lo más importante de la investigación es el grueso de la tesis del texto de Jairo Parra Quijano, sobre la tutela judicial efectiva, consagrada en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política.

Para el experto, el núcleo duro de las medidas cautelares contribuye al equilibrio procesal, “*en la medida que asegura que, quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces.*” (Quijano, 2012, 307)

Concluye el profesional del derecho, que: “si se profundiza un poco en el concepto de igualdad, con relación a las medidas cautelares innominadas o atípicas, cuando se toma la medida, para evitar el daño marginal que la duración del proceso causa o ayuda a causar, según la expresión de Finzi y difundida por Calamandrei, se logra un equilibrio frente a la otra parte.” (Quijano, 2012, p. 308)

### **La igualdad de las partes, en el artículo 85 a de la norma procesal laboral.**

Este punto del estado del arte, ha nutrido nuestro análisis, pues para Parra Quijano, al demostrar que las medidas cautelares contribuyen al equilibrio procesal y a garantizar la igualdad de las partes, nos hace preguntarnos si el artículo 85 A del C. P. T. S. S., al exigir una caución so pena de no escuchar al demandado en el proceso, contribuye realmente a esa equidad de la que nos habla el tratadista.

No escuchar es equivalente a denegar el acceso a la justicia, de tal suerte que lo que tiene una finalidad preventiva, conminatoria, puede desencadenar, como lo mostraremos en las líneas que siguen, en una arbitrariedad para el demandado.

Es aquí donde nuestro análisis se conecta con los derechos fundamentales que están en juego, la igualdad y el debido proceso por la ausencia de acceso a la

justicia, pues no todas las personas que hacen un movimiento en su patrimonio se están insolentando, y todo el que está en una situación de crisis económica puede pagar una caución.

### **Conclusiones de las medidas cautelares**

Las medidas cautelares son un acto de modestia del legislador, quien, consciente de la imposibilidad de prever todas las situaciones que presenta una sociedad, cada día más compleja y calamitosa, permite al juez proveer, según su razonable y prudente juicio, las medidas que sean necesarias para asegurar la efectividad de la pretensión o evitar que continúen los daños irrogados a la parte.

Se trata de un ejercicio de discrecionalidad, previsión del futuro y prejuzgamiento, que pone al juzgador en el difícil papel de inclinarse en la balanza hacia un lado de la pretensión, pero mantener el equilibrio de la decisión de fondo.

Semejante problema dogmático se presentó en el campo del proceso penal, cuando el juez debía decidir sobre la libertad del sindicado mientras duraba el proceso, lo cual llegó, dentro del sistema penal acusatorio, a quitar esta competencia al juez de la causa, para ponerla al juez de control de garantías.

¿Será prudente proponer que, en el ámbito del derecho civil, cuando se pidan medidas cautelares innominadas, se quite la competencia al juez de la causa para que sea otro juez autónomo e imparcial quien finalmente decida sobre su decreto? La propuesta está sobre la mesa.

### **La carga sobredimensionada para el trabajador, en el artículo 85 a del C. P. T. y S. S.**

El artículo adicionado al C. P. T. S. S., por el artículo 37-A de la Ley 712 de 2001 (art. 85 A, C. P. T. S. S.), establece una medida cautelar para el trabajador con el fin de que, en proceso ordinario, pueda pedir al juez tomar las medidas necesarias tendientes a procurar la efectividad de la sentencia.

La caución oscila entre el 30% y el 50% del valor de las pretensiones del trabajador, siempre que demuestre al juez que el empleador está realizando movimientos en su patrimonio “tendientes a insolventarse” o “se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”. El interesado deberá expresar, bajo la gravedad del juramento, “los motivos y los hechos en que se funda”.

Así, hemos llegado al meollo del asunto, primero porque “insolventarse” es un verbo que no puede conjugarse en el presente, sin presuponer una finalidad en el futuro: defraudar a los acreedores, o, lo que es lo mismo para el caso que nos ocupa, presumir la mala fe de la persona que está realizando los movimientos en

su patrimonio, por la cualidad enteramente subjetiva, el animus, que no puede ser captada por el juez inmediatamente, sino en pasado, luego de los resultados de ese movimiento patrimonial.

En el artículo 2491 del Código Civil colombiano, hay un mecanismo para reconstruir el patrimonio de las personas que no quieren pagar sus deudas y para evitar que sus bienes sean embargados, los vendan o traspasen a sus familiares o amigos. Este mecanismo se denomina la acción pauliana, la cual, en caso de prosperar tiene la virtud de rescindir los contratos con los cuales el deudor ha traspasado o cedido sus propiedades para que vuelvan a hacer parte de su patrimonio y, como consecuencia, retornen a hacer parte de la garantía de los acreedores. Pues bien, en la normativa bajo estudio el legislador ha construido un atajo hacia el resultado de la insolvencia, pues la caución es procedente en curso del proceso ordinario, cuando todavía no es posible hablar de un deudor; se trata de un proceso de conocimiento donde la obligación es aún incierta y discutible.

Sobre el tema de la acción pauliana, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 21 de junio de 2005 (expediente 7804), expuso sobre el legítimo derecho que asiste al acreedor de velar porque su crédito sea pagado, “siempre atento a que el deudor tenga con qué hacerlo”.

(...) No obstante, clarificamos que: “la acción pretende un ejercicio de ponderación entre procurar una administración exitosa o próspera de los negocios del deudor, sin “restringir su libertad contractual, para obrar conforme a sus designios” .

En el caso de las medidas cautelares en el proceso laboral, no es posible realizar este ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad entre los intereses en juego, pues de un lado, nos preguntamos si es factible, a las reglas de la experiencia, que el trabajador conozca con detenimiento el patrimonio del deudor cuando lo demanda, al punto de que haya sacado un listado de sus inmuebles, comparativo y cronológico, o menos aún, el estado de sus bienes muebles, de los cuales pueda deducir movimiento patrimonial tendiente a hacer ilusoria la sentencia; no es típico que el trabajador haga un récord en el tiempo de las matrículas inmobiliarias de su empleador y, finalmente, el estado de la mayoría de sus bienes muebles hace parte del núcleo duro, su derecho a la intimidad; de otro, si nos insolventamos de obligaciones ciertas y exigibles, como es posible pensar que el empleador está eludiendo la sentencia si sus convicciones le indican que nada debe, y los movimientos que hace en su patrimonio son motivados por su derecho a la libertad negocial. El caso del contrato realidad nos ilustra bien sobre esa situación, en la medida que el supuesto empleador cree moverse dentro de la normatividad civil, donde resultan, de uno y otro lado, muy finas las diferencias con la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo establecidos en el artículo 23 del C. S. T. En este contexto, la audiencia especial, que debe convocar el juez dentro del quinto día hábil siguiente a la solicitud,

resulta desde el punto probatorio bien compleja, toda vez que las pruebas que presenten las partes sobre la insolvencia o las graves circunstancias por las que atraviesa el empleador para pagar la sentencia, no conducen a ningún panorama concreto, específico, típico, claro, sino a ambigüedades y a supuestos subjetivos donde impera la subjetividad y la incertidumbre, que son la materia prima de la injusticia; el trabajador presumirá insolvencia y, por otra parte, el empleador que el contrato fue de prestación de servicios, y que los movimientos de su patrimonio se encuentran dentro de su libertad negocial. No existe un tema de prueba, sino un supuesto ambiguo y ambivalente de prueba.

Por otra parte, no se puede dejar de lado el segundo aspecto de la norma, el hecho que, si el empleador se encuentra en graves dificultades para cumplir la sentencia, no será oído hasta tanto cumpla con la caución. ¿Cómo puede ser justo que una persona esté en problemas económicos y por esta circunstancia ni siquiera sea oído por las autoridades? Es un típico caso de responsabilidad objetiva que priva al empleador de su legítimo derecho de acceder a la justicia. Los retos que impone la Constitución Política, en aras de hacer efectivos los derechos de los trabajadores y el acceso a la justicia del empleador, imponen que en casos específicos se inapliquen los artículos 85 A y 145 del C. P. T. y S. S., y se dé vía libre a las medidas cautelares innominadas que consagra el numeral 1 del artículo 590 del C. G. P., o cualquier otra del artículo 690 del C. P. C.

### **La regla de no escuchar al demandado debe ser analizada en cada caso concreto para ser acorde con la Constitución Política. Análisis de la sentencia T-162 de 2005.**

Con el fin de sustentar los supuestos en los cuales es posible dar ese salto legal a la normatividad civil y conciliar la efectividad de la sentencia con la garantía de los derechos fundamentales de las partes, el suscrito ha querido hacer un símil con la doctrina constitucional que hoy tiene vigencia en el proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, la cual ilustra muy bien acerca de cómo no toda norma constitucional en abstracto, es constitucional en un caso concreto, veamos:

Los hechos de la demanda de tutela se condensan en que el demandante, a su vez demandado en el proceso abreviado, considera desproporcionado que se le imponga la obligación de consignar a órdenes del juzgado doce millones de pesos (\$12.000.000.00) en cánones de arrendamiento, de los cuales carece, ya que sostiene, sustentado en una denuncia penal, que su hermano fabricó el contrato de arrendamiento con testigos; la condición que merece, por el contrario, es la de poseedor de buena fe, pues vive en la casa que heredó de su finado padre con el consentimiento de los otros hermanos, trámite de sucesión que aún se encuentra en proceso.

La Corte Constitucional ampara los derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa del quejoso y, como consecuencia, ordenó al juez

segundo municipal de Montería, Córdoba, decretar la suspensión inmediata del proceso civil de restitución de inmueble arrendado, hasta que se estableciera por la jurisdicción penal si “se cometió el delito de fraude procesal o de falso testimonio, en relación con la prueba del contrato de arriendo presentada con la demanda que dio inicio a dicho proceso.” (Corte Constitucional Colombiana, T-162 de 2005). Sostuvo el alto tribunal, que el actor “no se encuentra en mora porque probablemente no ostenta la condición de arrendatario del inmueble objeto del litigio” Corte Constitucional Colombiana, T-162 de 2005), toda vez, que existen serias dudas sobre la validez del contrato de arrendamiento y la apariencia de buen derecho de su versión.

Según esta doctrina constitucional, el hecho que en las sentencias C-070 de 1993, C-056 de 1996, C-886 de 2004, hayan declarado ajustados a la Constitución la carga procesal consistente en que el demandado, para ser oído en el proceso, debe consignar a órdenes del juzgado el valor total de los cánones de arrendamiento adeudados, o presentar los correspondientes recibos de pago o de consignación, por el principio del derecho probatorio, denominado inversión de la carga de la prueba, no significa que, en sede de control concreto, se pueda implicar el parágrafo 2º, numeral 2º, del artículo 424 del C. P. C.

El máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional busca, con esta doctrina, dar celeridad y eficacia al proceso abreviado, donde por poderosas razones prácticas frente a una negación indefinida -el no pago-, solo corresponde al demandado acreditar que ha pagado los cánones de arrendamiento y que continúa con el cumplimiento de esa obligación en el curso del proceso. No obstante, cuando de las pruebas de plenario y la tesis defensiva, se tengan serias dudas sobre la existencia y validez del contrato de arrendamiento, aparece desproporcionada la carga de exigir el pago de los cánones a quien se considera timado con el proceso, tal y como sucedió en la *causa petendi* de la sentencia en estudio, donde no es procedente imponer esta carga procesal.

Consideramos, que esta doctrina puede ser llevada al trámite del proceso laboral, porque no resulta razonable ni proporcionado que en concretas y precisas circunstancias se exija al demandado –empleador– constituir una caución equivalente al 30% o 50% de las pretensiones, cuando de sus razones y fundamento de derecho se tiene que nada debe al demandante. Es el típico caso del contrato realidad, donde el demandante alega que se han verificado los presupuestos del contrato de trabajo, contenidos en el artículo 23 del C. S. T., pero el demandado considera que se trató de una contratación civil. También podemos poner el caso de quien alega una relación familiar, sin ningún tipo de subordinación, como la de los hijos de crianza, donde los cuidados a los enfermos o las labores de casa se hacen dentro del marco de una relación fraternal y filial muy común en el campo o en determinados estratos sociales de centros urbanos.

Al parecer, este salto epistemológico que proponemos hacia la legislación civil, que ha encauzado las más modernas corrientes sobre el poder cautelar, pueda

convertirse, más que en la excepción, en la regla general, si se tiene en cuenta que, como se dijo en párrafos anteriores, el juez frente a los prepuestos del artículo 85 del C. P. T. S. S., más que verificar si el empleador se ha insolventado o está en imposibilidad de cumplir la sentencia, lo que requiere es una medida cautelar expedita, concreta, por ejemplo, la inscripción de la demanda en un bien inmueble.

El hecho de insolventarse o el atravesar una grave situación económica, son temas de juicio que dan a la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria para un proceso de conocimiento y a la Superintendencia de Sociedades para un proceso concursal, de donde resulta problemático que el legislador haya depuesto que el juez laboral, en el comienzo del proceso, es decir, antes de decretarse y practicarse las pruebas, sin un panorama del buen derecho, defina en una audiencia especial lo que toma meses e incluso años de resolver en otros escenarios jurisdiccionales.

### **La salida: las medidas cautelares innominadas contenidas en el numeral 1° del artículo 590 del C.P.C.**

Así las cosas, el presente ensayo no pretende fundamentar una derogatoria tácita del artículo 85 A del C. P. T. S. S., el cual evidentemente se encuentra vigente y, sin duda, puede ser una salida oportuna y efectiva para garantizar la efectividad en la sentencia en casos donde resulta de bulto el interés de insolventarse del empleador, así como la evidente insuficiencia de su patrimonio para cumplir la sentencia; es el caso de las situaciones en las que ha sido advertido de la controversia por la citación al Ministerio de Trabajo o la apertura al trámite de insolvencia establecido por el C. G. P. o, ha entrado a algún tipo de reorganización empresarial, de que trata la Ley 1116 de 2006.

El centro del problema es evidenciar que existen circunstancias donde el fallador no tiene esa claridad, y que la medida cautelar, consistente en la caución del 30 al 50% para ser escuchado en el proceso, es la que aparece desproporcionada e irrazonable a los intereses en juego, bien porque implica prejuzgamiento o bien porque exige imposibles al empleador o al trabajador.

¿Qué debe hacer el fallador con el trabajador que no conoce el patrimonio de su jefe, pero desconfía de su patrimonio, por cuanto carece de activos fijos?

¿Qué podemos decir del trabajador que demanda a un empleador extranjero sin bienes en Colombia? ¿Cómo se debe comportar frente a un empleador que denuncia al supuesto trabajador por fraude procesal y falsedad ideológica en documento privado?

En términos de L. H. Hart, todas estas circunstancias son supuestos donde la norma entra en el campo de su derrotabilidad, toda vez que, su teleología es desértica e infructuosa.

La tesis que defiende este ensayo, entonces, es traer a colación la doctrina constitucional expuesta en el acápite anterior, nacida del proceso de restitución

de inmueble arrendado, para que en todos los casos en que el fallador tenga duda de la existencia del contrato de trabajo y le sea imposible adelantarse al sentido del fallo, aquellos casos en que su discrecionalidad no sea el mejor y más prudente juicio, casos de duda, incertidumbre, como una opción salomónica *pueda acudir a las medidas cautelares innominadas* establecidas, como las herramientas que le permiten asegurar la efectividad de la sentencia con el mayor margen de libertad establecido en la ley, mientras garantiza al empleador ser escuchado en el proceso.

Basta recordar la función propia de las medidas cautelares en general, para no compartir una posición restrictiva. Sin pretender en esta ocasión revisar in extenso la función de las medidas cautelares y las diversas posiciones, se observa que la tutela de cualquier derecho, no escapa al peligro de la mora del proceso, que hace necesaria la aplicación de medidas concretas aptas para preservar los cambios de la situación de hecho y asegurar la oportuna ejecución de la sentencia. Entre la proposición de la demanda y el pronunciamiento de la sentencia, existe necesariamente un tiempo de duración del proceso; o como dice Carnelutti, una *vacatio*, la cual se puede considerar como una necesidad, pero también como una imperfección del proceso.

Sobre las medidas cautelares innominadas, Calamandrei las denomina como *poder cautelar general*, dado que dan un margen de discrecionalidad supletorio de las medidas típicas contempladas en la ley, o para casos de apremio o urgencia. Este es el propósito de facilitar la posibilidad de que las medidas cautelares de la normatividad civil, puedan aplicarse en el proceso laboral; el hecho que muchas veces lo problemático de la relaciones humanas y sociales no permiten encasillar el propósito de la efectividad de la sentencia, con el hecho de insolventarse o estar en grave situación económica para cumplir el fallo. Ponemos el caso de la gestión judicial, donde un mandamiento de pago puede estar fácilmente 6 meses en el despacho, tiempo suficiente para que el empleador se insolvente y, en caso de que se haya puesto la caución en este lapso, se puede perder la efectividad de un 70% hasta un 50% de la sentencia, dependiendo del monto que ya haya sido asegurado en el proceso, en la audiencia del artículo 85 del C. P. T. y S. S.

### **La revuelta contra el formalismo en la posmodernidad**

Uno de los grandes cambios del derecho, en los últimos años, ha sido la crisis en la que ha caído el principio de legalidad para los estudiosos del mismo. En la posmodernidad, la categoría validez ha cedido terreno a la facticidad, entendida como la virtud de la justicia en la cual el derecho hunde sus raíces en la realidad.

¿Para qué una medida cautelar de entre el 30% y el 50% de las pretensiones, si lo que indica el sano juicio es lograr la efectividad de un 100% de los derechos que se deben?



El artículo 85 A del C. P. T. y S. S. está desueto, y no alcanza a satisfacer las necesidades reales de los trabajadores, motivo por el cual debe el juez aplicar excepción de inconstitucionalidad y acudir a las nuevas tendencias de la legislación.

## 2. CONCLUSIONES

El artículo 85 A del C. P. T. S. S., es la única norma que consagra medidas cautelares en el proceso laboral, soledad que no se compadece con la dinámica de la discrecionalidad que, como ejercicio de ponderación, implica tener a la mano un amplio número de posibilidades, con las cuales se pueda hacer frente a la complejidad de cada caso.

De esta forma, el presente ensayo, sin desconocer la vigencia y eficacia de la norma para casos como en los que surja de bulto el ánimo del empleador de insolventarse y poner en crisis la efectividad de la sentencia, ha mostrado cómo, en determinadas situaciones, la medida cautelar resulta insuficiente y hasta injusta.

De esta suerte, las medidas cautelares innominadas, consagradas en el literal c) del artículo 590 del C. P. C., aparecen como el abanico de posibilidades, cuando de garantía de los derechos fundamentales involucrados se trata.

Vimos los supuestos de la hipótesis: 1.- La denuncia penal del empleador al trabajador, por la fabricación del contrato de trabajo. 2.- El contrato realidad. 3.- Las relaciones filiales como los hijos de crianza. Todos ellos ameritan un ejercicio de ponderación que permita la efectividad de la sentencia, con una medida cautelar de la mano, que facilite el acceso a la justicia del demandado, siendo escuchado dentro del proceso.

La doctrina constitucional, en materia de procedimiento civil, como vimos, tiene adocinado que no toda declaratoria de exequibilidad de una norma en abstracto, impide que se presenten problemas constitucionales en el caso concreto, como es el caso del artículo 424 del C. P.C., referido al proceso de restitución de inmueble arrendado, analogía de nuestra reflexión.

El juez laboral, deberá *acudir a las medidas cautelares innominadas*, establecidas, como herramientas que le permiten asegurar la efectividad de la sentencia, en el entendido que, aunque la norma procesal laboral establece medidas cautelares, en la actualidad, no sirven para desarrollar el derecho, siendo necesario la utilización de las medidas cautelares innominadas.



**CAPÍTULO IV**  
**LABORAL ADMINISTRATIVO**



# ÁMBITO JURÍDICO QUE OCUPA LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA RELACIÓN LABORAL

*Diego Emiro Escobar\**

*Eleazar Falla López\*\**

## 1. INTRODUCCIÓN

La relación entre el derecho administrativo con la Inspección del Trabajo, desde la Constitución de 1886 ya se venía haciendo, pero hoy el esquema político-administrativo se plantea con fundamento en la descentralización territorial determinada por la Constitución de 1991, en la cual el sector central de la administración nacional, como los ministerios o el sector descentralizado, caso de las superintendencias, tienen que desarrollar sus facultades con otra figura, o bajo otro concepto del Derecho administrativo: la desconcentración de funciones, la cual hace posible una tarea más eficaz del centro a la periferia, diríase de la Capital de la República hacia las demás regiones y departamentos del país. Es así como se distribuye, en este caso, la función de inspección, vigilancia y control asignada jurídicamente al Ministerio del Trabajo.

El sector administrativo del trabajo, y lo relacionado con su conformación, se tiene ya como fundamento jurídico, a partir del Decreto 4108 de 2011, por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Trabajo, y se integra a él dicho sector.

La Inspección del trabajo se encuentra en normas tales como: Convenio OIT 81 de 1947 (Ley 23 de 1967), la Tercera parte, Título I. Vigilancia y control del Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 4108 de 2011, Resolución 404 de 2012, Ley 1610 de 2012. La función del inspector del trabajo en el Estado social de derecho se apoya no solo en la legislación sustantiva, sino en la constitucionalización del derecho laboral e implica una efectiva realización de

---

\* Abogado de la Universidad La Gran Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás y Derecho Societario. Magister en Docencia e Investigación Universitaria con énfasis en Ciencias Jurídicas y candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda. Profesor universitario de pregrado y posgrado.

\*\* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre de Colombia. Candidato a maestría en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad de Palermo de Buenos Aires, Argentina. Asesor en temas administrativos y laborales.

los cometidos estatales garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el ordenamiento jurídico.

La voluntad de la administración (Ministerio del Trabajo → Dirección Territorial ↔ Inspección del Trabajo) se manifiesta a través de una decisión que resuelve una situación a ella sometida, que tiene como base la presunción de legalidad, lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, de ser eficaz y sometida al término de caducidad de la facultad sancionatoria (3 años), la cual se da por regla general desde el momento mismo de su iniciación, y está condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto.

El papel del Inspector del trabajo (IT) en el derecho colectivo laboral, a partir de sus potestades de vigilancia y control, ejercitadas a través de la denominada Función Coactiva o de Policía Administrativa, nominadas así por el artículo 3-1 de la Ley 1610 de 2013, para requerir el cumplimiento de las normas consignadas en la parte colectiva del C.S.T., en las convenciones colectivas, pactos colectivos, contratos sindicales es parte del análisis que se realiza en este artículo, ya que pretendemos responder cual es el ámbito jurídico que ocupa la Inspección del Trabajo como manifestación de la intervención del Estado en la relación laboral.

## **2. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO**

La Administración pública, en ejercicio de sus competencias y facultades, desarrolla la misión que le es propia (constitucional y/o legal); si se trata de la administración nacional o territorial, ella atiende un conjunto de necesidades que el administrado manifiesta exponencialmente. Tratándose de la autoridad administrativa del trabajo, es decir, del Ministerio de Trabajo, aunque parte de sus tareas se ejecutan mediante la formulación, dirección, coordinación y evaluación de políticas para el empleo, o de formalización del mismo, a nivel nacional, no es menos conocido que existen otras competencias, como la de inspección, vigilancia y control, la que se despliega en las regiones mediante las Direcciones Territoriales y, en concreto, con la Inspección del Trabajo.

La división político-administrativa que tiene el Estado unitario colombiano, que segmenta al territorio en 32 departamentos, se constituye en la base para la asignación de competencias y jurisdicción, a través de las cuales pueden actuar, prestar servicios o ejercer funciones como las de inspección, vigilancia y control en cabeza de las entidades públicas del orden nacional.

Dichas entidades, desde la Constitución de 1886, ya venían haciéndolo, pero hoy el esquema político-administrativo se plantea con fundamento en la descentralización territorial que determina la Constitución de 1991, en la cual el sector central de la administración nacional, como los ministerios o el sector descentralizado caso de las superintendencias, tienen que desarrollar

sus facultades con otra figura o bajo otro concepto del derecho administrativo, la desconcentración de funciones, la cual hace posible una tarea más eficaz del centro a la periferia, diríase de la Capital de la República hacia las demás regiones y departamentos del país. Es así como se distribuye, en este caso la función de inspección, vigilancia y control asignada jurídicamente al Ministerio del Trabajo.

El Estatuto Superior, en preceptos como el 25, 53, 121 y 209, entre otros, determina los derechos de los ciudadanos y la organización estatal, que en lo relativo al trabajo dan plataforma a la gestión pública de la cartera respectiva, pero es la ley, la que señala más específicamente cómo los derechos, no solo fundamentales, sino principalmente sustantivos y la organización estatal, son puestos en relación y acción, a favor del interés general. Mediante la intervención de la administración pública o autoridad competente, se asiste a los particulares para zanjar sus diferencias (conciliación) o para obligar al cumplimiento de ese ordenamiento normativo (investigación-administrativa laboral), cumpliéndose los cometidos del Estado social de derecho.

En la Inspección del Trabajo se genera la expectativa de intervención del poder público de una parte del Estado, para que el trabajador o la organización sindical pongan en conocimiento de tal autoridad la *Función Coactiva o de Policía Administrativa*<sup>51</sup> por conductas del empleador que puedan constituirse en vulneración a los derechos y prerrogativas laborales, sean de carácter individual o colectivo. Lo que involucra que, como autoridad de policía administrativa del trabajo, ejerza la facultad restrictiva, la que se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo o de la seguridad social, aplicando en los procedimientos y en los actos administrativos principios como el de economía, publicidad, imparcialidad y de proporcionalidad.

La otra connotación, es la posibilidad de convertirse por voluntad de las partes, que se encuentran en disputa derivada del contrato de trabajo, en un escenario de solución de conflictos (*Función Conciliadora*), mediante el mecanismo de la conciliación en derecho laboral. Es decir, corresponde a estos funcionarios intervenir en la solución de los conflictos laborales de carácter individual y colectivo, para lograr soluciones autocompositivas o el agotamiento prejudicial no obligatorio.

Con la legislación reciente, se presentan otras funciones principales:

---

<sup>51</sup> La Ley 1610 de 2013, regula algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral en el artículo 3° sobre las Funciones Principales de las Inspecciones del Trabajo y Seguridad Social establece que (...) 2. Función Coactiva o de Policía Administrativa: Como autoridades de policía del trabajo, la facultad coercitiva se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad.”

La *Función Preventiva*, que es aquella que propende porque todas las normas de carácter sociolaboral se cumplan a cabalidad, adoptando medidas que garanticen los derechos del trabajo, y eviten posibles conflictos entre empleadores y trabajadores; la *Función de Mejoramiento de la Normatividad Laboral*, mediante la implementación de iniciativas que permitan superar los vacíos y las deficiencias procedimentales, que se presentan en la aplicación de las disposiciones legales vigentes; y la *Función de Acompañamiento*, garante del cumplimiento de las normas laborales del Sistema General de Riesgos Laborales y de Pensiones (UNAD, Mendoza, 2013).

A primera vista, el escenario de la Inspección del Trabajo es dominado por el derecho laboral, mediante ese conjunto de normas que, de forma sustantiva, permite la protección y el reconocimiento de derechos mínimos para la población trabajadora, o de aquellos derechos que son fruto de la convención colectiva; pero ahí está presente, implícita, otra rama del derecho que es propia del derecho público y fundamento de las actuaciones de las autoridades públicas de naturaleza administrativa, que en su diario devenir verifican el cumplimiento de los preceptos del Código Sustantivo del Trabajo.

La rama del derecho a la cual se hace referencia es el derecho administrativo, la cual pertenece a una concepción positivista y de carácter objetivo, que sujeta la actuación del inspector del trabajo a unas funciones previamente determinadas, a unos procedimientos establecidos, y le exige desarrollar y aplicar unas políticas estatales de carácter sectorial.

El derecho de la administración, se funda en lo que corresponde al ordenamiento jurídico colombiano, en normas escritas, legisladas y reglamentadas, por el mismo poder público, lo primero a cargo del legislador y lo segundo del Ejecutivo.

Existen un sinnúmero de definiciones o conceptos del derecho administrativo; al efecto se comentan dos, que se avienen con la pregunta, ¿cuál es el ámbito jurídico que ocupa la Inspección del Trabajo como manifestación de la intervención del Estado en la relación laboral, dada la interacción de los sujetos de dicha relación con el inspector?

Para iniciar a responder el interrogante, se puede consultar lo que manifiesta Parada (2012) citando a Zanobini, quien afirma: “«el derecho administrativo es aquella parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos»”, (p. 11). Considera aquel, la anterior definición, como simple y descriptiva, porque no refiere algo abstracto o complejo; el derecho de la administración le otorga competencias, funciones, y regula su actuación. Para este catedrático, las normas administrativas tienen como destinatario a la administración pública de forma tal, que no se entienden o no son tales sin esa presencia. Añade el profesor que:



Pero esto no supone que las administraciones públicas no puedan utilizar o formar parte de relaciones jurídicas reguladas por normas no administrativas, puesto que una cosa es utilizar una determinada normativa, y otra, muy distinta, que la normativa se halle destinada o presuponga, en todo caso, su aplicación a un determinado sujeto (Parada, 2012, p.: 11).

La segunda noción sobre el derecho administrativo, y que describe un poco los inicios de esta disciplina, corresponde a la del profesor italiano Cassese (1994), quien aporta elementos que mantienen su vigencia en el desarrollo ulterior del concepto de ese corpus normativo:

Por ello, las administraciones públicas están sometidas a ingentes cuerpos normativos dirigidos a organizarlas, a regular su funcionamiento, a definir sus relaciones con los ciudadanos, etc. (lo que permite distinguir el Estado de derecho del Estado absoluto). El Derecho y las Administraciones públicas, están así tan compenetrados, que es imposible hablar de uno sin referirse al otro (...) (p. 53).

El origen de las Inspecciones de Trabajo data de 88 años atrás, cuando la Ley 73 de 1927 en su artículo 5º las crea como servicio de inspección dentro de la Oficina General del Trabajo, que pertenecía al Ministerio de Industrias, pues no se había creado el del Trabajo. Organismo perteneciente a la Administración pública nacional, de nivel centralizado-desconcentrado, con algún grado de independencia en sus decisiones, mas no materia de presupuesto o administración, dado que no son en sí, ni entidades autónomas ni hacen parte de un proceso de descentralización.

Dicha parte de la administración pública, está comprendida dentro del sector administrativo del trabajo, es componente fundamental del Ministerio de Trabajo y forman parte de las Direcciones Territoriales. Hay que recordar que la ley regula el ejercicio de la función administrativa, que desplegada, por ejemplo, en el Inspector del Trabajo, determina la estructura, define los principios y reglas básicas de la organización, incluyendo el funcionamiento de la administración pública.

Es la Ley 489 de 1998, una de las leyes que, en los últimos cuatro lustros, se ocupa de la reforma y estructura de la rama ejecutiva del poder público, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, y donde se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política. Al respecto de nuestro tema, dice: “Artículo 42. Sectores Administrativos. El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno nacional definan como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área.”

Este precepto logra cohesionar una posible dispersión de competencias, atribuciones, funciones y objetivos, en cabeza de entidades públicas que se

ocupan de materias relacionadas, ya que al ser determinable el conjunto de entidades a interrelacionarse de manera más clara y más allá de una visión jerárquica (integración vertical) se logra la integración horizontal, dispuesta para estructurar el Sector Administrativo integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las Superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno nacional definan como adscritas o vinculadas.

### 3. EL SECTOR ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

El sector administrativo del trabajo, que fue creado por la Ley 1444 de 2011, por medio de la cual se escinden unos ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración pública, específicamente en el artículo 8º, dispuso que, el Sector Administrativo del Trabajo estará integrado por el Ministerio del Trabajo, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo. Pero, la mejor descripción normativa se logra con el Decreto Ley 4108 del 2 de noviembre de 2011, cuando hay separación definitiva de los ministerios que se habían fusionado (2003), en el que se denominara acertadamente Ministerio de la Protección Social, que apenas tuvo existencia por 8 años, en el cual, por supuesto, estuvieron como parte de su organización las Inspecciones del trabajo.

La conformación del Sector se tiene a partir del mencionado decreto, por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo, y se integra el Sector Administrativo del Trabajo, que se determina como sigue:

ARTÍCULO 3º. INTEGRACIÓN DEL SECTOR DEL TRABAJO. El Sector del Trabajo está integrado por el Ministerio de Trabajo y las siguientes entidades adscritas:

#### 1. Entidades adscritas

##### 1.1. Establecimiento Público

Servicio Nacional de Aprendizaje–SENA.

##### 1.2. Unidad Administrativa Especial con personería jurídica Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias

##### 1.3. Superintendencia sin personería jurídica

Superintendencia del Subsidio Familiar

#### 1. Entidades Vinculadas

##### 1.1. Empresas Industriales y Comerciales del Estado

1.1.1. Administradora Colombiana de Pensiones–COLPENSIONES

Los fondos que administra son:

El Fondo de Riesgos Profesionales

El Fondo de Subsidio al Empleo y al Desempleo

Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional

Fondo de Solidaridad Pensional

La dirección del Ministerio de Trabajo está a cargo del ministro, quien fija políticas de carácter institucional y sectorial, y además determina la planta global de personal del ministerio como tal. Son objetivos del Ministerio del Trabajo: “la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos para el trabajo, el respeto por los derechos fundamentales, las garantías de los trabajadores, el fortalecimiento, promoción y protección de las actividades de la economía solidaria y el trabajo decente, a través un sistema efectivo de vigilancia, información, registro, inspección y control; así como del entendimiento y diálogo social para el buen desarrollo de las relaciones laborales” (Decreto 1072 de 2015).

Dentro de esa visión jerárquica del Estado de derecho, pero de tipo vertical para la gestión pública moderna, la Inspección del Trabajo, de abajo hacia arriba, es la base de todo el sistema de inspección, vigilancia y control que tiene a su cargo el Ministerio de Trabajo. Cumple la inspección unas funciones principales (Ley 16101 de 2013), y un considerable número de funciones asignadas de acuerdo con la última reglamentación del ministerio, aproximadamente 50, señaladas en el artículo 7º de la Resolución 2143 de mayo 28 de 2014, por la cual se asignan competencias a las Direcciones Territoriales y Oficinas Especiales e Inspecciones de Trabajo.

Las razones por las cuales la Administración pública nacional y central, estimaron la reorganización de este espacio de encuentro e intervención del Estado, en las relaciones laborales son:

i) Que mediante Resolución 404 de 2012 se crearon Grupos Internos de Trabajo y se asignaron las coordinaciones en las Direcciones Territoriales y Oficinas Especiales del Ministerio de Trabajo y se señalaron las respectivas competencias. ii) Que de conformidad con la Ley 489 de 1998, corresponde al ministro del trabajo dirigir las funciones de administración de personal del ministerio. iii) Que mediante Decreto Ley 4108 de 2011 se determinó la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo, señalándose en el núm. 27 del artículo 6, la facultad del ministro para crear, conformar y asignar funciones a los órganos de asesoría y coordinación, así como a los grupos internos de trabajo necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones del ministerio (Resoluciones 2143 de 2014, 404 de 2012 y 2605 de 2009, todas, del Ministerio de Trabajo).

Esa perspectiva de organización piramidal (clásica), hace que la Inspección del Trabajo reciba, de arriba hacia abajo, desde la cabeza del sector, las políticas que deben aplicarse tanto como parte de la organización (dentro de) como expresión visible de la intervención del Estado frente al trabajador, sindicato o empresario que a ella es convocado, o que por ella es visitado. *La formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos para el trabajo, el respeto por los derechos fundamentales, las garantías de los trabajadores, el fortalecimiento, promoción y protección de las actividades de la economía solidaria y el trabajo decente*, que son reflejadas en normas de tipo reglamentario o en directrices, a las que se han de ceñir los inspectores en su labor diaria.

Internamente, en la estructura orgánica de la Cartera de Trabajo, se encuentra que la Inspección del Trabajo, que, si bien atiende los lineamientos del ministro, más exactamente se encuentra bajo la orientación del despacho del Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección. Él ejerce como superior de varias direcciones, estas son: la Dirección de Riesgos Profesionales, la Dirección de Derechos Fundamentales del Trabajo y la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial, esta última tiene como funciones (art. 27. Dec. 4108/11) asociadas con la Inspección del Trabajo, las siguientes:

- a. Formular, orientar, coordinar, dirigir y evaluar los planes, programas, proyectos y procesos para desarrollar las políticas de prevención, inspección, vigilancia y control de trabajo, con el fin de dar cumplimiento a las normas legales, reglamentarias y convencionales sobre trabajo.
- b. Hacer seguimiento y evaluación a la implementación y cumplimiento de la política de prevención, inspección, vigilancia y control de trabajo.
- c. Dirigir, coordinar y evaluar el cumplimiento de las funciones a cargo de las direcciones territoriales, e inspecciones de trabajo con métodos y procedimientos unificados.
- d. Dirigir y coordinar las acciones relacionadas con los procedimientos aprobados para la inscripción de organizaciones sindicales, elección de juntas directivas, depósito de estatutos y la cancelación del registro sindical.
- e. Orientar, en lo de su competencia, el desarrollo de los programas y actividades de prevención, inspección, vigilancia y control de trabajo sobre las empresas asociativas de trabajo, las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado.
- f. Establecer los lineamientos y las acciones para la autorización, vigilancia, prevención y control de las empresas de servicios temporales y de aquellas que desarrollen actividades de intermediación laboral.

- g. Coordinar la inspección, vigilancia y control, para el cumplimiento de las normas del Sistema General de Riesgos Profesionales.
- h. Formular los lineamientos para fomentar la cultura de cumplimiento de las normas en materia de salud ocupacional y seguridad en el trabajo, en lo de su competencia.
- i. Conocer y resolver los recursos de apelación y queja interpuestos contra las providencias proferidas por los directores de las direcciones territoriales con excepción de las relacionadas con el Sistema de Riesgos Profesionales.
- j. Dirigir y orientar los estudios para generar modelos que identifiquen el riesgo laboral en los diferentes sectores económicos, y orientar planes y programas de intervención en sectores críticos de inspección preventiva en materia de trabajo y seguridad social.
- k. Orientar y participar en la aplicación de los mecanismos de solución de los conflictos de trabajo, de conformidad con la Ley.

En ese orden de ideas, descendiendo dentro del conducto regular y los componentes de coordinación y control (del Ministerio), estarían las Direcciones Territoriales u Oficinas Especiales las cuales dependen funcionalmente de la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control. Tienen como funciones en cada uno de los departamentos y las dos oficinas especiales (art. 30. Dec. 4108/11) directamente vinculadas con el quehacer diario de la Inspección del Trabajo, entre otras:

- a. Promover la celebración de acuerdos de cumplimiento y mejora de las relaciones entre empleadores y trabajadores y realizar su seguimiento.
- b. Presenciar las asambleas y comprobar la votación para la declaración de huelga, por solicitud de las organizaciones sindicales interesadas o los trabajadores.
- c. Intervenir, por solicitud de los trabajadores o los sindicatos, en las negociaciones directas que se adelanten en desarrollo de la huelga.
- d. Planear, programar y ejecutar, en su jurisdicción, las acciones de prevención, inspección, vigilancia y control en materia de trabajo, empleo, migraciones laborales, salud ocupacional y seguridad en el trabajo, de acuerdo con las normas vigentes y las políticas, directrices y lineamientos establecidos por el Ministerio de Trabajo.
- e. Desarrollar los planes y programas adoptados por el Ministerio, dirigidos, entre otros, a los trabajadores rurales, informales e independientes y promover el cumplimiento de las disposiciones legales.

- f. Participar en la implementación de la política nacional, para prevenir y erradicar el trabajo infantil, y en especial sus peores formas, y proteger al joven trabajador.
- g. Ordenar la suspensión de prácticas ilegales, no autorizadas, o evidentemente peligrosas para la salud o la vida en el ambiente laboral.
- h. Ejercer inspección, vigilancia y control sobre las empresas de servicios temporales y sobre las usuarias, a efecto de garantizar el cumplimiento de las normas laborales y las que regulan su funcionamiento.
- i. Adelantar, de conformidad con lo previsto en las normas vigentes y en los temas de su competencia, las investigaciones administrativas sobre el cumplimiento de las empresas con la afiliación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.
- j. Adelantar visitas de carácter preventivo a los centros de trabajo, y analizar la información sobre conflictividad y riesgos laborales para planear y ejecutar acciones para mitigarlos y disminuirlos.
- k. Vigilar que las empresas y las administradoras de riesgos profesionales adelanten las investigaciones de los factores determinantes de los accidentes de trabajo y la aparición de enfermedades profesionales.
- l. Vigilar y controlar las empresas asociativas de trabajo, en materia de su competencia, y cancelar la personería jurídica de éstas por ejercer funciones de intermediación o ejercer como patrono.
- m. Propiciar y adelantar el proceso de conciliación administrativa laboral en los conflictos de trabajo de carácter individual.

El conjunto de funciones señaladas, implica regularmente la asignación a la Inspección del Trabajo, por parte de la coordinación o Dirección Territorial, para que sea ella quien directamente tenga contacto con los actores o realice visita a los lugares de trabajos según corresponda. Hay que precisar que, en materia sancionatoria, como en algunas otras la Inspección, carece de competencia para imponer sanciones como multas; otorgar, suspender o cancelar autorizaciones de funcionamiento; exigir pólizas de garantías u ordenar hacerlas efectivas. Ya que son atribuciones asignadas a la Dirección o Coordinación territorial respectiva.

Los procedimientos administrativos que ejecuta la Dirección Territorial, se deben y obedecen al mandato legal y se acometen en el marco de la función pública (art. 122 C. P.) que le es propia, verificando de oficio, o a petición de parte, aquellos hechos o conductas que lesionan o pueden lesionar derechos en condición de trabajador (subjctivos/sustantivos) o la vulneración de la norma

legal que es predicable de un sujeto determinado, de un empleador como tal (normas del trabajo y de seguridad en el trabajo) o en sentido contrario; no agotándose con esto, ni los derechos de otro orden, ni los procedimientos que han sido los característicos de la Inspección del Trabajo.

### **La inspección del trabajo**

El fundamento jurídico de la Inspección del Trabajo, se encuentra en normas tales como: Convenio OIT 81 de 1947 (Ley 23 de 1967), la Tercera Parte, Título I. Vigilancia y control del Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 4108 de 2011, Resolución 404 de 2012, Ley 1610 de 2012.

Así, el Estado es garante de los derechos y obligaciones de las relaciones entre empleadores (patronos) y empleados (trabajadores) dentro del espíritu de coordinación económica y equilibrio social, que las caracteriza. Por tanto, las competencias tanto del inspector como del director, se circunscriben a dicho ordenamiento, y se realizan bajo principios constitucionales como el debido proceso, igualdad de todos ante la ley, y procedimiento legal previo a la resolución de asuntos a ellos delegados.

Ahora bien, el papel del inspector del trabajo en el Estado social de derecho, apoyado no solo en la legislación sustantiva, sino en la constitucionalización del derecho laboral, implica una efectiva realización de los cometidos estatales, garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el ordenamiento jurídico, y especialmente la protección de los derechos de los trabajadores, la investigación y sanción. Pero ¿cuáles son las funciones que se deben desarrollar en la Inspección del Trabajo? Se puede observar, al inicio de este artículo, que con la Ley 1610 de 2013 hay unas funciones principales, pero con la reglamentación de lo previsto en el artículo 115 de la Ley 489 de 1998<sup>52</sup>, y en el numeral 27 del artículo 6º del Decreto 4108 de 2011<sup>53</sup>, se hace necesario asignarle las competencias al ejercicio de la función de inspección. Es mediante la Resolución 2143 de 2014, que en su artículo 7 se asignan a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, hasta 52 funciones adicionales a las 5 principales.

---

<sup>52</sup> Mediante el artículo 115º.- Planta global y grupos internos de trabajo. El Gobierno nacional aprobará las plantas de personal de los organismos y entidades de que trata la presente Ley de manera global. En todo caso el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de organización y sus planes y programas.

Con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con eficacia y eficiencia los objetivos, políticas y programas de organismo o entidad, su representante legal podrá crear y organizar, con carácter permanente o transitorio, grupos internos de trabajo.

En el acto de creación de tales grupos se determinarán las tareas que deberán cumplir y las consiguientes responsabilidades y las demás normas necesarias para su funcionamiento.

<sup>53</sup> El Artículo 27 establece lo siguiente 2 “Organizar y conformar comités, comisiones y grupos internos de trabajo, teniendo en cuenta la estructura interna, las necesidades del servicio y los planes y programas trazados por el Ministerio para su adecuado funcionamiento.”

Una clasificación preliminar, y a título ilustrativo, del muy numeroso conjunto de tareas que se deben desplegar por la Inspección, para hacer posible la interacción de los actores de la relación laboral que requieren o buscan la intervención del Estado. El siguiente cuadro resume las funciones en 9 aspectos:

<b>Se relaciona con:</b>	<b>De los numerales del art. 7°</b>	<b>Total</b>
<b>1. Derecho laboral individual</b>	<b>1, 5, 9, 10, 14,16, 17, 18, 19, 20, 29, 43, 45, 46,</b>	<b>14</b>
<b>2. Derecho colectivo del trabajo</b>	<b>1, 11, 12, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 32, 33,</b>	<b>11</b>
<b>3. Derecho de la seguridad social</b>	<b>3, 4, 5, 6, 7, 8, 39, 40, 44, 51</b>	<b>10</b>
<b>4. Derecho de las entidades sin ánimo de lucro</b>	<b>13, 15, 50</b>	<b>3</b>
<b>5. Derecho de los mecanismos alternativos de solución de conflictos</b>	<b>23, 24, 41, 42</b>	<b>4</b>
<b>6. Derecho de los sujetos de especial protección</b>	<b>30, 31, 47</b>	<b>3</b>
<b>7. Función preventiva</b>	<b>35, 38</b>	<b>2</b>
<b>8. Función de acuerdos</b>	<b>37</b>	<b>1</b>
<b>9. Gestión administrativa</b>	<b>48, 49</b>	<b>2</b>

Cuando se alude al derecho laboral individual y colectivo del trabajo, se pone de presente prácticamente todo el derecho sustantivo que tradicionalmente se ha venido aplicando, estudiando, y verificando su cumplimiento por el inspector dentro de una visión clásica; pero en tanto se hace referencia al derecho de la seguridad social, es porque emergió un nuevo derecho social, en el caso de Colombia, que si bien tiene raíces legislativas muy esporádicas al inicio del siglo XX, es con la reforma estructural de los años noventa, que se avanza de forma importante en favor de los trabajadores y de los mismos empleadores, siendo una disciplina autónoma.

Se hace énfasis en los riesgos del lugar de trabajo y en la salud ocupacional, pues hay que propender por la protección de la vida del empleado y la seguridad en el sitio de trabajo. Es decir, verificar, evitar o sancionar por inobservancia de las disposiciones legales sobre el Sistema General de Riesgos Laborales, que puede conducir al cierre definitivo de la empresa por reincidencia en el incumplimiento de los programas, normas de seguridad y salud en el trabajo.



También se ocupa la Inspección de efectuar inspección, vigilancia y control sobre la actividad de las cooperativas, precooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo, empresas de servicios temporales, agencias de gestión y colocación de empleo, bolsas de empleo, así como de las asociaciones de pensionados para comprobar el cumplimiento de sus estatutos y régimen legal, lo que por supuesto implica el derecho de las entidades sin ánimo de lucro (Resolución 2143 de 2014).

Concita la atención de quienes interactúan en el ámbito de la Inspección del Trabajo, el hecho de fortalecer el derecho del mecanismo alternativos de solución de conflictos, con dos de ellos, la conciliación y el arbitramento. Hay que reiterar que el conocimiento del inspector permite la formulación de propuestas de arreglo, con base en las normas sustantivas.

Hoy estamos en presencia de una Constitución Política que consagra los derechos fundamentales del individuo, como parte del Estado social de derecho, por excelencia garantista, pues la Inspección no está ajena al compromiso que ello trae, ya que se presenta la atención del derecho de los sujetos de especial protección, sea el caso de -a manera de ejemplo- la mujer trabajadora en estado de embarazo y el trámite preferente de las solicitudes para verificar el cumplimiento de la normatividad laboral respecto de las víctimas del conflicto armado interno, incorporadas al aparato productivo como trabajadores dependientes.

Asimismo, corresponde a la Inspección, la tarea preventiva, como función que tiene mucha importancia en la búsqueda de contrarrestar riesgos o conductas que pueden afectar el cumplimiento de normas laborales, como los derechos de los sujetos de la relación de trabajo, principalmente del trabajador y, en este evento, el artículo 7º de la resolución en comento, la 2143 de 2014, por la cual se asignan competencias a las Direcciones Territoriales y Oficinas Especiales e Inspecciones de Trabajo, ha previsto entre otros, por ejemplo: “el desarrollar programas de asistencia preventiva a las empresas y establecimientos, con el fin de que se dé cumplimiento a las disposiciones legales en materia de trabajo, empleo y seguridad social en pensiones y riesgos laborales y así mitigar y disminuir la ocurrencia de conflictos y riesgos laborales”.

En consecuencia, las variables que como funciones debe asumir para rodear de garantías con quienes interactúa, es compleja y de mucha responsabilidad, siendo un eslabón de la cadena de gestión en la política social, en materia de trabajo, empleo, pensiones y otras prestaciones, pero principalmente del ejercicio, *según el marco de competencias, la prevención, inspección, control y vigilancia del cumplimiento de las normas sustantivas y procedimentales, en materia de trabajo y empleo, e imponer las sanciones establecidas en el régimen legal vigente.*

Seguramente, en sus funciones, el inspector tiene toda la posibilidad de encontrar las medidas que le permitan prevenir, conciliar, ejercer como policía

administrativa laboral, la temática de la inspección, vigilancia y control en todo el territorio nacional, el conocer de los asuntos individuales y colectivos, en el sector privado, y de derecho colectivo del trabajo del sector público.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que advertir que la Inspección del trabajo está sometida a conjunto muy elevado de funciones (52), según la resolución de 2014, lo que de por sí genera una carga de trabajo para el inspector, lo que puede llegar a influir negativamente en algunas actuaciones, que pudieran reflejarse a manera de ejemplo, en actos administrativos sancionatorios que no están ajustados a los procedimientos, normas sustantivas y graduación de sanciones según corresponda, solo en lo que atañe a la función coercitiva.

### **El acto administrativo desde la inspección del trabajo**

Si bien, el acto administrativo, en su noción clásica es la manifestación de la voluntad de la Administración, desde la jurisdicción constitucional se han proferido sentencias que, ocupándose de la institución jurídica del acto administrativo, ayudan a comprender su alcance, así:

Sentencia C-069 DE 1995. Ref.: Expediente D-699. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 (parcial) del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo.) Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. **Acto administrativo**-Existencia

La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da, por regla general, desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

Entonces, la voluntad de la Administración (Ministerio de Trabajo → Dirección Territorial ↔ Inspección del Trabajo) se manifiesta a través de una decisión que resuelve una situación a ella sometida, que tiene como base la presunción de legalidad, lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, de ser eficaz y sometida al término de caducidad de la facultad sancionatoria (3 años), la cual se da por regla general desde el momento mismo de su iniciación, y está condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto.

Son muchos los juristas que se ocupan, al igual que el Tribunal Constitucional, del acto administrativo y sus características. Saborío Valverde, refiere que bástenos agregar sobre la idea de la vinculación conceptual entre validez, acto administrativo y principio de legalidad, las siguientes autorizadas opiniones. Garrido Falla (2002) determina que:

“La noción de acto administrativo es indudablemente una consecuencia de la sumisión de la Administración pública a un régimen de Derecho” y que “el principio general, tantas veces aludido, de la legalidad de la actuación administrativa se resuelve, a la vista de cada concreto acto administrativo, en una cuestión de pura técnica jurídica, cuyo empleo se hace entonces indispensable para determinar con rigor qué actos administrativos son legalmente válidos y cuáles no”. (p. 24)

Más adelante, el citado jurista, citando a Marienhoff, hace alusión al principio de separación de poderes, la legalidad que rige los actos y el respeto por la regla de derecho, a saber:

Al respecto, Marienhoff añade que “la noción de acto administrativo es contemporánea al constitucionalismo, a la aparición del principio de separación de poderes y a la sumisión de la Administración pública al derecho” y que “la legalidad es un requisito que rige genéricamente a todos y cualquiera de los elementos del acto administrativo, sea cual fuere su denominación o naturaleza, porque todos deben estar de acuerdo con la regla de derecho.” (Garrido Falla, 2002, p. 24 y ss.)

Las actuaciones de la Administración pública descentrada, como en el caso de la Dirección Territorial y la Inspección del Trabajo, deben estar precedidas de legalidad al fundarse en las normas jurídicas originarias o derivadas; su manifestación en la resolución de los trámites a ella confiados es en derecho y mediante los órganos dispuestos también por la ley. Precisamente el órgano jurisdiccional de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativo, el Consejo de Estado, al respecto de la legalidad de los actos administrativos se ha pronunciado de la siguiente forma:

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 54001- 23-31-000-1999-00111-01(23358).

#### **Acto administrativo-Presunción de legalidad**

Mientras la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código contencioso-administrativo (Decreto 01 de 1984), y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso-administrativo al disponer que “los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo”.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: Álvaro

Lecompte Luna. Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: 6264.

ACTO ADMINISTRATIVO - Definición/PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD/  
PRESUNCIÓN DE VALIDEZ/PRESUNCIÓN DE JUSTICIA/PRESUNCIÓN  
DE LEGITIMIDAD/EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada “presunción de legalidad” que también recibe los nombres de “presunción de validez”, “presunción de justicia”, y “presunción de legitimidad”. Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarcan. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material, en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: Ruth Stella  
Correa Palacio. Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007).  
Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00424-01(16503).

ACTO ADMINISTRATIVO-Presunción de legalidad/PRESUNCIÓN  
DE LEGALIDAD-Presunción legal. Acto administrativo/ACTO  
ADMINISTRATIVO-Inexistencia/ACTO ADMINISTRATIVO-Ineficacia/  
ACTO ADMINISTRATIVO-Nulidad de pleno derecho/ NULIDAD DE PLENO  
DERECHO-Noción.

Como es bien sabido, la presunción de legalidad, legitimidad, validez, ejecutividad o de “justicia” de que están dotados los actos administrativos y que le da plena eficacia y obligatoriedad a esta manifestación de la actividad de la Administración, supone que todo acto administrativo está conforme al ordenamiento jurídico superior. Se trata, por supuesto, de una presunción legal o *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, vale decir, que admite prueba en contrario, y por lo mismo es desvirtuable ante los jueces competentes.

Para el caso concreto, tanto el Inspector del Trabajo como el Director Territorial del Ministerio de Trabajo, en su respectiva actuación, más allá de sus decisiones, proceden bajo las premisas o principios señalados; pues atienden unos hechos (puestos en su conocimiento por los actores de la relación laboral), que se enmarcan dentro de las normas que regulan la investigación administrativa laboral, y su adecuación normativa a la legislación laboral, los debe tener en cuenta, tanto aquellos que podía conocer y que conducen a la sanción como

aquellos que no podía ventilar y quedarían a órdenes de un juez, lo que deviene en la presunción de legalidad, de la cual se reviste el acto administrativo sancionador.

En tal sentido, se legitima esta función en cabeza de los inspectores de trabajo y seguridad social, a quienes les están asignadas facultades en el ejercicio de vigilar, controlar y verificar el cumplimiento de las normas de carácter laboral, en concordancia con lo expuesto en los artículos 17 y 485 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo fin principal se determina en aplicar medidas preventivas o sancionadoras ante el evento de su violación. Corresponde entonces a dicho servidor público, entre otros, actuar con medidas administrativas, preventivas o sancionatorias, según sea el caso, ante la vulneración de normas laborales y demás disposiciones legales, incluyendo lo señalado al respecto en los Convenios Internacionales del Trabajo promulgados por la OIT, y ratificados en Colombia.

ARTÍCULO 17. ÓRGANOS DE CONTROL. La vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales está encomendada a las autoridades administrativas del Trabajo.

ARTÍCULO 485. AUTORIDADES QUE LOS EJERCITAN. La vigilancia y el control del cumplimiento de las normas de este Código y demás disposiciones sociales se ejercerán por el Ministerio del Trabajo, en la forma como el Gobierno, o el mismo Ministerio, lo determinen.

Entonces, el acto administrativo que impone una multa es, por lo tanto, una forma de medida policiva administrativa, que presta mérito ejecutivo, para la represión de la violación de normas objetivas del trabajo y demás disposiciones sociales, que no restituye en caso alguno al sujeto que resulte vulnerado por la conducta antijurídica, ni dirime o desata la controversia que pudiere existir. De acuerdo con los convenios de la OIT, la Constitución Política y la ley aplicable al caso que origina una sanción, como a la sanción misma, la autoridad administrativa del trabajo, en una de sus funciones, cual es la inspección, vigilancia y control, más exactamente en las investigaciones administrativas originadas en querrelas, verbigracia, la radicada por una organización sindical con motivo, en que el empleador incurrió en la omisión o falta de cumplimiento de determinados puntos de la convención colectiva; dicha autoridad no se erigió en el caso de la inspección del trabajo, en una autoridad pública con una potestad exclusivamente castigadora o sancionadora *per se*.

Ella, está sometida a unos principios distintos del principio de legalidad y a unos requisitos, en el ejercicio de una potestad discrecional. En la medida en que la Inspección del Trabajo inicia la actuación o investigación y aunque no la concluya, porque es competente para ello el coordinador o el director territorial, la potestad administrativa está presente a lo largo de lo que termina con el acto administrativo sancionatorio.

En otras palabras, adelantar investigación administrativo-laboral en materia de derecho laboral individual, colectivo, seguridad social en pensiones, riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo, conlleva que la administración, mediante sus órganos, ejerza la potestad administrativa.

Luego, si se examinan las condiciones que se deben observar cuando se trata del ejercicio de la potestad discrecional, que de conformidad con la jurisprudencia del tribunal constitucional conlleva: “i). Debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente; ii). Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y iii). La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa” (Bernal Alzate, 2014).

Se tiene que el artículo 486, sobre atribuciones y sanciones en el numeral 2º, que fue modificado por el artículo 7 de la Ley 1610 de 2013, dispone: “que los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, tienen el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral 1º y **están facultados para imponer cada vez multas** equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo legal mensual vigente, **según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista**, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente”.

Aquí, se debe indicar que no solo existe el camino a la sanción de manera excluyente, sino que, con base en la función preventiva o de acompañamiento, la Inspección del Trabajo, es el escenario en el cual, con la participación de los sujetos de la relación laboral, pueden prevenirse circunstancias que agraven la vulneración de derechos. Aquella no está investida exclusivamente de un rol castigador, sino que se le ha estatuido para convencer a los interlocutores sociales, empleadores y trabajadores de la necesidad de cumplir con la ley, en el centro de trabajo y de su interés mutuo de que así sea, a través de medidas preventivas y donde resulte necesario, coercitivas.

Continuando el examen de la función que tradicionalmente se ejerce por parte de dicha autoridad, la que más impacto genera, la coercitiva, se tiene que la ley inequívocamente le indica al funcionario de la Inspección del Trabajo, que la potestad o facultad de imponer sanciones como multas de un lado, es según la gravedad de la infracción, y de otro lado, específicamente mientras, la infracción subsista. Pues una Dirección Territorial o una Oficina Especial, cuando no el inspector que decide la sanción mediante multa, gozan de la facultad para imponerla; es cierto, pero no de tal posibilidad sin control, de que sea de forma ilimitada y retroactiva.

Un caso hipotético como el siguiente, ilustraría tal situación: si de x número de artículos de una convención colectiva vigente en determinada época, el empleador, por determinadas razones no atiende 3 de ellos, obligando al sindicato a reclamar mediante querrela ante la autoridad administrativa de

trabajo o inspección del trabajo para que se investigue y, si es del caso sancione, encontrando esta después de observar el debido proceso y procedimiento aplicable al evento, que existe razón al querellante, y no hay justificación para el querellado, e imponiendo una sanción, por no atender dichos artículos convencionales. Se encuentra que antes de la querrela se cumplieron 2 de los 3 artículos, quedando realmente uno pendiente, que fue el de incumplimiento injustificado, eso afectaría el acto administrativo sancionatorio, ya que, si el rol no es sancionatorio *per se*, entonces la autoridad fue coercitiva en extremo, pues ha debido sancionar y graduar por una falta y no por tres.

Así las cosas, no debería la autoridad administrativa, por más que fueran infracciones cometidas, revivirlas, para ser objeto de censura y sanción; dado que el incumplimiento de 2 de los artículos de la convención colectiva, ya no subsisten porque las situaciones que dieron origen fueron subsanadas, antes de que se iniciara la actuación administrativa, aunque la administración (intervención del Estado) argumenta que, el incumplimiento se dio -materializó-, así no subsista, por lo que se debe aplicar la sanción.

No, esa no es la función en ese preciso cargo o imputación, ya que el papel que se asume es de castigador o sancionador, dejando de lado lo que la ley laboral, al darle la facultad o potestad, le advierte: “según la gravedad de la infracción y *mientras esta subsista*”. Cómo mantener la validez de la sanción, si quien la impone omitió esa parte, que le limita la facultad sancionadora, mientras subsista la infracción, si tales infracciones no subsistían.

Qué fundamento tiene la Inspección o la Dirección u Oficina Especial, para sancionar por tales infracciones, si no subsisten. Y esa es concretamente una de las limitantes (la otra es la escala de gravedad de la infracción), si la falta está vigente, sancione según la gravedad, si no está vigente, no sancione.

La potestad o facultad sancionadora, en el caso hipotético, no fue adecuada al ejercicio de sanción o no sanción, que entrañaba la conducta del empleador en relación con 2 de las 3 omisiones o faltas, con base en la convención colectiva. Si dicha potestad implica tres elementos comunes, como ya se dijo, que **exista una norma de rango legal que la contemple expresamente** (Código Sustantivo del Trabajo, art. 486, núm. 2); **el ejercicio de la potestad debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza** (los fines de la norma son sancionar por la infracción de normas legales o convencionales, pero según la gravedad y mientras subsista tal infracción, no *a posteriori*); **la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa** (no hay proporcionalidad entre la sanción y los hechos que le sirven de causa, pues ya no existen parte de tales hechos; existieron, pero no permanecen vigentes al momento de sancionar).

La Corte Constitucional en varias sentencias sobre la potestad discrecional y las condiciones que debe cumplir, ha dicho:

Sentencia T-265/13 POTESTAD DISCRECIONAL-Límites/ POTESTAD DISCRECIONAL-Condiciones que debe cumplir.

Pueden extraerse tres elementos comunes a toda potestad discrecional:

- i). Debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente. En virtud de los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Carta, en un Estado de derecho las autoridades solamente pueden actuar conforme las competencias que les han sido otorgadas. Lo anterior tiene “por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. (...) ii). Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza. La Corte ha manifestado que “la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él”. (...) iii). La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se compadezca con los supuestos fácticos que la originan: “El principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) En primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa”.

Unido a lo anterior, cabe traer a colación el principio de mensurabilidad, ya que, según el Tribunal Constitucional, *la potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentran sometidos al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado*. No es exactamente el principio de proporcionalidad ni sustituye los criterios bajo los cuales se espera el ejercicio de la potestad administrativa. Este principio atiende a que, *en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, lo que no se evidencia en el caso que nos convoca, dice la Corte:*

Sentencia No. C-318/95REF: Demanda No. D-759 Norma acusada: artículo 168 de la Ley 65 de 1993. Actor: José Joaquín León Aldana. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

POTESTAD DISCRECIONAL/PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD-Concepto.

La potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún



caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado. En efecto, en primer término, la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a los lineamientos constitucionales, pues “en el Estado social de derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución”. En segundo lugar, la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, determinándose los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa solo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede.

Finalmente, no se puede omitir, para el caso en comento, que el Convenio No. 81 de la OIT, sobre Inspección del Trabajo, no dispone que la función de la Inspección en materia de sanciones, por faltas o infracción a las normas por cuenta de empleadores, sea única y excluyentemente la de sancionador, pues el instrumento ha previsto, en el numeral 2 del artículo 17, que los inspectores del trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento, así:

Convenio relativo a la Inspección del trabajo en la industria y el comercio C081-Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (núm. 81). (Entrada en vigor: 07 abril 1950).

“Artículo 17:

1. Las personas que violen las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo, o aquellas que muestren negligencia en la observancia de las mismas, deberán ser sometidas inmediatamente, sin aviso previo, a un procedimiento judicial. Sin embargo, la legislación nacional podrá establecer excepciones, para los casos en que deba darse un aviso previo, a fin de remediar la situación o tomar disposiciones preventivas.
2. Los inspectores del trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento. (Subrayado fuera de texto).

Artículo 18:

La legislación nacional deberá prescribir sanciones adecuadas, que habrán de ser efectivamente aplicadas en los casos de violación de las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo, y en

aquellos en que se obstruya a los inspectores del trabajo en el desempeño de sus funciones.”

#### 4. EL PAPEL DEL INSPECTOR DE TRABAJO EN EL DERECHO COLECTIVO

De los artículos 17 y 485 del Código Sustantivo del Trabajo (C. S. T.), se desprende que la vigilancia y control de las normas de este Código y de las demás disposiciones sociales, la ejerce el Ministerio del Trabajo, como autoridad administrativa del trabajo. Estas potestades primordialmente las atiende por medio de su cuerpo de Inspector(es) del Trabajo (IT), pues el artículo 1 de la Ley 1610 de 2013, indica que:

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social ejercerán sus funciones de inspección, vigilancia y control en todo el territorio nacional y conocerán de los asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público.

En consecuencia, será el propósito de este apartado el de esbozar el papel del IT en el derecho colectivo laboral, a partir de sus potestades de vigilancia y control, ejercitadas a través de la denominada Función Coactiva o de Policía Administrativa, nominadas así por el artículo 3-1 de la Ley 1610 de 2013, para requerir el cumplimiento de las normas consignadas en la parte colectiva del C. S. T., en las convenciones colectivas, pactos colectivos, contratos sindicales, y en las demás disposiciones que regulan y reglamentan asuntos de derecho colectivo.

Para ello, se iniciará haciendo referencia a la conceptualización que se desprende de la expresión “derecho colectivo del trabajo”, a partir de la parte normativa consignada en el C. S. T., para luego pasar a la temática que de allí se deriva, y finalizar con las líneas de acción que le corresponde adelantar al IT en cuanto a vigilancia y control.

La codificación, dedica la segunda parte al derecho colectivo del trabajo y la clasifica en tres grandes subtemas: sindicatos (artículos 353 al 428), conflicto colectivo (artículos 429 al 466) y convenciones, pactos colectivos y contratos sindicales (artículos 467 al 488).

En lo que respecta a la noción de sindicatos, se entienden estos como la materialización del principio de la libertad sindical que la Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 39, cuando establece que, tanto trabajadores como empleadores, tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones. Se trata, entonces, de las asociaciones que vinculan a miembros de la profesión, fundados sobre la base de la defensa y promoción de intereses comunes.

A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha establecido que la finalidad de las organizaciones sindicales no se limita a la materialización del mejoramiento de las condiciones laborales del grupo profesional que

agremia, sino que va más allá, en cuanto a la participación en cuestiones de política económica y social, que interesan no solo al empresario sino también a los trabajadores.

En este sentido, conviene recordar que el sindicalismo moderno es producto de una construcción histórica y social, que tuvo sus orígenes en la Revolución Industrial, la cual dio comienzo a nuevas formas de producción, fenómeno que aparece paralelo a la revolución francesa, la que trajo consigo la creación de la categoría de ciudadano en libertad para contratar (Pérez, 1983, p. 304); hechos que combinados ocasionaron la explotación inmisericorde de la mano de obra, lo cual impulsó la necesidad de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses, frente a lo avasallador del capitalismo, que acabó por conformar el sindicalismo de nuestra época.

La expresión 'sindicato' en el campo jurídico se traduce como -el derecho sindical propiamente dicho-, entendido este como el compendio normativo encargado de la regulación de la organización sindical, en cuanto a su conformación y fundación; afiliación y desafiliación; tipo de sindicato; estatutos; autoridades, democracia interna y representación; facultades, funciones y convocatoria a huelga; financiación; fueros sindicales; disolución, cancelación y liquidación y demás aspectos relacionados con la organización del sindicato y sus relaciones con el Estado, los empleadores y demás organizaciones sindicales.

Sobre los conflictos colectivos de trabajo, se desprende del Título II de la Parte Colectiva del C. S. T., que se trata de los conflictos colectivos de tipo económico que afectan a la profesión que se agremia en el sindicato, referentes a la reivindicación que tiende a modificar un derecho existente y a crear otro nuevo, (Binet, 1938, p. 499) por lo que, la noción de conflicto colectivo de trabajo a la que se refiere el Código ha de entenderse en dos aspectos: accionar del sindicato, en representación de los trabajadores que asocia, y movilización de la colectividad de trabajadores no agremiados que, en todo caso, se manifiestan ante su empleador con el propósito de reclamar el mejoramiento de sus condiciones de trabajo.

Incluye la normativa, como accionar de la organización de los trabajadores, la opción de recurrir a la suspensión de la actividad productiva, como mecanismo de motivación para que el empleador adopte una posición proactiva, para entender y asumir tanto las causas del conflicto, como la necesidad de llegar a una culminación convenida del mismo, bien por arreglo directo o con la intervención de un Tribunal de Arbitramento.

Si bien, la huelga es un derecho de rango constitucional, que se consigna en el artículo 56, como también lo hace el C. S. T. en el artículo 12, en principio el Código en el artículo 429 contemplaba la opción para los trabajadores de recurrir a la huelga como mecanismo de presión para la resolución del conflicto económico con el empleador, en la etapa de arreglo directo, prescribiendo el

artículo 450-1-b su uso para fines diferentes; lo cierto es que, a partir de los fallos C-201 de 2002 y C-858 de 2008 de la Corte Constitucional, los trabajadores pueden declarar huelga por solidaridad y para expresar sus: “posiciones sobre políticas sociales, económicas o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión”; desde luego que para la declaratoria de la huelga le corresponde al sindicato sujetarse al procedimiento reglado que establece el C. S. T. y los estatutos de la organización sindical.

Posteriormente, en la noción colectiva laboral, a la cual se viene haciendo referencia y en cuanto a la que se reseña en la codificación en el Título III del acápite colectivo, es adecuado precisar que se refiere a los instrumentos con fuerza jurídica vinculante, en los que se habrán de consagrar los acuerdos sobre condiciones de trabajo que se pueden suscitar, por una parte, entre empleadores con sindicatos, como en los casos de convenciones colectivas y contratos sindicales, y, por la otra, entre empleadores y trabajadores no agremiados, como son la suscripción de pactos colectivos.

En este sentido, haciendo un esfuerzo sintetizador de la temática que comprende la parte colectiva del C. S. T., diríase que ésta se refiere a los instrumentos y mecanismo que provee la ley para la resolución pacífica de la latente conflictividad entre el capital y el trabajo, refiriéndose principalmente a la manera como se organizan los trabajadores y empleadores en el sindicato para la defensa de sus intereses laborales, económicos y sociales; al ejercicio de la acción sindical y a la materialización de las mejoras laborales en los instrumentos jurídicos.

Es sobre estos temas que le corresponde actuar al IT, que se centra en establecer si el destinatario de la norma cumplió con la obligación en ella contenida y, en caso contrario, adoptar una medida de corrección que, generalmente, es una sanción de multa. Sobre el particular, el Consejo de Estado-Sección Segunda, en sentencia de diciembre 10 de 1979, tuvo a bien diferenciar las esferas de actuación de los jueces de la de los IT, cuando sostuvo que:

Es nítida y tajante la línea que separa las competencias de la jurisdicción ordinaria del trabajo y de los funcionarios administrativos. La primera, tiene a su cargo el juzgamiento y decisión de los conflictos jurídicos mediante juicios de valor que califiquen el derecho de las partes; los segundos ejercen funciones de policía administrativa para la vigilancia y control del cumplimiento de las normas sociales, control que se refiere a situaciones objetivas y que no implica, en ninguna circunstancia, función jurisdiccional.

A continuación, se detallan las principales actuaciones del IT en materia colectiva, tomando como punto de partida la Resolución No. 2143 de 2014, reciente antecedente normativo, mediante el cual el Ministerio del Trabajo asigna

competencias y funciones a sus Direcciones Territoriales y a las Inspecciones de trabajo. Respecto de estas, específicamente en el artículo 7-1, le asigna la función principal de adelantar las investigaciones administrativo- laborales por violaciones a las normativas laborales colectivas. Las siguientes son las principales actuaciones:

## 5. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Ha dispuesto el artículo 354 del C. S. T., modificado por el artículo 39 de la Ley 50 de 1990, que hay lugar a que el IT imponga sanción de multa entre cinco a cien veces el salario mínimo legal mensual vigente, a todo aquel que atente, en cualquier forma, en contra del derecho de asociación sindical. Se trata entonces, de una medida que propende por la protección y garantía del ejercicio de este derecho, pudiendo ser sujeto de la multa cualquier persona que realice cualquier tipo de acto que impida o pretenda la no realización del derecho de agremiación. No obstante, que la norma enlista una serie de actos atentatorios del derecho de asociación sindical en los que puede incurrir el empleador y que a continuación se relacionan, somos del convencimiento que esas conductas corresponden a una descripción enunciativa y no taxativa, en razón a que se trata de un derecho de rango constitucional-artículo 39- y, en consecuencia, el propósito del legislador fue el de garantizar el ejercicio pleno del mismo:

- a. Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;
- b. Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;
- c. Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;
- d. Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación;
- e. Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar, la violación de esta norma.

Es de tal gravedad, atentar contra del derecho de asociación sindical que, al margen del adelantamiento de la actuación administrativa, el IT está obligado por el artículo 34 del Decreto 1469 de 1978 a poner en conocimiento de la justicia penal los presuntos hechos que puedan constituir violación al derecho de asociación.

## 6. LIBERTAD DE AFILIACIÓN

Dispone el artículo 358 del C. S. T. que existe libre ingreso y retiro de los trabajadores de la agremiación sindical, lo cual resulta ser la manifestación positiva o negativa que adopta el trabajador para afiliarse o desafiliarse de la agremiación. En este sentido, puede el sindicato, el empleador o un tercero, incurrir en la transgresión de esta directriz, como en el caso que adelante maniobras que impidan el retiro o imposibiliten el ingreso del trabajador, conducta que de resultar probada le acarrearía la imposición de multa por parte del IT, según lo dispone el artículo 486-2 del C. S. T. equivalente al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo legal mensual vigente, según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, con destinación al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

Finalmente, recuérdese que el artículo 360 le prohibía al trabajador ser miembro, a la vez, de varios sindicatos de la misma clase o actividad, prohibición que desapareció del ordenamiento jurídico con la Sentencia C-797 de 2000 de la Corte Constitucional, por lo que al trabajador le es posible multiafiliarse.

## 7. APERTURA Y CONSERVACIÓN DE LIBROS SINDICALES

El artículo 393 del C. S. T., le impone dos obligaciones a las organizaciones sindicales en relación con la apertura y conservación de los libros que les corresponde llevar para asentar su actividad.

La primera de ellas consiste en que, una vez suscrita el acta de fundación del sindicato y posesionada su junta directiva, debe proceder a la apertura de, por lo menos, los libros de afiliación, de actas, tanto de asamblea general como de junta directiva, de inventarios y balances y de ingresos y egresos, presentándolos ante el IT para que los registre, folie y firme cada página, acto que les da validez legal para su correspondiente utilización. La norma no precisa el tiempo en que el sindicato deba presentarlos, por lo que consideramos que debe realizarlo una vez deposite en el registro sindical el acto de fundación de la agremiación, por cuanto es a partir de tal depósito que el artículo 372 del C. S. T., concede validez jurídica a las actuaciones del sindicato frente a terceros, ajenos a su fundación.

En cuanto a la segunda obligación, se refiere a una serie de conductas que está prohibido realizar, respecto de la teneduría de los libros, referidas a arrancar, sustituir o adicionar hojas, hacer enmendaduras, entrerrenglonaduras, raspaduras o tachaduras, pues en caso de errores u omisiones prescribe la norma que se enmendarán con una anotación posterior.

En todo caso, la falta de registro de los libros ante el IT, o la no apertura de uno o varios libros, o la alteración de la información en ellos consignada, faculta al IT para imponer multas entre un día y un mes de salario mínimo legal mensual

vigente, innovando que el destinatario de aquella no será una entidad pública sino el sindicato. También serán sujeto de la infracción, en un 50% del monto de aquella, quienes ejerciendo poder de dirección sindical o desempeñando otro tipo de cargo en el sindicato, conocieron con antelación de la infracción y no la sancionaron o no la denunciaron internamente.

## 8. TRANSGRESIONES SINDICALES

Contempla el artículo 380 del C. S. T. un procedimiento especial para la imposición de sanciones a los sindicatos representados en sus directivas, cuando sus actuaciones amenacen con violar o violen las normas contenidas en el Título I de la Parte Colectiva, y que hace alusión a los sindicatos. En este sentido, se desprende de la normativa en cita que los sindicatos, incluyendo dentro de esta categoría a las federaciones y confederaciones, pueden ser sujetos de sanción de multa cuando sus directivos en representación de la agremiación, por acción u omisión, se exceden en el ejercicio de las facultades y funciones o incurrir en conductas prohibidas por la ley o por sus estatutos internos.

El propósito de esta disposición es que los sindicatos se abstengan de transgredir las disposiciones que regulan a este tipo de gremios y en caso de haberse materializado la violación, procedan a adoptar los correctivos inmediatamente, pues el literal a) del numeral 1º, faculta al IT para que cuando la infracción o hecho que origina la violación no se hubiere consumado, proceda a prevenir a la agremiación para que revoque su determinación en el término que prudencialmente le fije. En el caso contrario del Literal b), en el que no se acoja la advertencia o que se hubiere materializado la infracción, le impondrá multa entre uno y cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, y de persistir en la violación, la norma lo faculta para que inicie ante el juez laboral la disolución y liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical, según se dispone en el literal c).

También consagra la normativa colectiva en el artículo 381 del C. S. T. sanción para quien le corresponda la dirección del sindicato, individualmente hablando, y para los afiliados al sindicato, siguiendo la misma línea preventiva que se establece en el procedimiento sancionatorio a los sindicatos antes referida, pero con ciertas diferencias en el sentido que el IT interviene ya no en la tentativa de transgresión normativa sindical, sino para establecer la materialización de los hechos que por acción u omisión incurrió el director o el afiliado. Producto de la verificación, el IT intimará al sindicato para que les aplique las sanciones disciplinarias estatutarias, concediéndole un plazo de un mes para la adopción de las medidas o, de lo contrario, le corresponderá al IT continuar con la actuación sancionatoria, presumiendo ahora que la conducta omisiva sindical de imposición disciplinaria convierte a la agremiación en el sujeto sancionable y no su director o afiliado.

Respecto del monto de la sanción de multa a imponerle al sindicato, habrá de seguir el IT los mismos criterios establecidos por el artículo 380 del C. S. T., llevando la actuación hasta los estrados judiciales, en caso que la agremiación no cese en las violaciones de la normativa colectiva.

## 9. PROTECCIÓN FORAL

La Constitución de Colombia, artículo 39, cataloga al fuero como un derecho fundamental que se *reconoce a los representantes sindicales (...) para el cumplimiento de su función*; y el C. S. T., lo define como:

La garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo (artículo 405).

Se reconocen varios tipos de fueros: los convencionales y los legales. Los primeros, son aquellos que se estipulan en convenciones o pactos colectivos. En relación con los legales, el artículo 406 del C. S. T., consagra:

*De fundadores*: lo adquieren los fundadores de una organización sindical desde el momento en que las personas que se asocian realizan la reunión, hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

*De adherentes*: para aquellos trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, el tiempo de protección es hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

*De directivos*: es para los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin que pase de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes. Este fuero se extiende a los miembros de los comités seccionales, sin que pasen de un (1) principal y un (1) suplente. El tiempo de protección es el mismo del mandato y seis (6) meses más;

*De comisión estatutaria de reclamos*: es para dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos que designen los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales. El tiempo de protección es el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más;

*De servidores públicos*: también gozan de esta garantía, en las mismas condiciones previstas para los trabajadores particulares, los sindicatos de servidores públicos. Se exceptúan aquellos servidores que ejercen jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.



*Circunstancial:* el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 señala la protección de que gozan los trabajadores sindicalizados o no sindicalizados que hubieran presentado al empleador un pliego de peticiones, en el sentido de que no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante las etapas legales establecidas para la solución del conflicto.

En este sentido, el empleador puede verse sometido a la facultad sancionadora del IT, cuando sin autorización judicial despida o desmejore en sus condiciones de trabajo, o, traslade a otro establecimiento de la empresa o a un municipio diferente del de su sede de prestación habitual de actividades al trabajador aforado. En estos casos, le corresponderá al IT verificar que el trabajador objeto de los desmanes de su empleador estaba protegido por la garantía foral y establecer que la acción de despido, desmejora o traslado fue adelantada por el empleador sin que previamente existiere la sentencia judicial definitiva autorizándolo a hacerlo, circunstancias que de encontrarlas probadas le podrían acarrear al empleador una multa entre uno y cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, según se lo indica el numeral 2 del artículo 486 del C. S. T., recientemente modificado por el artículo 7 de la Ley 1610 de 2013, multa cuyo beneficiario, por disposición de esta norma, es el SENA.

## 10. NEGATIVA A NEGOCIAR

Iniciado el conflicto colectivo económico por los trabajadores al empleador, con la presentación del pliego de peticiones, y a efectos de su solución pacífica, el C. S. T. adopta la etapa de arreglo directo, capítulo II del título II de la Parte Colectiva, como una instancia de obligatorio acogimiento, en la que se le impone al empleador recibir a los delegados de los trabajadores e iniciar las conversaciones a más tardar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del pliego.

En caso de que se niegue o eluda iniciarlas, hay razón para que el IT, previo adelantamiento del proceso administrativo sancionatorio, le imponga al empleador multas sucesivas entre cinco y diez salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada día de mora en el inicio de las conversaciones, después de pasados los cinco días que concede la norma.

Conviene comentar al respecto que, es bastante común la imposición de la multa al empleador, en tanto que una vez los trabajadores le presentan el pliego, procede a responderles motivado en argumentos que cuestionan la legalidad y legitimidad del sindicato o de sus afiliados o de sus representantes o de sus pedidos, entre otras, lo cual, a la postre, no lo exonera de la sanción, pues es claro que el artículo 433 del C. S. T. no le posibilita al empleador excusarse de iniciar las conversaciones bajo estos u otro tipo de argumentos, por lo que la actuación del empleador más consistente con la norma, sería aquella de recibir a

los delegados de los trabajadores e iniciar las conversaciones dentro del tiempo establecido y los reparos que al respecto se tengan, que sean objeto de discusión con ocasión de las conversaciones.

## 11. DESPIDO COLECTIVO NO AUTORIZADO, CIERRE ILEGAL DE EMPRESAS Y SUSPENSIÓN ILEGAL DE ACTIVIDADES

Dispone el artículo 37 del Decreto 1469 de 1978, que el empleador requiere autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando necesite hacer despidos colectivos o terminar labores parcial o totalmente, bien sea en forma transitoria o definitiva. Se trata, entonces, de una preceptiva de contenido claramente protector de las fuentes de trabajo, como de los abusos del empleador para con el conjunto de trabajadores, y en especial de las organizaciones sindicales, toda vez que los despidos continuos de trabajadores, en ocasiones están direccionados a aquellos que hacen parte de los sindicatos, esto como medio para desalentar al trabajador a que se agremie o para desarticular al sindicato, por no tener el mínimo número legal de 25 trabajadores.

Así las cosas, de llegar el IT a establecer que el empleador incurrió en alguna de las conductas descritas de despidos colectivos o cesación de labores en una parte o en toda la empresa, de manera transitoria o definitiva, sin que hubiere mediado la autorización previa de la autoridad administrativa laboral, se verá expuesto a que se le impongan las sanciones de multa que establece el numeral 2 del artículo 486 del C. S. T., que pueden ser equivalente hasta 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y con destino al SENA.

## 12. OTRAS FACULTADES

Existen otras actuaciones del IT, que no son producto de su poder coercitivo de policía del trabajo administrativa, pero que están vinculadas con el derecho colectivo del trabajo, que bien pueden ser catalogadas como funciones de verificación, de las cuales se hace un esbozo general:

**Registro sindical.** La Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del Ministerio de Trabajo, según se lo designó el artículo 27-5 del Decreto Ley 4108 de 2011, tiene a su cargo: *Dirigir y coordinar las acciones relacionadas con los procedimientos aprobados para la inscripción de organizaciones sindicales, elección de juntas directivas, depósito de estatutos y la cancelación del registro sindical.* En este sentido, a efectos de consolidar el depósito en el registro, el IT asume la facultad de certificar la recepción de los documentos que las organizaciones sindicales están obligadas a depositar en el registro, referidos a aquellos que tienen que ver con la fundación del sindicato, la elección de junta directiva, estatutos que rigen la organización, así como los cambios que se produzcan en el tiempo en relación con los dos últimos. Igual gestión realiza el IT cuando se trata de la denuncia de las convenciones o pactos colectivos.

En relación con el tema, la Corte Constitucional en su Sentencia C-895 de 2008, declaró condicionalmente exequible el inciso 2 del artículo 372 del C. S. T., *en cuanto que la inscripción del acta de constitución del sindicato ante el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) cumple exclusivamente funciones de publicidad, sin que ello autorice a dicho ministerio para realizar un control previo sobre el contenido de la misma*. De acuerdo con esta determinación, hoy en día el registro sindical solo cumple funciones de publicidad, a efectos de enterar y hacer exigible frente a terceros la existencia de los sindicatos, de los estatutos que los regulan, las autoridades que los gobiernan y representan y los instrumentos jurídicos que aquellos suscriben sobre el mejoramiento de sus condiciones de trabajo.

De esto, es dable afirmar que el Ministerio de Trabajo no realiza actos de registro propiamente dichos, que pudieren ser objeto de cuestionamiento por terceros, sino que, se circunscribe a través de su cuerpo de IT, a realizar actuaciones de depósito.

**Constatar cese de actividades.** Por disposición del artículo 129 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, le corresponde al IT levantar un acta de constatación de cese de actividades, la que se convertirá en elemento probatorio futuro en el proceso judicial que el empleador instaure para que se califique de legal o ilegal la suspensión o paro colectivo del trabajo.

**Adopción de medidas por huelga.** Otra de las funciones del IT, corresponde: “a identificar y adoptar las medidas necesarias para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de talleres, locales, equipos, maquinarias y elementos básicos, y para la ejecución de labores tendientes a la conservación de cultivos, así como el mantenimiento de semovientes, en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias” (conforme lo dispone el artículo 64 de la Ley 50 de 1990).

**Verificación de fuerza mayor o caso fortuito.** En los casos previstos en el artículo 466 del C. S. T. y en general cuando las normas lo exijan, el artículo 7-19 de la Resolución No. 2143 de 2014 del Ministerio del Trabajo, le indica al IT que para la verificación de la fuerza mayor o caso fortuito que le solicite el empleador, le corresponde levantar un acta en la que reporte los hechos que le son evidentes y, como consecuencia de ello, haga las constancias de las circunstancias que estime verificadas.

### 13. CONCLUSIONES

La numerosa cantidad de funciones que se desarrollan al interior de la IT, si bien la acercan a la omnicomprensión de la complejidad en la relación laboral, no asegura necesariamente una actividad eficaz o eficiente, libre de equívocos, que puede lesionar no sólo el interés particular, sino el general.

La cadena de mando o integración vertical que implica la función de inspección, vigilancia y control, asignada al Ministerio del Trabajo, se revela fuertemente en la IT, pero no se puede ver en un solo plano, por quienes son objeto de su atención o en ella participan, ya sea en su base o en su pináculo, pues los niveles de gestión forman interrelaciones que se deben tener en cuenta. Ya que componentes como las direcciones territoriales y el nivel central con una Dirección de Inspección, Vigilancia y Control, también inciden en los eslabones inferiores o superiores.

Definitivamente, es significativo adentrarse en el estudio del ámbito jurídico que ocupa la Inspección del trabajo, como manifestación de la intervención del Estado en la relación laboral, que puede vislumbrar la función pública mediante la interacción con el derecho administrativo, que se muestra en o desde varias perspectivas.

Un acto administrativo debidamente estructurado, que es fruto de un procedimiento riguroso, de un debate probatorio como de una graduación y dosificación proporcional, permite evidenciar el principio de presunción legal, de lo contrario estará posiblemente condenado a una declaratoria judicial de nulidad por indebida aplicación de tal presunción.

La temática del derecho colectivo del trabajo, regulado en el C. S. T., gira principalmente en torno a la manera como se le concede a los trabajadores y empleadores la facultad de organizarse en sindicatos, para la defensa de sus intereses de clase; también son materia de lo colectivo las regulaciones de atribuciones al sindicato para el ejercicio de su accionar en la defensa de los intereses profesionales, así como los instrumentos jurídicos que se han dispuesto para consolidar los derechos.

Se vio que el derecho de asociación sindical es central, en el aspecto colectivo que regula el C. S. T., que está establecido en beneficio de los trabajadores y empleadores, y que la norma contempla varias medidas de protección para su ejercicio.

Las funciones de vigilancia y control que realiza el IT, las adelanta mayoritariamente a través de la imposición de multas y, en algunos pocos casos, le es posible intimar para la adopción de medidas de corrección.

En cuanto al monto de las multas, éstas no son estándares, sino que el legislador ha adoptado un criterio diferenciador, dependiendo de la violación.

Sobre los beneficiarios de la multa, en la mayoría de los casos el legislador ha dispuesto que sea una entidad pública, aunque también se permite que los sindicatos sean receptores de ellas.

# RESTRICCIONES QUE PROHÍBEN LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA DESEMPEÑAR UNA FUNCIÓN PÚBLICA

*Carlos Eduardo Amaya Perdomo\**

## 1. INTRODUCCIÓN

La suscripción por intermedio del uso de las distintas modalidades contractuales establecidas en la legislación colombiana, entre el Estado y las personas naturales que obran en su nombre para el desarrollo de las funciones esenciales de aquél, ha suscitado distintos debates ante el notorio crecimiento de la contratación del personal de las instituciones oficiales mediante las órdenes o contratos de prestación de servicios.

La controversia emanada, radica en la vulneración del régimen de carrera administrativa, entendido este como un principio constitucional que, a su vez, constituye una garantía para los ciudadanos receptores o destinatarios de la actuación administrativa del Estado, en la medida que su eficacia se traduce en la realización plena de los derechos sociales, una vez sea permitido el ingreso y la permanencia en el empleo público, con base en la meritocracia e igualdad de las personas más idóneas para su ejercicio. Ello permite inferir que el carácter permanente *per se* de la función pública, exige que el personal del Estado sea titular de una protección especial, relacionada con la estabilidad en el empleo de los servidores públicos, a través de una contratación que reúna los elementos esenciales de una relación laboral o contrato de trabajo, en especial el relacionado con la subordinación personal del trabajador, la cual yace en contradicción directa con la naturaleza propia de un contrato civil de prestación de servicios.

Con base en lo anterior: ¿es quebrantado el régimen de la carrera administrativa de los servidores públicos, el derecho que les asiste a la estabilidad en el empleo y son truncadas las finalidades esenciales del Estado en su eficacia, como corolario de la suscripción de los contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente?

---

\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá. Especialista en Derecho Administrativo egresado del Instituto de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá. Estudiante de Maestría en Derecho Administrativo del Instituto de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá. Jefe del Área Procesal de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria Republicana. Docente titular de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria Republicana.

El presente artículo se propone analizar y responder esta inquietud, y para ello consta de un capítulo inicial, que versa sobre el régimen de carrera administrativa, su relación con el Estado social de derecho, concepto, consagración y propósitos constitucionales, principios rectores especiales. Los capítulos subsiguientes se refieren a las distintas modalidades contractuales empleadas por el Estado para el desempeño de funciones públicas permanentes y sus consecuencias, y, por último, las conclusiones del autor. Agradezco a mi madre, Amelia, y al doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda; sin ustedes, la redacción del presente artículo no hubiera sido posible.

## 2. EL RÉGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA

### Relación con el Estado social de derecho

La inclusión del concepto “*social*” en la fórmula clásica del Estado de derecho, emana como resultado de las transformaciones institucionales acaecidas en las principales democracias constitucionales del mundo.

La influencia del Estado social de derecho al interior de la organización sociopolítica, es objeto de análisis desde dos matices distintos: cuantitativo y cualitativo. (Corte Constitucional, Sentencia T – 406 de 1992).

El punto de vista cuantitativo encierra la noción de Estado bienestar, germinado a principios del siglo XX en Europa como réplica de las convulsiones y exigencias sociales de la época (evolución del movimiento obrero europeo, triunfo y consolidación de la Revolución mexicana (1910), la Revolución bolchevique (1917), la Constitución de Weimar (1919), la época del New Deal (1933 - 1938), entre otros), transmutando al diminuto Estado liberal clásico, en una compleja estructura político – administrativa sobre la cual se desenvuelven las relaciones sociales.

En consecuencia, el Estado social de derecho reconoce y garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, bajo la categoría de derechos cuya titularidad reposa en los ciudadanos.

Desde la perspectiva cualitativa, el Estado constitucional democrático es la respuesta jurídico – política originaria del intervencionismo estatal.

Tal respuesta, encuentra su justificación en nuevos valores – derechos inspirados en la segunda y tercera generación de los derechos humanos (concepto histórico, y no por importancia) y se expresa institucionalmente por intermedio de un catálogo de valores, principios y derechos fundamentales que orientan la interpretación y el funcionamiento de toda la organización estatal, creando mecanismos de participación y de control jurídico – político al ejercicio del poder.

## Concepto

La carrera administrativa es un sistema técnico de administración del personal de los organismos y entidades del Estado, que pretende la conservación de la estabilidad laboral, la promoción de los trabajadores, la excelencia en la prestación del servicio y la eficacia en las actividades de la Administración pública, procurando la igualdad de oportunidades en el ingreso, capacitación y ascenso al interior del empleo público, con base en el mérito y las capacidades de los aspirantes.

El sistema de carrera administrativa se vislumbra como un principio constitucional colombiano a partir de tres criterios específicos, según la Corte Constitucional en su sentencia T – 406 de 1992.

- a. **Histórico.** Durante la historia del constitucionalismo colombiano, se han desarrollado distintas reformas constitucionales y legales, direccionadas hacia el establecimiento del sistema de carrera administrativa como la *conditio sine qua non* para el ingreso y la permanencia en la función pública.
- b. **Conceptual.** La carrera administrativa entendida como un principio constitucional. El principio de la carrera administrativa cumple con un doble propósito: **(i)** Constituirse en el estándar por excelencia para ingresar al empleo público; **(ii)** Ser fórmula interpretativa de las normas que reglamentan el acceso al empleo público, consideradas en concordancia con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en particular con la protección del principio de la meritocracia.
- c. **Teleológico.** El principio constitucional de la carrera administrativa en función de la materialización de los objetivos y las finalidades del Estado social de derecho. (Corte Constitucional, sentencia T – 406 de 1992).

En el marco del Estado social de derecho, el régimen de carrera administrativa se encumbra como un principio de carácter constitucional que se propone:

- a. La realización de la función administrativa que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
- b. Cumplir con los fines esenciales del Estado como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.
- c. Garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.
- d. Proteger el derecho a la igualdad.

- e. Salvaguardar los principios fundamentales mínimos de la relación laboral considerados en el artículo 53 de la Constitución.

### **Consagración constitucional**

- a. **Artículo 122. Inciso 1.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.
- b. **Artículo 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.
- c. **Artículo 125. Inciso 1.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.

**Inciso 2.** Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

**Inciso 3.** El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

**Inciso 4.** El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

**Inciso 5.** En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (Constitución Política de Colombia, artículos 122, 123 y 125).

### **Principios rectores especiales**

**Principio de igualdad.** El principio de igualdad concede a todas las personas, la posibilidad de compartir la misma oportunidad de conseguir un empleo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, admitiendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, dispone que puedan acceder a: *“todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos”*.



En consonancia con lo anterior, la Constitución Política ha concedido el carácter de fundamental, al derecho de toda persona a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. El candidato que pretenda desempeñar una función pública ejercerá su derecho fundamental a la participación política sujetándose a las normas rectoras del concurso de méritos.

De instituirse una normatividad que exija requisitos distintos al mérito y las capacidades profesionales de los aspirantes a ocupar un cargo público, pero la medida carece de la racionalidad, idoneidad y proporcionalidad que identifica a un mecanismo de tratamiento diferencial encaminado en la consecución de un objetivo constitucional; el legislador incurrirá en el desconocimiento del principio de igualdad.

**Principio del mérito.** El principio del mérito establece que las capacidades profesionales del servidor público son la condición esencial para su ingreso, promoción y permanencia en el régimen de carrera administrativa.

**Principio de la estabilidad laboral.** Es la certeza que le asiste al servidor público de conservar su empleo, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley con relación al desempeño del mismo.

### **Propósitos constitucionales**

**Necesidad de erradicar la corrupción.** La lucha contra la corrupción y la eliminación de las prácticas clientelistas garantiza la independencia y la transparencia en el ingreso a la función pública.

La salvaguarda del derecho fundamental a la participación política de los aspirantes al empleo público por intermedio del concurso de méritos. El mandato constitucional consagrado en el artículo 125 de la Carta Política, establece que los empleos en los organismos y entidades del Estado son de carrera administrativa, y condiciona el acceso a ella a través del proceso de selección o concurso de méritos.

Mediante el proceso de selección o concurso de méritos, el sistema de carrera administrativa ampara el derecho que le asiste a todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del desempeño de funciones y cargos públicos como se indica a continuación:

- a. **Convocatoria.** El principio de la publicidad le ordena a las entidades u organismos del Estado, difundir las convocatorias que efectúe *“en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad”* de los aspirantes.
- b. **Reclutamiento.** Con base en el principio de la libre concurrencia e igualdad en el ingreso en esta etapa se pretende *“atraer e inscribir el mayor número*

*de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso”* logrando que los candidatos, una vez se adecúen al perfil de competencias exigido, sometan a consideración de las entidades u organismos del Estado su intención de integrar la función pública.

- c. **Práctica de la prueba.** La prueba es un instrumento de selección que evalúa la “*capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen*” y clasifica a los candidatos respecto de las calidades requeridas para el desarrollo de las funciones propias del respectivo empleo. La valoración de estos factores se realizará por intermedio de mecanismos técnicos, confiables y especializados que obedezcan a criterios de “*objetividad e imparcialidad*” en procura de evitar tratos discriminatorios injustificados en el ingreso al empleo público.
- d. **Elaboración de la lista de elegibles.** Una vez obtenido el resultado de la prueba practicada, se procederá a la elaboración de la lista de elegibles que se mantendrá vigente por el término de dos (2) años. La redacción de la lista de elegibles y la designación en los empleos públicos provistos mediante el proceso de selección se realizarán en “*estricto orden de mérito*”.
- e. **Nombramiento en periodo de prueba.** El aspirante seleccionado será nombrado en periodo de prueba por un término de seis (6) meses. Aprobado el periodo de prueba alcanzando la calificación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de carrera administrativa.

A modo de conclusión previa, el proceso de selección o concurso de méritos, como manifestación de la carrera administrativa, garantiza a los candidatos al empleo público: **(i)** Ser partícipes del proceso o concurso en igualdad de condiciones, luego de acreditar el cumplimiento de los requisitos solicitados para ejercer el cargo vacante; **(ii)** Elegir entre ellas a las que sean las mejores para desempeñar las funciones, en razón a sus méritos.

### **La estabilidad laboral y la promoción de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de sus obligaciones**

La permanencia y el ascenso dentro del régimen de carrera administrativa se condicionan a los resultados obtenidos durante el desempeño de la función pública.

Con base en lo anterior, el servidor público que: **(i)** Logre una calificación satisfactoria como consecuencia de su óptimo rendimiento laboral; **(ii)** Asista a las capacitaciones programadas por la corporación y adquiera las nuevas competencias que demande el ejercicio de la función administrativa; **(iii)** Obedezca la normatividad que reglamenta la realización de la función pública y de las funciones asignadas a su empleo; **(iv)** Colabore y se someta a los

procedimientos de evaluación institucional; (v) Defienda el interés general en cada una de sus actuaciones; conservará su empleo, con la posibilidad de ser promocionado al interior del sistema de carrera.

Por otro lado, de acuerdo con la Constitución, la competencia reglada para retirar del servicio a un empleado de carrera administrativa se efectuará mediante acto motivado, teniendo en cuenta, una de las siguientes causales:

- a. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación de su desempeño laboral.
- b. Renuncia regularmente aceptada.
- c. Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, una vez se le notifique su inclusión en la nómina de pensionados.
- d. Invalidez absoluta.
- e. Cumplimiento de la edad de retiro forzoso.
- f. Destitución, como consecuencia de un proceso disciplinario.
- g. Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.
- h. Revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo.
- i. Orden o decisión judicial.
- j. Supresión del empleo.

### **Garantizar la realización plena de los fines esenciales del Estado**

Con el propósito de resguardar la vida y la dignidad humana, asegurar la convivencia, y consolidar la justicia, la igualdad, la libertad y la paz, los integrantes de la sociedad pactan la construcción de un marco jurídico, democrático y participativo garante de un orden político, económico y social equitativo, que opera con la finalidad exclusiva de conquistar en la práctica los anhelos propuestos.

La estructura institucional del Estado, las funciones del poder público y sus procedimientos, se interpretarán y se argumentarán como la transmisión instrumental de los valores y los principios declarados en la nomenclatura axiológica de la Constitución. La Carta Política está edificada de tal manera que *“la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma”*. (Corte Constitucional, Sentencia T – 406 de 1992)

En concordancia con las múltiples obligaciones del Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que este *“se configura como una organización sociopolítica y como una estructura jurídica con el fin de hacer posible en la práctica la noción de poder público, para los efectos de cumplir y realizar sus fines”*.

El Estado se vislumbra como un ente ficticio, carente de identidad corporal e incapaz de actuar *per se*, obrando por intermedio de las instituciones públicas que lo integran, las cuales, en razón de sus deberes constitucionales, son titulares de la respectiva personalidad jurídica reconocida en la Carta Política y en las leyes.

La manifestación del Estado en el orden institucional, se expresa a través de un conjunto de órganos dirigidos, coordinados y administrados por quienes suministran *“servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria”* ostentando la condición de servidores públicos.

La conducta del servidor público relacionada con el ejercicio de sus funciones, es imputable al Estado, *“representado en cada caso por sus entidades u organismos del nivel central y descentralizado”*. (Corte Constitucional, Sentencia T – 733 de 2009)

La personalidad jurídica de las instituciones del Estado, supone su responsabilidad por las consecuencias derivadas de las acciones u omisiones de los funcionarios que las conforman y representan. Con base en los principios de la representación y el mandato, las entidades públicas han adquirido capacidad política para la planeación y ejecución de sus actos, con un cierto grado de discrecionalidad.

Ello ha configurado una prerrogativa en favor de los asociados que los faculta para formular pretensiones orientadas a exigir la actuación oportuna de la Administración o el establecimiento de responsabilidades.

Lo anterior, constituye una garantía constitucional para las personas y un compromiso de la administración frente a su *“inactividad, incumplimiento de deberes e incluso frente a los daños antijurídicos que puedan causar en el ejercicio de los deberes y poderes de gestión e intervención”*. (Corte Constitucional, Sentencia T – 733 de 2009)

En este orden de ideas, el principio de eficacia de la Administración pública exige de las autoridades administrativas el deber de implementar y brindar soluciones efectivas a las contrariedades que incomoden a la ciudadanía. Dichas desavenencias acontecen por deficiencias atribuibles a la administración por el incumplimiento parcial o total, temporal o permanente de sus objetivos constitucionales. En consonancia, las soluciones serán *“ciertas, eficaces y proporcionales a éstas”*. (Corte Constitucional, Sentencia T – 733 de 2009).

El principio de eficacia de la Administración pública prohíbe a las instituciones oficiales permanecer impávidas frente a las contingencias que menoscaban la vida de los asociados, demandando de ellas una intervención real y efectiva tendiente a la solución definitiva de los problemas que afectan a la colectividad.

El profesor español Luciano Parejo Alfonso (1982) define el principio de eficacia de la Administración pública como “*una cualidad de la acción administrativa en la que se expresa la vigencia del Estado social en el ámbito jurídico - administrativo*” (p. 43).

El mismo autor añade que: “*en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de ‘socialidad’ del Estado*” (Luciano Parejo Alfonso, 1982, p. 43).

El profesor español, establece una relación de proporcionalidad directa entre la eficacia y la capacidad de transformación positiva que posee la actuación de la administración, “*el valor eficacia implica una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal en su resultado*”. (Luciano Parejo Alfonso, 1982, p. 146).

El servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la vigencia de la convivencia pacífica y de un orden justo, la efectividad de los valores, principios, derechos y deberes constitucionales; la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; la protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; el cumplimiento de las obligaciones del Estado y de los particulares configuran al principio de eficacia de la Administración pública en un mandato de optimización que determina la intervención permanente de las autoridades de la República en la organización sociopolítica. En conclusión, el carácter permanente de la función administrativa es inherente a los fines esenciales del Estado.

La función administrativa es el conjunto de labores y actividades desempeñadas por los organismos y entidades de la Administración pública, direccionadas hacia la materialización de los fines esenciales del Estado. Es la *conditio sine qua non* para la existencia de un empleo público. Debe estar consignada en la ley o en un determinado reglamento.

Según la jurisprudencia constitucional, los criterios para determinar el carácter permanente de la función administrativa son los siguientes: (Corte Constitucional, Sentencia C – 171 de 2012)

- a. **Criterio funcional.** Hace referencia a la ejecución de funciones inherentes a los deberes constitucionales y legales asignados a la entidad u organismo contratante.

- b. **Criterio de igualdad.** La actividad realizada es idéntica a las labores desempeñadas por los servidores públicos vinculados en la planta de personal del organismo o entidad contratante. Deben consumarse los tres elementos esenciales del contrato de trabajo. (Prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo).
- c. **Criterio temporal o de habitualidad.** La tarea contratada guarda similitud con la constancia o la cotidianidad, conllevando al cumplimiento de un horario de trabajo o al desarrollo habitual de la actividad.
- d. **Criterio de excepcionalidad.** La labor contratada corresponde a una “*actividad nueva*” que (i) No puede ser ejecutada por el personal de planta de la entidad u organismo contratante; (ii) Requiere de un conocimiento especializado para su ejecución; (iii) Resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta.
- e. **Criterio de continuidad.** La vinculación se formaliza por intermedio de la suscripción sucesiva de contratos de prestación de servicios con el propósito de desempeñar funciones administrativas de carácter permanente.

Para la realización plena de los fines esenciales del Estado se requiere de la excelencia en el ejercicio de la función pública, la cual es garantizada por el régimen de carrera administrativa al permitir que las personas con mayor capacidad profesional e idoneidad moral integren el personal de planta de las corporaciones oficiales.

**El desempeño de una función administrativa con carácter permanente demanda la creación de un empleo público para su ejercicio e implica el nacimiento de una relación laboral entre el Estado y el servidor público**

Si el carácter permanente de la función administrativa es inherente a los fines esenciales del Estado, ergo, la continuada subordinación o dependencia del servidor público es inherente al ejercicio de una función administrativa con carácter permanente; se configura un vínculo laboral entre el Estado y su funcionario.

En consecuencia, el desempeño de una función pública permanente exige:

- a. La creación de su respectivo empleo público.
- b. La enunciación del empleo público en la planta de personal de la entidad u organismo oficial.
- c. La descripción de las funciones asignadas al empleo público en la ley o en el reglamento institucional.

- d. La ponderación de los emolumentos generados con ocasión del ejercicio de la función administrativa, en la partida presupuestal de la corporación.
- e. El nombramiento en el empleo público del aspirante que ingresa al régimen de carrera administrativa aprobando el concurso de méritos; previo cumplimiento de los requisitos legales solicitados para ocupar el cargo.

La protección constitucional especial del empleo con el Estado se fundamenta en la responsabilidad social que le asiste al funcionario, como el guardián de los intereses generales, y consiste en el reconocimiento de la existencia de una auténtica relación laboral entre la administración y el servidor público durante la realización de una función administrativa con carácter permanente.

En este orden de ideas, la actividad laboral del servidor público en el desarrollo de una función pública permanente:

- a. Se cumplirá con la debida obediencia a los principios y garantías fundamentales e irrenunciables del trabajo, consagrados en el artículo 53 constitucional.
- b. Se efectuará sujetándose a los elementos esenciales del contrato de trabajo.
- c. Constituirá al servidor público en acreedor de las prestaciones sociales y de la seguridad social derivadas de una relación laboral.

### **3. EL EMPLEO TEMPORAL O TRANSITORIO REPRESENTA LA EXCEPCIÓN EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, se reconoce en favor de los organismos y entidades del Estado, el atributo de “*contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal*” con base en las necesidades del servicio.

Sin embargo, la soberanía contractual de la administración pública está circunscrita a los mandatos legales en materia de contratación. En consecuencia, la creación de un empleo temporal está subordinada a las siguientes condiciones:

- a. Efectuar funciones que no desarrolla el personal de planta por no constituir una actividad permanente de la administración.
- b. Realizar programas o proyectos de corta duración.
- c. Cubrir ausencias de personal por sobrecarga laboral, condicionada por acontecimientos excepcionales.

- d. Por “*labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución*”.

Además, la justificación manifestada por la entidad u organismo interesado en la creación de un empleo temporal, deberá incluir la motivación técnica, la aprobación y la disponibilidad presupuestal para cancelar los emolumentos causados.

#### 4. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, ES LA EXPRESIÓN CONTRACTUAL DEL EMPLEO TEMPORAL O TRANSITORIO

El contrato de prestación de servicios es el vínculo jurídico que conecta a la administración pública con una persona natural o jurídica de derecho privado, suscrito con la finalidad de ejecutar actividades relacionadas con las funciones asignadas a la entidad contratante, en razón de que:

- a. No pueden ser desarrolladas por el personal de planta vinculado con la institución.
- b. Requieren de un conocimiento especializado.

A continuación, se enunciarán las características que identifican al contrato de prestación de servicios en el sector público (Corte Constitucional, Sentencia C – 154 de 1997)

- a. **Versa sobre una “obligación de hacer”.** La experiencia, capacitación y formación profesional del contratista como *conditio sine qua non* en la realización de la labor encomendada.
- b. **Autonomía técnica y científica del contratista.** El contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en lo concerniente a la ejecución de la tarea acordada dentro del plazo convenido.
- c. **Vigencia temporal.** Su duración está limitada por el tiempo indispensable para cumplir con la obra pactada.
- d. **Contraprestación dineraria.** El contratista se constituye en acreedor de honorarios profesionales a título de pago; debe cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral.

**La prohibición impuesta a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para ejercer funciones administrativas con carácter permanente se constituye en un mecanismo que ampara el régimen de carrera administrativa**



El trabajo es la actividad humana física o intelectual que, durante un periodo de tiempo, limitado o de forma permanente, una persona natural ejecuta de manera libre y consciente al servicio de otra persona natural o jurídica de derecho público o privado, en virtud de la ejecución de un contrato de trabajo.

El contrato de trabajo es el vínculo jurídico mediante el cual una persona natural se compromete con otra persona natural o jurídica de derecho público o privado a prestarle un servicio personal, en condición de subordinación o dependencia continuada, devengando una remuneración. La persona natural que presta un servicio personal, adopta el nombre de trabajador; la persona natural o jurídica de derecho público o privado que lo recibe y lo remunera, se denomina empleador; la remuneración se conoce como salario.

Se juzgará perfecto el contrato de trabajo, prescindiendo de su rótulo, con la concurrencia de los siguientes elementos esenciales:

- a. **Actividad personal del trabajador.** Con ocasión del contrato de trabajo, emerge una obligación *intuitu personae*, intransferible e indelegable cuya titularidad reposa en la persona del trabajador. El objeto contractual será ejecutado de manera exclusiva por él.
- b. **Continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador.** Autoriza al empleador para (i) Exigirle al trabajador, el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo y/o cantidad de trabajo; (ii) Imponerle reglamentos. La subordinación o dependencia debe perdurar por todo el tiempo de duración del contrato de trabajo. Lo anterior, sin menoscabar la dignidad y los derechos del trabajador.
- c. **Salario.** Contraprestación por el servicio prestado.

El trabajo es un derecho social fundamental y una obligación social que goza de la especial protección del Estado, en todas sus modalidades; se desarrollará con base en los siguientes principios mínimos e irrenunciables:

- a. Trabajo en condiciones dignas y justas.
- b. Igualdad de oportunidades para los trabajadores.
- c. Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.
- d. Estabilidad en el empleo.
- e. Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
- f. Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.

- g. Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.
- h. Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
- i. Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.
- j. Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
- k. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden vulnerar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Producto de la relación laboral, nacen las prestaciones sociales como un beneficio que el empleador reconoce en: *“dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma”*. (Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de julio 18 de 1995).

El empleador deducirá del salario mensual el aporte de cotización al Sistema General de Seguridad Social Integral.

La protección constitucional especial concedida en favor de la relación de trabajo, se propone como finalidad primordial, la preservación de la capacidad laboral del trabajador, comprendida esta, como su único medio de subsistencia. Convenida la ejecución de una actividad, el trabajador se obliga a emplear la totalidad de su capacidad laboral, adquiriendo el derecho de obtener una remuneración salarial que le permita solventar las precariedades económicas de su núcleo familiar.

La continuidad es un rasgo innato en la relación laboral; surge como resultado de los deberes y las necesidades cotidianas (económicas, alimentarias, familiares, tributarias, recreativas, etc.) que deben ser satisfechas por los trabajadores mediante el reconocimiento y el pago efectivo de una retribución periódica por parte del empleador.

En el desempeño de la actividad laboral pactada, la facultad de autodeterminación del trabajador está circunscrita al cumplimiento obligatorio del reglamento interno y de los requerimientos exigidos por el empleador, en lo atinente al modo, tiempo y cantidad de trabajo.

*A contrario sensu*, en la orden de prestación de servicios la obra acordada no se enmarca dentro del objeto social o de la actividad comercial oficial del empleador (en el sector privado), o no se constituye en una función administrativa con carácter permanente (en el sector público). Es una labor excepcional carente de una vocación de continuidad; ajena del conjunto ordinario de las tareas adelantadas por la empresa, organismo o entidad contratante, lo cual implica, la ausencia de idoneidad en su personal de planta para desarrollarla; condicionándose su realización al conocimiento especializado del contratista que goza de un extenso grado de independencia para ejecutar la función contratada.

Así las cosas, la empresa, entidad u organismo contratante no están autorizados para exigir subordinación o dependencia al contratista. El ente contratante debe limitarse a solicitar el cumplimiento de las estipulaciones contractuales consagradas.

El elemento de la dependencia o la subordinación, esencial dentro del contrato de trabajo y ausente por completo en la orden de prestación de servicios, antagoniza con el amplio margen de autonomía e independencia que ostenta el contratista del Estado o particular durante la consumación del contrato de prestación de servicios.

En concomitancia con lo anterior, el contratista no es objeto del espectro de protección reconocido en los principios y garantías fundamentales del artículo 53 de la Carta Política; **NO** es acreedor de las prestaciones sociales causadas con ocasión de la celebración de un contrato de trabajo, en razón de la amplia autonomía e independencia técnica y científica con la que realiza su obra, la cual, yace en contradicción directa e irreconciliable con el elemento esencial de la subordinación o dependencia característico de la relación laboral. En conclusión, la situación legal y reglamentaria (servidor público) y laboral (trabajador) **NO** son equivalentes ni asimilables a la posición del contratista independiente.

La legislación colombiana prohíbe de manera expresa la equivalencia o asimilación entre el contenido de un contrato de trabajo y el de una orden o contrato de prestación de servicios. La prohibición vincula tanto a los empleadores del sector privado, como a los organismos y entidades del Estado, evitando la celebración de un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo.

La suscripción de una orden de prestación de servicios entre la administración pública y una persona natural con la intención de configurar el nacimiento disfrazado de una verdadera relación laboral en una especie de transformación sin sostén jurídico, con base en interpretaciones y aplicaciones erradas deformando la esencia de ese contrato, encuadrará su actuación dentro del ámbito de las acciones estatales inconstitucionales e ilegales y estará sujeta a la responsabilidad que de ahí se deduzca, en razón de las consecuencias negativas ocasionadas por dicho proceder como las siguientes:

- a. **Desconocimiento y transmutación del régimen de contratación estatal.** La inclusión de cláusulas contractuales de intemporalidad en la duración del contrato o de subordinación a la Administración; figuras exóticas de ese régimen contractual.
- b. **Desconocimiento y vulneración del régimen de carrera administrativa.**
- c. **Vulneración de los derechos laborales.** Propicia la vinculación del personal de planta con el desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública. Fomenta la discriminación salarial y prestacional entre los trabajadores.
- d. **Desconocimiento del régimen presupuestal.** Prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.
- e. **Grave detrimento patrimonial al Estado.** Como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas. (Corte Constitucional, Sentencia C – 094 de 2003)

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos intervinientes en la relación laboral es una regla obligatoria que limita la discrecionalidad de las autoridades administrativas y tiene plena aplicación en los casos donde se ha optado por la suscripción de los contratos de prestación de servicios para ocultar verdaderas relaciones laborales.

Ocurrido lo anterior, el efecto normativo del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y las garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que adopte el vínculo contractual.

Si en virtud del cumplimiento de un contrato de prestación de servicios logra demostrarse **(i)** La existencia de una relación laboral revelada por la ejecución de una actividad personal por parte del contratista en condición de subordinación o dependencia continua; **(ii)** La imposición de órdenes dictadas por la entidad u organismo contratante que coarten el espectro de autonomía e independencia técnica y científica del contratista para el desempeño de la obra pactada; **(iii)** La fijación y el cumplimiento de un horario de trabajo, cuando la prestación del servicio acordado demanda del contratista, dedicación por tiempo completo; **(iv)** La celebración periódica de órdenes de prestación de servicios para la realización de funciones administrativas de carácter permanente; **(v)** La atención del asunto concertado excediendo el plazo inicial estipulado en el contrato de prestación de servicios; se entenderá que ha surgido una relación laboral entre la administración pública y el contratista que conquistará el derecho al reconocimiento y al pago

de las prestaciones laborales derivadas del contrato de trabajo a cargo de la entidad u organismo contratante.

La prohibición impuesta a la Administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para ejercer funciones administrativas con carácter permanente se constituye en un mecanismo que ampara el régimen de carrera administrativa; es una medida adecuada y necesaria que desarrolla claros e imperativos objetivos constitucionales por cuanto:

- a. Garantiza la continuidad en la realización de la función pública, la cual sufrirá interrupciones injustificadas como resultado de la suscripción indiscriminada de órdenes de prestación de servicios en desmedro del interés general.
- b. Logra evitar que los contratos de prestación de servicios sean utilizados como formas de intermediación laboral, de deslaborización o tercerización.
- c. Impide que los nominadores desconozcan el concurso de méritos como regla general de ingreso a la función pública.
- d. Fomenta el respeto por los principios mínimos e irrenunciables reconocidos en el artículo 53 de la Constitución Política, en especial, a la igualdad de oportunidades laborales, a la estabilidad en el empleo, a la remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos contractuales, y a la seguridad social.
- e. Imposibilita la evasión de responsabilidades prestacionales.
- f. Propicia la consolidación de relaciones laborales íntegras dentro de la Administración estatal.
- g. Evita el nacimiento de nóminas paralelas, impidiendo que el contratista independiente desarrolle labores idénticas a las realizadas por el personal de planta, generando un trato laboral y salarial discriminatorio en perjuicio del primero.

En el evento que, la actividad convenida por intermedio de la celebración de un contrato de prestación de servicios exceda su carácter temporal y excepcional y se convierta en una función pública permanente, deberá crearse el respectivo empleo público, detallar sus funciones en la ley y en el reglamento de la corporación, cuantificar sus emolumentos y ser provisto mediante concurso de méritos.

## 5. CONCLUSIONES

La contratación del personal de planta de las entidades del Estado por intermedio de la suscripción de los contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones públicas con carácter permanente:

- 5.1.** Quebranta el régimen de carrera administrativa al suplantarlo el concurso de méritos como regla general para el ingreso y la permanencia en el empleo público, validando así, el ejercicio de funciones estatales a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios, lesionando los derechos sociales de los ciudadanos receptores de la actuación administrativa del Estado, en razón de la intermitencia suscitada en la realización de la función pública por el uso de esta modalidad contractual, afectándose de esta manera la eficacia administrativa.
- 5.2.** Vulnere el derecho a la estabilidad en el empleo y desconoce los mandatos de la Corte Constitucional relacionados con la obligación que le asiste al Estado de contratar y entablar una relación con sus servidores públicos que integre los elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, subordinación continua y remuneración salarial) permitiendo la discrecionalidad en la terminación del vínculo contractual atendiendo a su naturaleza civil. Además, lesiona los derechos prestacionales de los contratistas, quienes NO reciben por concepto de contraprestación por el desarrollo de sus labores el desembolso de las prestaciones patronales y de la seguridad social conaturales al contrato de trabajo.
- 5.3.** El uso de modalidades contractuales ajenas al contrato de trabajo (trabajadores oficiales) o a la vinculación legal o reglamentaria (empleados públicos), yace en contradicción directa con la eficacia administrativa y la realización plena de los fines esenciales del Estado, toda vez que, metamorfosean la permanencia en intermitencia, sometiendo aún más en el olvido a los sectores de la sociedad colombiana que desconocen la presencia del Estado y que no han sido atendidos en sus necesidades básicas por la Administración pública, aunado a ello la precarización de las relaciones contractuales y el desconocimiento de los derechos laborales de los contratistas.
- 5.4.** Debe promoverse el ingreso y el acceso a la función pública del personal capacitado, acatándose los mandatos constitucionales con base en los procesos de selección orientados por los principios de la meritocracia e igualdad, reforzándose la eficacia administrativa y la atención del Estado a los reclamos ciudadanos. El Estado interviene mediante el proceder de sus agentes y su campo de acción será más prolífico en la medida que garantice los derechos laborales de sus servidores, luego su contratación debe ser por regla general por intermedio de un contrato de trabajo previo el cumplimiento de los requerimientos propios del régimen de carrera administrativa.
- 5.5.** Será objeto de una próxima investigación, la incidencia de los planes de austeridad fiscal impuestos a Colombia por los organismos multilaterales de crédito que plantean la disminución del tamaño del Estado en la proliferación de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de funciones públicas permanentes.

**CAPÍTULO V**

**CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL  
TRABAJO**





# CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN COMO TRABAJO REMUNERADO EN COLOMBIA:

## ANÁLISIS Y PERSPECTIVA DEL DESARROLLO DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS TRABAJADORAS Y TRABAJADORES SEXUALES

*Luis Alberto Torres Tarazona\**

*Natali Niño Patiño\*\**

*Paula Andrea Velandia\*\*\**

### 1. INTRODUCCIÓN

La concepción jurídica de la prostitución en los últimos años en Colombia se ha inclinado por la tendencia laboralista, la cual sido desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, institución que vio en el concepto de trabajo sexual fuentes de defensa para los derechos de las personas que se dedican a dicha actividad. Este desarrollo jurisprudencial, impactó propuestas legislativas, las cuales se manifiestan en el proyecto de Ley 079 de 2013, el cual acoge el concepto de la Corte Constitucional y busca reglamentar la actividad de la prostitución con base en el trabajo sexual, sin embargo, introduce elementos que no son recibidos de forma clara dentro de la doctrina, como lo es, contemplar la prostitución como una actividad de comercio.

---

\* Doctorando en Derecho de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Director del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social, y miembro del grupo de investigación: Estudios Interdisciplinarios Desc y Mundo Del Trabajo.

\*\* Docente investigadora de la Universidad Libre. Abogada y Filósofa. Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Miembro del Observatorio de Paz de la Universidad Libre. Docente del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre.

\*\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Miembro del Semillero Formativo en Derecho Laboral y Seguridad Social del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre.

Por este motivo, dicho proyecto sufrió diversas críticas, puesto que se considera el fenómeno como “*la mercantilización del fenómeno de la prostitución conlleva a su incentivo*” (Gaceta del Congreso, 2013, pp. 1 y 2), ya que a quien realmente beneficia es a los establecimientos que ofrecen servicios sexuales<sup>54</sup> pero en el fondo no contribuye a la protección de los derechos, de las, y los, trabajadoras sexuales.

Así las cosas, en el debate que se presentó en el Congreso de la República, se suscitaron afirmaciones como las siguientes: “*antes que proteger a la persona que ejerce la prostitución, el derecho cuida al cliente para quien se asegura un servicio con calidad y también a la comunidad, circunscribiendo el desarrollo de la misma a determinados territorios, y, de modo indirecto, también se protege a quienes viven de la prostitución sin ejercerla.*” (Gaceta del Congreso, 2013, pp. 1 y 2), También se aducen argumentos que sostienen que: “*lo que se busca es legalizar la marginación de las trabajadoras sexuales*” (Gaceta del Congreso, 2013, pp. 1 y 2), pues las medidas no van enfocadas a optimizar la calidad de vida de la trabajadora o el trabajador sexual, sino a proteger a sus clientes.

Por otra parte, y en oposición a la tendencia laboralista, se presentó el proyecto de ley 065 de 2017, radicado por la Congresista Cláudia López, el cual buscaba penalizar al cliente en el ejercicio de la prostitución. El fundamento de este proyecto se basa en la idea según la cual, la Corte Constitucional, en el año 2010, había sentado un precedente que era nocivo para los derechos de las personas que ejercen esta actividad, privilegiando el derecho al trabajo por encima del derecho a la vida, a la dignidad, al interés superior del menor, entre otros.

Los proyectos que se han realizado con el fin de regular la prostitución no han logrado convertirse en ley. Lo que ha conllevado a que la discusión no sea clara aún, puesto que el problema de la regulación de la prostitución como un trabajo sexual, no es de fácil comprensión, en la medida en que uno de los principales aspectos que se tiene en cuenta es la mediación de la voluntad de las personas que prestan el servicio. Sin embargo, es evidente que la mayoría de quienes ejercen la prostitución son mujeres de escasos recursos que, en muchas ocasiones, no tienen más posibilidades y entran en la prostitución como la única posibilidad de sobrevivir<sup>55</sup>. De este modo, cuando las posibilidades son reducidas, la voluntad también se ve afectada. En consecuencia, la decisión se encuentra mediada por condiciones socioeconómicas, en las cuales la voluntad no es totalmente determinante. Pero, por otra parte, al no encontrarse una regulación clara del tema, principalmente las mujeres que ejercen la prostitución se encuentran desprotegidas y marginadas de la legislación, violando con ello

<sup>54</sup> Ver trabajos del Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Comentarios de Eclipse Total: ocultar mostrando a Proyecto de Ley 079 de 2013 en materia de derechos humanos.

<sup>55</sup> En este sentido se pronuncia Paola Carreño, quién hace parte del grupo que fundamenta el Proyecto de Ley 079 de 2013.

derechos humanos, principalmente a la seguridad, a la privacidad, a la igualdad, a la salud, entre otros.

Por lo tanto, nos encontramos en una tensión; dicha tensión se puede formular bajo una disyuntiva, esto es que, por un lado, la legislación colombiana no se ha pronunciado de manera clara sobre el tema de la prostitución, lo que implica normas dispersas que regulan temas puntuales sobre orden público y salud, y, por otro lado, contemplar la prostitución como una actividad laboral, posiblemente implique más vulneraciones a derechos. Por consiguiente, esto es lo que quiere poner de presente el trabajo que a continuación se desarrolla, y con ello establecer una fórmula que nos ayude a la comprensión del problema, para indicar posibles soluciones.

Para efectos de realizar una ambientación de la norma colombiana y estudiar las tendencias jurídicas en la prostitución: *prohibicionista*, *reglamentarista*, *abolicionista* y *laboralista*, se realizará un análisis jurisprudencial que permita identificar los patrones de cambio decisonal, a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en aras de evidenciar los avances que se han dado en la materia y la manera en que se afirman formalmente las tendencias que regulan la prostitución a nivel mundial. Para lograr lo anterior, se propone el análisis bajo tres etapas, a saber:

- **Primera etapa.** La prostitución es un ejercicio que atenta contra la dignidad de las personas y, por tal motivo, atenta contra los derechos humanos. En esta etapa de la prostitución se podría afirmar, una tendencia abolicionista. Puesto que, si bien la prostitución no está prohibida se busca, a través del ejercicio policivo, restringirla.
- **Segunda etapa.** La prostitución se encuentra en el marco de las posibilidades en la que una persona, mediante el ejercicio de la voluntad, decide ejercer. Por lo tanto, se protege el derecho a la libertad de expresión de todos aquellos que escogen dicha actividad como forma de vida, siempre y cuando no atente contra los derechos de otras personas. En esta etapa encontramos un desarrollo reglamentarista, pues se producen más normas con respecto al fenómeno de la prostitución.
- **Tercera etapa.** La prostitución es un trabajo, siendo este un trabajo sexual. Por tal motivo, a todos aquellos que escogen la prostitución como trabajo, deberán reconocérseles todos los derechos laborales que de las relaciones de trabajo se desprendan. En esta tercera etapa encontramos la tendencia laboralista, la cual busca tratar la prostitución como un trabajo.

Como quiera que el principal objetivo de este documento, es mostrar un panorama general de la prostitución, se propone disponer del derecho comparado,

a fin de tener una visión general de la forma en que operan las diversas tendencias a nivel mundial, y analizar sus pros y sus contras. Tomando tanto la perspectiva que ofrece el proyecto de ley 079 del 2013 y proyecto de ley 065 de 2017, como diferentes fuentes documentales, y de esta forma entrar a analizar sus repercusiones, para la situación particular de este fenómeno en Colombia.

Conforme a lo anterior, se plantea un abordaje del tema desde el análisis de los principales ítems tales como: los sujetos destinatarios de la norma, la naturaleza jurídica de la actividad sexual, los derechos y garantías de las personas que, finalmente, son quienes ejercen la prostitución, los deberes de los establecimientos de comercio dedicados a dicha actividad y el fondo de restablecimiento social que se proyecta crear, para las personas que ejercen la prostitución.

Análisis mediante el cual se acomete llegar al panorama de la forma en cómo se está abordando el problema de la prostitución desde la tendencia laboralista en nuestro país, teniendo en cuenta las connotaciones particulares que rodean dicho fenómeno en Colombia. Esto nos llevará a analizar y comprender el modo en que se propone los últimos proyectos de ley, y las intenciones que pueden verse involucradas en el mismo.

En este orden de ideas, el presente trabajo busca responder la siguiente pregunta: ¿Cuál es el panorama jurídico actual de la prostitución en Colombia? Para dar respuesta a la anterior pregunta, el trabajo se divide en tres partes: la primera de ellas, busca explicar las tendencias de la prostitución; la segunda, establece un marco conceptual para entender las etapas de la Corte Constitucional y sus pronunciamientos frente a la prostitución; y la tercera, realiza un análisis crítico al proyecto de ley 079 de 2013 y el proyecto de ley 065 de 2017.

## 2. TENDENCIAS DE LA PROSTITUCIÓN

La problemática social de la prostitución ha inquietado, desde tiempos remotos, a las diferentes civilizaciones de la humanidad, pues no es un tema fácil de tratar, debido a que, de por medio se encuentran implicaciones de diferente índole: morales, sociales, religiosas y políticas, que han dominado en diferentes momentos la forma de entender y regular la prostitución.

Es por esto que los Estados han asumido diferentes posturas para tratar el tema; posturas que han inspirado los ordenamientos jurídicos y, con ello, determinado las políticas legislativas concretas. Así las cosas, las tendencias se han planteado a través de tres modelos legales, que históricamente han venido desarrollándose en torno al fenómeno de la prostitución; estos son: prohibicionista, abolicionista y reglamentarista, en esta última, recientemente se asigna la tendencia laboralista.

En otras palabras, la prostitución como fenómeno jurídico se ha concebido en la doctrina mediante cuatro tendencias: prohibicionista, reglamentarista,

abolicionista y laboralista. Dichas tendencias han sido los enfoques jurídicos tradicionales que han servido para definir, comprender y regular lo relacionado con la prostitución a nivel mundial.

La tendencia prohibicionista, ve la prostitución como algo que degrada la honra y las buenas costumbres, motivo por el cual la solución es la represión penal, tanto para quien la ejerce como para quien paga por los servicios y el que la comercializa, siendo este último el intermediador en la relación. En este orden de ideas, la prostitución es considerada como un delito.

La tendencia abolicionista, ve a las personas que prestan sus servicios sexuales como una víctima de las condiciones socioeconómicas, quien, a causa de su estado de debilidad manifiesta, requiere de un tratamiento de rehabilitación. Su objetivo es volver la actividad cada vez menos seductora, por lo que considera que con la reglamentación se perpetúa la injusticia de la actividad, de tal manera que criminaliza todo lo que rodea la prostitución, aun si está de por medio su consentimiento.

Por su parte, el enfoque reglamentarista analiza la prostitución como un mal necesario, puesto que, por un lado, muestra cómo la prostitución degrada la dignidad de las personas, sin embargo, el fenómeno se va a presentar independientemente de la prohibición por la ley. Por consiguiente, es preferible regularlo a que se desborde del ámbito de control estatal, en pro de disminuir el riesgo de enfermedades de transmisión sexual y amparar a aquellos que puedan verse perturbados por la prostitución.

A la par de la tendencia reglamentista, se ha venido consolidando recientemente un enfoque, siendo este, el laboralista, el cual pretende formalizar el vínculo laboral, a fin de garantizar unos derechos sociales y contractuales a las personas que ejercen la prostitución. Con ello, se busca dignificar el oficio y revestir, a todas las personas que lo ejercen, de garantías legales y constitucionales, en el marco de la comprensión de un trabajo digno.

En el modelo prohibicionista, se puede encontrar la posición más severa respecto al tema. Como su mismo nombre lo indica, se fundamenta en la prohibición, y, por lo tanto, en la represión penal de la prostitución. Lo que explica que “Este régimen legal tiene su origen a finales del siglo XIX, justificándose en la criminología positivista”. Por consiguiente, el Estado ve la prostitución como un delito, ante el cual se debe perseguir a quienes la ejercen, sus clientes y a quienes la comercializan. Lo que pretende proteger es la moral y las buenas costumbres de la sociedad en general; y, por esto mismo, concibe que las personas que ejercen la prostitución son delincuentes, que deben ser responsables penalmente, así también los proxenetes y los clientes<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Frente a este punto cabe aclarar que no siempre los clientes son sancionados, dependiendo de cómo adopte el modelo cada país.

La principal idea que sostienen esta tendencia es: “la necesidad de que el Estado se implique en la solución de un problema de corrupción y vicio mercantilizado, que puede afectar a mujeres y jóvenes de ambos sexos que estuvieran en círculos próximos a la prostitución.” (Apram, 2006, p. 61)

Así las cosas, los argumentos detractores de este sistema, señalan que más allá de prohibirse se debe controlar y asumir el tema sin indiferencia, pues reprimir la actividad no ha ayudado a evitar que se propague y, por el contrario, sí puede generar que se creen establecimientos clandestinos y organizaciones criminales de trata de personas y proxenetismo. Esto conlleva la vulneración de los derechos de las personas que prestan los servicios.

En tanto al segundo sistema, el abolicionista, “surge como consecuencia de los debates abanderados por la Federación Abolicionista Internacional, fundada en 1875 bajo los auspicios de la feminista Josefina Butler, para luchar contra la reglamentación de la prostitución, y cuyos principios fueron incorporados al texto del Convenio de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949.” (Apram, 2006, p. 58) Su fundamento principal, consiste en eliminar la reglamentación de la prostitución, pues esta podría auspiciar la injusticia, ya que las prostitutas son consideradas como víctimas de la trata de personas. De modo tal que, las normas penales castiguen únicamente a aquellos que se benefician de la prostitución de otra persona, sin importar si la trabajadora sexual manifestó o no su consentimiento. Del siguiente modo, señala Cavada Herrar (2015) en un informe técnico que presenta al Congreso Nacional de Chile para el tratamiento legislativo de la prostitución en dicho país:

Se basa en los principios humanitarios y en el fracaso de los sistemas prohibicionistas. Este sistema persigue a quienes inducen, mantienen, permiten y se benefician de la prostitución ajena, con las figuras de lenocinio, corrupción de mayores y menores, tráfico de personas, etc., a los que se les imponen en algunos países sanciones hasta de pena de muerte. (p. 1)

Los precursores del abolicionismo aducen que este sistema es una ayuda para combatir e impedir el comercio sexual, aboliendo toda reglamentación que tenga que ver con la prostitución, sellando los lugares donde se presenta y exterminando la inscripción de las trabajadoras sexuales en registros tanto policiales como sanitarios. Defienden el sistema abolicionista, bajo el argumento de que “con la lucha por la eliminación de la esclavitud, con las campañas emprendidas para acabar con la reglamentación de los burdeles y las circunstancias que favorecían su ejercicio por parte de millones de mujeres.” (Apram, 2006, p. 58). Mientras que, los detractores del sistema sostienen que, al igual que el sistema prohibicionista, favorece el ejercicio clandestino, agravando la situación de las personas que ejercen la prostitución, en lo que respecta a su seguridad y salud.

En lo que atañe al modelo reglametarista, es un sistema que se basa en controles estatales so pretexto de proteger y prevenir el contagio de Infecciones

de Transmisión Sexual (ITS). Pues, “considera el fenómeno de la prostitución como un hecho inevitable, cuya existencia ha de ser aceptada por la sociedad” (Apram, 2006, p. 60) regulándola mediante controles sanitarios, que combatan las enfermedades que puedan desarrollarse producto del ejercicio de la prostitución. Igualmente, parte de la regulación se enfoca en prohibir y sancionar la prostitución clandestina.

Como se evidencia, es un modelo mucho más tolerante que el prohibicionista, pues el Estado no es indiferente a la problemática, por el contrario, se inmiscuye en ella regulando, mediante normas que delimitan los espacios para ejercer la prostitución, las condiciones en las que se debe desarrollar su ejercicio y sus horarios. Sin embargo, la forma en que se regula el oficio de la prostitución, a pesar de ser reglamentarista puede variar, dependiendo del ordenamiento jurídico que adopte el enfoque.

Ahora bien, como todos los sistemas este cuenta con cualidades y carencias propias. Dentro de sus cualidades, se resalta la prevención a la violencia y abuso sexual contra las mujeres, permite ejercer control sanitario, facilita el control del tráfico de drogas y estupefacientes, ayuda a disminuir el crimen; al mismo tiempo que permite regular temas de igual o mayor relevancia, como la prostitución infantil, la trata de personas, el turismo sexual y demás situaciones que urgen ser reguladas por los países. En cuanto a las carencias de este sistema, encontramos que “las ‘zonas de tolerancia’ o ‘casas de citas’ se convertían en cárceles para las mujeres dedicadas a la prostitución y sus hijos, bajo una explotación que establecía obligaciones y sanciones, sin ningún derecho y con frecuentes violaciones a los derechos humanos de las mismas”, (Trejo García, 2007, p. 10) pues indirectamente se estaría permitiendo que la actividad se consolide como oficio profesional, a costa de la dignidad y los derechos humanos de las personas que ejercen la prostitución, quienes no ven más alternativas que esta. También se aduce que favorece el establecimiento de redes ilegales de prostitución.

Dicha tendencia reglamentarista, ha venido evolucionando en los diferentes ordenamientos jurídicos, incluyendo derechos laborales, reglamentando las condiciones para su ejercicio, delimitando zonas, exigiendo licencias para poder ejercerla, realizando una serie de controles sanitarios, otorgando derechos laborales, contribuyendo económicamente con impuestos e incluso siendo beneficiarios de prestaciones por incapacidad y desempleo. Se trata de un sistema que ha ido transformando su legislación, de una “legislación que regulaba las condiciones del ejercicio de la prostitución, en otra en la que la persona que lo ejerce adquiere la condición de trabajador en condiciones más o menos similares al resto de trabajadores.” (Corbera de Rivero, 2008, pág.: 10).

Dicho avance, se ha venido conociendo bajo el nombre de sistema *laboralista o laboralización*. Un factor fundamental de este sistema, es que se legaliza la prostitución y su ejercicio, siempre y cuando sea realizada de manera consciente y voluntaria, por personas mayores de edad.

Ahora bien, faltaría mirar, ¿Hasta qué punto se puede hablar de voluntad cuando de por medio existen factores sociales, económicos y culturales? o bien, ¿Realmente es un trabajo apropiado como cualquier otro, dignifica a la mujer? ¿Qué tipo de contrato laboral sería? ¿Qué garantías laborales les beneficiarían? ¿Legalizar la prostitución disminuiría la cantidad de mujeres y niñas traficadas? ¿Cuál es la opinión de las y los trabajadores sexuales? ¿Laboralizar la prostitución promovería su incentivo? ¿A quién protege realmente la legalización de la prostitución? Estos, y otros interrogantes, son los que se ponen en la mesa de discusión, al momento de hablar de legalización, laboralización o simplemente del hecho de volver la actividad algo comercial, donde medie un contrato de trabajo. Motivo por el cual, opositores a este sistema sustentan que, con:

Este tipo de políticas denominadas “modernas”, lo que está en juego es una mayor exclusión de las mujeres del mercado de trabajo, la consolidación del poder masculino y la legitimación de la violencia contra la mujer... admitir la prostitución como la mejor opción profesional no es sino renunciar al combate político para incrementar el poder de las mujeres, condenándolas a ser materia prima del consumo sexual de los hombres. La prostitución no es una forma de libertad y expresión sexual para las mujeres, toda vez que éstas no están en condiciones de decidir y reclamar derechos sexuales, sino que únicamente se acomodan al sistema masculino vigente. (Corbera de Rivero, 2008, p. 6)

Así las cosas, se concluye, tras exponer los tres sistemas tradicionales, sus argumentos a favor y en contra, que en la práctica son con frecuencia ambiguos, pues los países suelen mezclar elementos de otros sistemas de forma encubierta, lo que en muchas oportunidades no permite que se aplique un sistema puro, sino ecléctico, generando políticas favorables y desfavorables, que no son evidentes a primera vista.

### 3. PANORAMA DE LA PROSTITUCIÓN A NIVEL MUNDIAL

La prostitución, desde siempre, ha sido un tema difícil de regular, pues de por medio existen diferentes factores propios de cada sociedad, que no se pueden menoscabar al momento de adoptar determinado sistema, ya sea *prohibicionista*, *reglamentarista*, *abolicionista*, e inclusive ecléctico. Por lo cual, los diferentes países que han prohiado algún sistema, con el paso del tiempo y el surgimiento de diferentes clases de delitos transnacionales, han venido modificando paulatinamente su postura frente al tema.

Motivo por el cual, para explicar y comprender mejor los sistemas tradicionales que han regularizado la prostitución, el presente capítulo presentará el tratamiento que le han dado otros países al tema de la prostitución (en la actualidad), poniendo de manifiesto los beneficios y perjuicios que ha experimentado cada sistema en la práctica para, de este modo, tener una visión global de lo que es el manejo jurídico de la prostitución.



Se presentará, en primera medida el sistema prohibicionista, los países en los que se ha acogido dicho sistema y algunas de las penas que se tipifican en torno a este delito; en seguida, se expondrá el sistema reglamentarista, evidenciando los aspectos que se reglamentan, siendo del mismo modelo cómo han diferido ciertas políticas en uno u otro país. Posteriormente, el artículo se centrará en el tercer modelo tradicional, el abolicionismo, orientando la exposición hacia su modo de operar en cada país, el por qué se le hace apología y por qué surgen críticas al respecto; para de esta forma evidenciar, finalmente, el modelo laboralista, el cual es un anexo del modelo reglamentarista, pero con una orientación más enfocada a formalizar el vínculo laboral.

En este orden de ideas, el modelo prohibicionista ve la prostitución como una degradación de la honra y las buenas costumbres, de tal manera que reprime penalmente a quien la ejerce, a quien paga por sus servicios y a quien los comercializa. Igualmente, es necesario señalar que Estados Unidos, el país que por excelencia ha implementado este sistema, considerando la prostitución totalmente ilegal en la mayoría de sus estados, salvo en el Estado de Nevada, en donde es permitida pero reglamentada, pues consideran que existen otros negocios ilícitos ligados a ella.

Como se observa el modelo es coercitivo, no acepta la prostitución en ninguna de sus modalidades y castiga severamente todo lo relacionado con ella, a tal punto de llegar a arrestar a las mujeres a quienes se les encuentre en su propiedad varios condones, y ser acusadas de prostitución, situación tal que ha puesto de manifiesto la inconformidad y vulneración de derechos, no solo de las prostitutas sino de las personas comunes, que se ven afectadas por el modelo excesivamente prohibicionista, por lo que existen activistas que abogan por una legislación menos represiva.

En el mismo modelo y continente, encontramos la legislación venezolana, la cual prohíbe cobrar por tener sexo con otra persona desde hace más de 30 años. Empero, en una época existió un veto legal que impusieron los médicos sanitarios, con el fin de poder realizar exámenes médicos a las prostitutas que le enviaban los policías al centro de salud, posterior a perseguirlas en redadas por las calles; materializándose en la práctica, mas no en la ley, un esquema reglamentarista de controles sanitarios. Lo que no duró por mucho tiempo, volviendo al esquema prohibicionista, como está planteado en la actualidad, en el *artículo 382 del título VIII del Código Penal venezolano relativo a los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias*.

En el mismo esquema prohibicionista, encontramos la República Popular de China, en donde lo que prolifera es la prostitución femenina. A causa de la prohibición estatal, las mujeres se infiltran en diversos negocios fachada para ofrecer sus servicios, desde masajistas hasta cantantes de karaokes, en donde se ven expuestas a cualquier clase de trato, pues si se atreven a denunciar un cliente, argumentando maltrato o violencia, las mismas autoridades las detienen,

imponiéndoles duras penas, como la tortura o el trabajo forzado. Sin embargo, a pesar de la represión, no se ha extinguido la prostitución, pues cada vez es más fácil ocultarlo, a través de internet o por terceros.

El partido comunista impone su voluntad, por medio de campañas y políticas públicas que menoscaban y humillan a cientos de mujeres dedicadas a la prostitución. Se refleja, por ejemplo, cómo se lanzó recientemente una campaña “con fuertes editoriales en la prensa estatal y cientos de grupos de prostitutas que son humilladas en frente de las cámaras. Ninguna organización mediática en China tiene permitido cuestionar la campaña, según las directivas de propaganda que se filtraron por internet.” (Lu Chen, 23 de febrero de 2014).

También, en lugares como Corea del Sur y Corea del Norte, opera el modelo prohibicionista. Por su parte, Corea del Sur cuenta con una ley que exige a los funcionarios surcoreanos no visitar salones de masaje, esto se debe en gran parte a escándalos como el de acoso sexual protagonizado en Estados Unidos por el ex-portavoz de la presidenta surcoreana<sup>57</sup>.

Sin embargo, la prostitución aún continúa perpetuándose clandestinamente y las prostitutas han acudido a realizar huelgas, exigiendo que se retiren las leyes prohibicionistas.

En lo que respecta a Corea del Norte, el modelo es tan severo que, en el 2013, se ejecutó de manera pública a 80 personas por prostitución y por ver la televisión de Corea del Sur, congregando a las personas en un estadio de fútbol y fusilándolas de un solo disparo.

En una óptica general, los países que han adoptado el sistema prohibicionista, siguen la misma línea de Estados Unidos, Venezuela, República Popular de China y Corea, son: Birmania, Laos, Mongolia, Vietnam, Sri Lanka, Filipinas y Tailandia, en donde, a pesar de estar expresamente prohibida la prostitución y ser reprimida con penas fuertes en la práctica, las autoridades no hacen cumplir las leyes, la prostitución es tolerada, y los países se han convertido inclusive en destinos para el turismo sexual.

De otro lado, se exhibe el sistema en el que el Estado regula y fomenta leyes para controlar la prostitución, en pro de disminuir el riesgo de enfermedades de transmisión sexual y amparar a aquellos que puedan verse perturbados por la prostitución, sin prohibir su ejercicio, pero sí estableciendo condiciones. Dicho sistema es el *reglamentarista*, el cual, en sus orígenes, se crea para ejercer control sanitario, facilitar el control del tráfico de drogas y estupefacientes, disminuir el crimen, crear zonas de tolerancia, sancionar la prostitución infantil, la trata de

---

<sup>57</sup> Se pueden encontrar varias noticias respecto al suceso, entre otros: [http://noticias.lainformacion.com/mundo/corea-del-sur-prohibe-el-alcohol-y-la-prostitucion-a-sus-funcionarios-durante-la-visita-a-china\\_JksASzhxT6nRVEns0i0hv/](http://noticias.lainformacion.com/mundo/corea-del-sur-prohibe-el-alcohol-y-la-prostitucion-a-sus-funcionarios-durante-la-visita-a-china_JksASzhxT6nRVEns0i0hv/)

personas, el turismo sexual, la prostitución clandestina y el proxenetismo; este reglamentarismo primigenio, se aplica actualmente en Colombia y Ecuador.

Cabe resaltar que el sistema reglamentarista, recientemente ha sufrido una evolución trascendental, puesto que se ha ido inclinando por una tendencia laboralista, una concepción nueva para el clásico reglamentarismo, que se ha convertido en un apéndice de este, debido, entre otras cosas, a que las prostitutas son consideradas ahora como parte de la masa trabajadora, es decir, empleados comunes y corrientes que tienen la obligación de hacerse chequeos médicos regulares. En todo caso, se exceptúa en la tendencia laboralista la inclusión de un menor en el mundo de la prostitución o la utilización de sus servicios, además, está penada con multas y prisión.

Este nuevo reglamentarismo se ha expandido en Europa, principalmente en Holanda, Alemania, Austria y Grecia. Al respecto, Holanda es considerado el modelo pro regulación, ya que las prostitutas disfrutan de la misma protección social que los asalariados o que los trabajadores autónomos, siempre y cuando ejerzan en un club (el empleador debe pagar las cotizaciones patronales). De la siguiente forma, se refiere el Informe del Gobierno Federal sobre los efectos de la Ley para la Regularización de las condiciones de las prostitutas:

Se trata de una relación contractual basada en un compromiso bilateral entre la persona que ofrece un servicio sexual y su cliente. Sobre la mediación, la ley de 2002 indica que el delito de «fomento de la prostitución» por parte de un proxeneta, se da solo en aquellos casos en los que se limite la independencia personal o económica de una prostituta”, de manera que la mediación de servicios sexuales realizados voluntariamente es legal. (p. 81)

En Alemania, no solo existe el vínculo contractual-laboral, sino que viene acompañado de asesoramiento laboral, fiscal y sanitario, diseñado con proyectos para que las personas que se dedican al oficio abandonen la prostitución, con campañas de sensibilización y ayuda para encontrar alternativas de trabajos en otros sectores, pues se considera que, si bien la prostitución es un trabajo, cuenta con unas condiciones especiales.

Este sistema neoreglamentarista (laboralista) alemán se ha implementado en Dinamarca, en donde las meretrices están obligadas a pagar impuestos, pero no reciben prestaciones; en Hungría, en donde se permite la prostitución, pero están reglamentadas las zonas donde se puede desarrollar, pues el objetivo es evitar a toda costa la explotación por parte de empresarios. Sin embargo, ejercen la prostitución de forma autónoma, haciéndose cargo de sus gastos en materia de cotización a pensión y seguridad social, estando obligadas a pasar exhaustivos exámenes médicos cada tres meses.

En Latinoamérica, este sistema lo ha implementado Uruguay, en donde se reconoce la prostitución como oficio y se establecen medidas para su regulación, basándose en la Ley 17.515, que torna lícito el trabajo sexual.

En cuanto al panorama del sistema abolicionista, se puede preceptuar que, como su nombre lo indica, inhabilita y abole toda reglamentación que tenga que ver con la prostitución, sellando los lugares donde se presenta y exterminando la inscripción de las trabajadoras sexuales en registros tanto policiales como sanitarios. Puesto que, al ver a las personas que prestan sus servicios sexuales como una víctima de las condiciones socioeconómicas, quien, a causa de su estado de debilidad manifiesta, requiere de un tratamiento de rehabilitación, se propone como objetivo volver la actividad cada vez menos seductora, por lo que considera que con la reglamentación se perpetúa la injusticia de la actividad, de tal manera que criminaliza todo lo que rodea la prostitución, aun si está de por medio su consentimiento. Sistema implementado en Francia, donde se penaliza al cliente en lugar de a la prostituta por la práctica de sexo a cambio de dinero. Con lo que se busca, entre otras cosas, que las prostitutas no sean perseguidas por la ley, y se les presenten alternativas para salir de la prostitución. Empero, el Sindicato del Trabajo Sexual (STRASS), que agrupa a prostitutas, estima que el sistema es un ataque al oficio, que empeorará las condiciones en las que ejercen, ya que implementará nuevas formas y las condiciones para quien ejerce la prostitución serán más peligrosas.

Suecia fue el primer país en implementar el sistema abolicionista, penalizando al consumidor de servicios sexuales, con la Ley Sexköpstag, que penaliza la compra de sexo, pero no la venta. Respecto a esto se evidenció que no es muy claro si se redujo la prostitución callejera o se presenta de una forma más clandestina. La postura ha sido considerada como neoabolicionista, ya que se enfoca en proteger a la persona que ejerce la prostitución, pues la considera una víctima de las condiciones sociales y la exclusión. Por otra parte, se critica que el gobierno sueco no contó con la opinión, ni negociación de organizaciones de trabajadoras sexuales.

#### 4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

##### **Primera etapa: La indignación frente a la prostitución**

En esta etapa, encontramos marcada la influencia de la tendencia abolicionista, en la cual se busca abolir la prostitución. La Corte Constitucional, en Sentencia T-620 de 1995, estableció que la sociedad tiene dos tipos de morales<sup>58</sup>. Por un lado, la moral individual, y por otro, la moral colectiva. La moral colectiva tiene que ver con ciertos presupuestos éticos, que la comunidad acepta como bueno o como malo, y que la conducta de cada individuo debe orientarse conforme a dichos parámetros. Lo refiere de la siguiente manera:

---

<sup>58</sup> La Corte Constitucional introduce en esta sentencia, que existen dos tipos de morales para explicar el fenómeno de la prostitución. Aunque nosotros no estemos de acuerdo con esta postura, hacemos un análisis exegético de la sentencia con fines ilustrativos sobre lo que quería postular la Corte en su momento.

La moral social es un valor que involucra a toda la comunidad y cuya prevalencia es, por tanto, de interés general. Consiste en el mantenimiento de una conducta, no ya solamente individual, inmanente, sino colectiva, que se ajuste a ciertos principios éticos y a lo que esa sociedad considera deben ser reglas de conducta que conduzcan a una convivencia armónica, al mutuo respeto entre los asociados y, en última instancia, al logro de la paz tanto a nivel interno como a nivel colectivo. (Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 1995).

De este modo, se puede evidenciar cómo la Corte Constitucional entiende que existen unos modos de conducta que se ajustan a la moral social, y, por consiguiente, hay otros que no se ajustan a dichos parámetros. Así la comunidad, al ser la moral colectiva un valor que nos compete a todos, debemos ajustar nuestra conducta a dichos parámetros de convivencia.

En cuanto a la actividad de la prostitución, la Corte Constitucional establece dos valoraciones. Por un lado, indica que esta no puede ser erradicada por ser una actividad que acompaña a la historia de la humanidad. Sin embargo, afirma que la misma es indigna, por ir en contra de la moral social. Por otro lado, establece que el Estado colombiano deberá buscar las herramientas y mecanismos para que las mujeres no opten por dichas formas, toda vez que, para el derecho comercializar con el cuerpo, no representa ningún tipo de dignidad a la mujer como persona. Frente a este punto se puede resaltar cómo la prostitución pertenece, única y exclusivamente, a una actividad de la mujer<sup>59</sup>.

De esta forma, se muestra cómo la prostitución se encuentra bajo el marco del modelo abolicionista, porque entiende que no puede ser erradicada, pero, al mismo tiempo, muestra cómo la misma es indeseable para la sociedad, por atentar contra los principios y valores de la sociedad. Es decir, la prostitución no se encuentra en el marco de lo ilícito, pero sí de lo inmoral. Lo que hace que la Corte Constitucional despliegue unas medidas, para que pueda ser controlado y alejado del entorno familiar.

En este momento, la prostitución no puede ser considerada digna porque la misma atenta contra los valores sociales. Entonces, permitir que en un espacio determinado exista tanto personas de “bien” como las prostitutas; es intolerable, porque dicha actividad implica, “actos como la exhibición pública de conductas obscenas, las riñas callejeras, la exteriorización de sentimientos o conductas agresivas”. (Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 1995)

La Corte Constitucional entiende que el derecho a la intimidad de las personas, que gira en torno a la prostitución debe ser protegido, así las cosas, el derecho

---

<sup>59</sup> Aclaramos que, la prostitución puede ser ejercida por ambos sexos, tanto hombres como mujeres, sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales analizados revisaron casos sobre la labor desempeñada por la mujer, pronunciándose exclusivamente sobre ella.

no tiene por qué juzgar formas de conducta que no están prohibidas por la ley<sup>60</sup>, sino más bien el espacio de intimidad que deben tener las familias en nuestra sociedad. Es decir, que el derecho según la Corte Constitucional deberá alejar a las familias de los ambientes que se generan en torno a la prostitución, porque esta pervierte los núcleos familiares y se pone en riesgo a los niños, niñas y adolescentes, que tengan que vivir en un espacio determinado con dicho escenario. Es decir, el derecho a la intimidad protege única y exclusivamente el ambiente familiar en el que toda persona de bien desea vivir. “Los padres no pueden jurídicamente ver entorpecida la labor formativa de sus hijos, por un ambiente externo malsano que afecte e invada la intimidad del hogar”. (Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 1995).

En resumen, la Corte indica que la prostitución va en contra de los valores de la sociedad y, por tanto, de la moral colectiva, lo cual implica que el fenómeno no puede darse en lugares familiares ni residenciales, ya que esto va en contra de los derechos de las demás personas y de la comunidad en general. La prostitución no puede, bajo ninguna medida, ser protegida por las instituciones jurídicas porque esto sería como proteger lo indeseado. Considera en este momento la Corte Constitucional, que cualquier reconocimiento jurídico implicaría con ello, apoyar el mal ejemplo y la corrupción de la moral. Es así que, bajo ninguna medida, la prostitución será protegida ni amparada bajo ningún derecho.

A partir de lo anterior, se crearon unos lugares para dicho ejercicio que, en el derecho, fueron llamadas “zonas de tolerancia”. Esta forma de valorar la prostitución conllevó a que la actividad fuera desplazada de los lugares urbanos y establecidos en un solo espacio, en el cual, el derecho no voltea sus ojos, a no ser para determinar juicios de despreciarlo y rechazarlo. Así las cosas, las “zonas de tolerancia” tienen como finalidad principal “evitar que, de manera indiscriminada, se propaguen por todo el entorno urbano, invadiendo incluso las zonas residenciales, las casas de lenocinio y, en general, los establecimientos destinados a la práctica de la prostitución” (Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 1995).

En estas “zonas de tolerancia” habita, por supuesto, la ilegalidad. La prostitución se rodea de otros delitos para su alimentación y producción. Es así como, ahí mismo, se encuentran tráfico de drogas, trata de blancas, proxenetismo, explotación sexual, explotación sexual infantil, entre otras.

### **Segunda etapa: La prostitución en el marco de la libertad de expresión**

Las “zonas de tolerancia” se comenzaron a convertir en un problema para las autoridades públicas. Especialmente, porque se empiezan a instaurar una serie de denuncias por parte de las mujeres que trabajaban en estos sitios, hacia la violación constante de los derechos, por parte de las autoridades, y que ya no

---

<sup>60</sup> La prostitución en Colombia es una actividad que no está prohibida, por lo tanto, según el principio del derecho, está permitida.

podían ser más omitidas por las instituciones públicas, en tanto que en el marco del derecho internacional se le sugiere al Estado colombiano la obligación de velar por los derechos de las mujeres que trabajan en dicha actividad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por medio de las sentencias emanadas entre el año 2004-2008, comienzan a tener un viraje diferente, en el sentido de indicar que las personas que se dedican a la prostitución se encuentran amparadas bajo el derecho a la libertad de expresión. En este orden de ideas, se les reconoce, por lo menos, el acceso a ciertos beneficios que presta el derecho en el marco de un Estado social de derecho. Es decir que, al menos en la jurisprudencia, las mujeres que se dedican a la prostitución, tienen acceso, por un lado, a un derecho subjetivo, esto es a la facultad de poder accionar mediante las instituciones procesales, cuando se le vean vulnerados los derechos, y por otro, a que la justicia verifique los casos que les acontecen en dicha labor. Así las cosas, por primera vez en la historia de nuestro país, las mujeres que ejercen la prostitución entran en la escena del derecho, para poder ser miradas y observadas desde la perspectiva jurídica.

Las instituciones legales, por su parte, comienzan a establecer políticas de salubridad en estos sitios. De este modo, se exige de la mujer que ejerce la prostitución como trabajo, ciertos requisitos, como la exigencia del condón en cada relación, el análisis constante de pruebas médicas, entre otros. Cabe anotar que, hasta el momento, no hay una preocupación por el hombre que trabaja como prostituto en las diferentes modalidades.

Es así como se abren nuevas formas en las instituciones. Las alcaldías y el Ministerio de Salud, comienzan a ocuparse del tratamiento que se les debe dar a las prostitutas. La Corte Constitucional incorporó a las mujeres que trabajan con el sexo brindándoles asistencia por parte del Estado. Sin embargo, dicha actividad tiene aún la mirada de la sospecha, en la medida que el derecho se ocupa de ellas para vigilarlas y controlarlas.

### **Tercera etapa: La prostitución en el marco de un oficio y, por lo tanto, del trabajo**

En esta etapa, encontramos una tendencia hacia la laboralización. La prostitución cambia totalmente de sentido mediante la sentencia T-629 de 2010, según la cual la prostitución deberá ser considerada ahora como un trabajo, más específicamente como un *trabajo sexual*, el cual implica que todas las instituciones jurídicas se desplacen en otros sentidos, con el ánimo de comprender dicho fenómeno.

Los movimientos se desplazan hacia la laboralización -hacia una prostitución que se ejerce de manera subordinada-. Es decir, aquellas mujeres, y por primera vez se habla de hombres, que ejercen la prostitución bajo la dependencia de otra persona, en el marco de un establecimiento público. No es interés de la Corte

promover la prostitución ni auspiciarla, sino proteger a las mujeres y hombres que trabajan en el marco de los elementos esenciales del contrato laboral.

La Corte Constitucional realiza un estudio sobre los principales países que regularon la prostitución como forma de trabajo, entre ellos, Holanda y Alemania, estableciendo cuáles han sido las dinámicas que han marcado este nuevo paradigma. También hace un análisis sobre los consejos y sugerencias que han hecho las instituciones internacionales para la comprensión del fenómeno y, con base en lo anterior, señala que la prostitución debe ser considerada como un trabajo, y que a todas las mujeres que trabajan en ello, se les deberá garantizar cada uno de los derechos laborales que se desprenden de un contrato de trabajo, incluido todo lo que verse sobre seguridad social.

En este orden de ideas, el trabajo sexual ahora implica nuevas formas que retan al derecho laboral, a su regulación, en el sentido de determinar cuáles serían las cadenas que se desprenden en términos normativos para la comprensión de la nueva valoración de la prostitución.

Además, la Corte incita a las demás instituciones públicas a vigilar el cumplimiento de este mandato:

Estima la Corte también indispensable hacer requerir la participación de diferentes autoridades, para que en el marco de sus competencias adopten las medidas necesarias, tanto para asegurar el cumplimiento de las órdenes concretas del caso, como el adelanto de las acciones necesarias para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, del Derecho internacional, legales y de carácter administrativo que deben regir la prostitución como fenómeno social tolerado. (Corte Constitucional, Sentencia SU-629 de 2010)

Entonces, se ve cómo claramente las valoraciones de la Corte Constitucional, entra a configurar un nuevo espacio y se imponen a manera de orden, lo cual crea con ello realidades nuevas, y, como Foucault lo menciona, en el texto *La verdad y las formas jurídicas*, creando nuevas subjetividades a partir de la configuración de nuevas prácticas sociales.

Las prostitutas, hoy trabajadoras sexuales, entran en la escena del derecho laboral, pero no todas, solamente aquellas que se amparan bajo un establecimiento de comercio, quedando excluidas una gran parte, siendo estas las prostitutas callejeras, las mujeres que prestan los servicios directos, entre otras formas no reguladas.

## 5. DEBATES LEGISLATIVOS

El Proyecto de Ley 079 de 2013, fue criticado en su momento por ser considerado como una fuente de explotación sexual, puesto que la laboralización puede esconder, dentro de sí, nuevas formas de explotación sexual. Esto se puede



plantear, en tanto que, la prostitución en Colombia, es ejercida principalmente por mujeres de estratos uno y dos, en donde las posibilidades se reducen, es decir, las oportunidades, tanto de educación como laborales, son escasas. Por consiguiente, en dichos estratos emerge la informalidad y, en muchas ocasiones, la ilegalidad como forma de vida. En consecuencia, la prostitución entendida mediante un contrato laboral, puede imponerles a las personas que ejercen el trabajo sexual nuevas cargas, que obligan a la misma a cumplir con ellas, en miras del cumplimiento de un contrato laboral.

También al considerar la prostitución como una actividad comercial, para así regularla conforme a los parámetros laborales. Esto aumentará la explotación sexual, puesto que, en Colombia, las mujeres que se ocupan de la prostitución lo hacen específicamente porque no tienen otras posibilidades de sustento para sus hijos; la mayoría de mujeres que ejercen la prostitución, son mujeres de escasos recursos, que encuentran en ella una alternativa de ingresos.

Sin embargo, la prostitución al ser fiscalizada por el derecho laboral puede constituirse como un dispositivo más fuerte que la desregulación, porque permite que caigan sobre el cuerpo movimientos del derecho que, si bien, en principio parecen ser más garantistas, posiblemente no lo son, bajo el marco de la seguridad social, en la relación que se encuentra con los deberes hacia el empleador. De este modo, por ejemplo, el tema de la responsabilidad que emerge en el marco del contrato laboral puede presentarse de una forma más fuerte en contra de las prostitutas.

Por otra parte, el proyecto de ley 065 de 2017, el cual tiene como finalidad principal sancionar con multa a las personas que paguen por la prestación de servicio, como lo señala en su artículo 5:

**Artículo 5°: Sanciones.** Quienes paguen por sexo deberán pagar multas en los términos Ley 1801 de 29 de julio de 2016 de la siguiente manera:

Multa Tipo 1: 4 SMDLV los dos primeros años a partir de la vigencia de la presente ley.

Multa Tipo 2: 8 SMDLV. Del tercer al quinto año a partir de la vigencia de la presente ley.

Multa Tipo 3: 16 SMDLV. Del sexto al octavo año a partir de la vigencia de la presente ley.

Multa Tipo 4: 32 SMDLV. Del Noveno año en adelante a partir de la vigencia de la presente ley.

Esta propuesta tiene su fundamento en la idea según la cual, la mujer o el hombre que preste servicios sexuales es víctima del fenómeno, por tanto, pretende protegerse con las sanciones impuestas a las personas que paguen por

tal servicio, con el fin de que el fenómeno disminuya. Sin embargo, este tipo de ideas, desatienden la realidad concreta de la mayoría de las personas que prestan este servicio, siendo la necesidad la causa principal por la cual se ven arrojados a prostituirse, esto conlleva a que este tipo de medias pueda aumentar la clandestinidad y, por consiguiente, se vean afectadas los derechos de las mujeres y hombres que ejercen esta actividad.

En conclusión, han surgido dos propuestas después de la jurisprudencia de la Corte Constitucional tratando la prostitución como un trabajo sexual, por un lado, la laboralización de la prostitución y por otro la sanción del cliente. Estas ideas buscan proteger los derechos de las personas que ejercen esta actividad. Sin embargo, aunque los dos proyectos se fundamentan a la vulnerabilidad que tiene la mujer que ejerce la prostitución por causa de la pobreza y la falta de oportunidades, no tienen en cuenta el panorama social de nuestro país.

Las mujeres se ven obligadas, en su gran mayoría acudir a la prostitución como única forma de ingreso laboral, y estas posibilidades, al menos en un corto periodo no se ven de forma clara cómo se va a mejorar. Por otro lado, las propuestas pueden conllevar a vulnerar derechos, cada uno de distinta forma. En conclusión, por un lado, la laboralización por medio del contrato realidad no garantiza los derechos humanos de las mujeres y hombres, pues surge la posibilidad de imponerse más cargas y por otro, la sanción del cliente conlleva a el ocultamiento del fenómeno.

En este sentido, el panorama actual se encuentra en el marco de lo que ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, y el mecanismo por el cual se comprende es el contrato realidad, generando con ello, las acciones para que algunas personas que ejerzan la prostitución puedan acceder a todos sus derechos laborales, creando con ello, al mismo tiempo la emergencia de que los derechos de estas mujeres sean vulnerados a través de contratos de trabajo en los que se cumpla con los mínimos de un contrato laboral, aumentando con ello, la explotación sexual. También hay múltiples personas que no entran dentro del marco del contrato realidad, esto es, subordinación, salario y prestación directa del servicio, como lo son las prostitutas callejeras, la prostitución virtual, entre otros, que no tienen aún una definición jurídica constitucional clara.

La Corte Constitucional en pronunciamientos recientes como lo es en sentencia T-736 de 2015, establece que, si bien debe existir un Plan de Ordenamiento Territorial por parte de las autoridades locales, este no puede desconocer la vulneración a personas que sistemáticamente han sido discriminadas por parte de la legislación. En este sentido, no puede afectar la confianza legítima y el mínimo vital.

Por otro lado, la sentencia T-549 de 2016 señala que las autoridades públicas deben propugnar por la inclusión de personas que, por condiciones sociales, han sido discriminadas. Por ende, prohíbe cualquier tipo de agresión que se vea reflejado por causa de la condición de ser trabajadora sexual.

Al mismo tiempo reitera la urgencia de incorporar políticas públicas que conlleven a proteger a las mujeres que ejercen la prostitución callejera. En la medida en que con ocasión al concepto de recuperación del espacio público no se pueden trasgredir derechos fundamentales de las y los trabajadores sexuales.

## 6. CONCLUSIONES

La Corte Constitucional es la principal institución jurídica que se ha encargado de realizar un diagnóstico respecto al fenómeno de la prostitución. A lo largo de sus jurisprudencias se encuentran tres momentos, los cuales se pueden revisar a partir de las tendencias jurídicas de la prostitución. En una primera etapa, se encuentra la tendencia de la abolición de la prostitución, en la cual entiende la Corte, no puede ser prohibida, pero tampoco fomentada. Esto hace que la Corte pretenda retirar de los lugares comunes, el fenómeno de la prostitución. Lo que creó esta forma de entender la prostitución, fue una discriminación con respecto a las mujeres y hombres que se dedicaban a dicha actividad.

En una segunda etapa, se ve una preocupación por regular la prostitución. De ahí que la prostitución, en este segundo momento, se encuentre dentro de la tendencia reglamentarista. Se analiza sobre varias formas, y la prostitución comienza a ser incluida en el derecho. Es así como comienzan a regularse temas de salud y control público. En este momento, sin embargo, sobre la mujer prostituta y el hombre prostituto, no hay más que protección sobre derechos individuales, quedando excluidos los derechos sociales.

En la tercera etapa de la Corte Constitucional, encontramos una tendencia laboralista, en la cual los derechos laborales se ven protegidos por la jurisprudencia. En este orden de ideas, existe una preocupación por llevar bienestar y seguridad social a las personas que se encuentran laborando como trabajadores sexuales.

En esta última fase, la Corte Constitucional invitó al Congreso a debatir un proyecto en el cual las personas que trabajen con el sexo, puedan ser incluidas dentro de la legislación colombiana. Sin embargo, el Proyecto de Ley 079 de 2013, es fuertemente criticado, porque el mismo no tiene en cuenta la situación concreta de la mujer, sino la prostitución como actividad comercial, lo cual deja preguntas abiertas, tales como: qué pasará con el delito de proxenetismo, y, por otro lado, cómo se configurará el derecho laboral, en general, al contrato de la actividad sexual, pues el mismo involucra muchas situaciones que hacen de esta actividad distinta a lo que es una ordinaria actividad laboral.

Los proyectos de ley que se han presentado desconocen el problema del contexto social que viven la mayoría de mujeres y hombres que ejercen la prostitución, no siendo propuestas que formulen de forma clara una solución justa y eficaz al problema.



# CONSTITUCIÓN Y REGRESIÓN LABORAL

*Iivar Nelson Arévalo Perico\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Sea lo primero, advertir que este escrito trata de formular unas puntuales reflexiones sobre algunos acontecimientos que han incidido de una u otra forma en el tema laboral, especialmente desde la expedición de la Carta Política de 1991 y hasta nuestros días. Según opinión consolidada en el mundo jurídico- laboral, la Constitución de 1991 fue, sin duda alguna, un acontecimiento de incidencia positiva en el tema laboral y en el de la seguridad social.

Se trata de examinar cuál fue el ordenamiento inicial de la Constitución de 1991, y qué ha pasado desde entonces en el tema del trabajo y su conexo de la seguridad social.

## 2. CONSTITUCIÓN Y DERECHO DEL TRABAJO

De la Constitución de 1991, que proclamó el nuevo Estado social de derecho, se han dicho muchas cosas, así: Que es casuística, farragosa y demasiado extensa, y que por estas razones no facilita la comprensión de los ciudadanos de a pie, que son la inmensa mayoría; que es contradictoria, porque en su texto quedaron consignados artículos para satisfacer los intereses de ideas políticas de derecha, de centro, de izquierda, de ex guerrilleros, de los indígenas, cristianos y minorías étnicas que estuvieron representadas en la Asamblea Constituyente y, por lo tanto, participaron en su redacción. Se ha dicho, igualmente, que los grupos de presión económica y social, que lograron representación en la Constituyente, también incidieron en la redacción de algunos artículos para satisfacer sus particulares intereses.

Otros han dicho que en la Asamblea Constituyente no alcanzaron representación, por diversas circunstancias, grupos de extrema izquierda como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN), y algunos grupos de extrema derecha que luego constituyeron el paramilitarismo. Estos grupos se volvieron opositores violentos de la Carta de 1991. A manera de ejemplo, se trae a la memoria que, en el año 2001, mediante el conocido “Pacto de Ralito”, los jefes paramilitares, y más de cincuenta políticos de varias partes del país, entre los cuales se encontraban

---

\* Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Exmagistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Docente del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre.

senadores, representantes a la cámara, diputados, alcaldes y concejales, acordaron en secreto, refundar la patria con parámetros diferentes a los del Estado social de derecho.

Lo cierto es que los sectores representados en la Asamblea Constituyente de 1991, lograron ponerse de acuerdo, y redactaron trescientos ochenta artículos que conforman lo que se denominó en esa oportunidad, como la Carta de navegación o Pacto de convivencia civilizada para el desarrollo, el progreso y la paz. Nos referiremos solamente a algunos artículos que resultan de particular importancia para los propósitos de este escrito, así:

**En primer lugar**, el constituyente de 1991 consagró los principios fundamentales o fundantes del Estado social de derecho y los fines de dicho Estado, de la siguiente manera: *Estado organizado como República unitaria, descentralizada, pluralista, democrática y participativa; basada en la igualdad y la justicia, en el respeto a la dignidad humana, en la soberanía popular; el trabajo en condiciones dignas y justas, la solidaridad y la prevalencia del interés general.*

Como fines esenciales se estableció: “Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de los ciudadanos en todas las decisiones que los puedan afectar, defender la independencia y la integridad territorial de la Nación, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Preámbulo y artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 13, 25, 70 y 230, entre otros).

Estos denominados principios fundantes del nuevo Estado, junto con los fines del mismo, sitúan al ser humano como el principal destinatario de todo su accionar, por lo cual es pertinente deducir, que la configuración jurídica de la nueva Constitución corresponde a un texto humanista e incluyente, como base fundamental para la convivencia civilizada y una mejor y más digna calidad de vida para todos.

**En segundo lugar**, estableció un listado de derechos constitucionales fundamentales, tal como sucede, por ejemplo, con el derecho al trabajo (art. 25), respecto del cual hoy no se duda de su carácter constitucional fundamental.

**En tercer lugar**, en varios artículos el constituyente estableció mecanismos para la protección y efectivo cumplimiento de los principios y fines del Estado, y de los derechos constitucionales fundamentales, de ser necesario incluso, por vía judicial, a través de los procesos ordinarios y de las nuevas acciones de cumplimiento, populares y de grupo, y de la muy importante acción de tutela, que instituyó como un procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, en circunstancias específicas de procedencia que así lo ameriten.

**En cuarto lugar**, y ya en relación directa con el trabajo, cabe destacar que se consagraron principios y derechos de manera clara y precisa, de la mayor importancia e incidencia social y de aplicación directa en algunos casos, casi sin necesidad de ley que los desarrollara para su aplicación concreta, a tal punto que esta importante novedad se conoce como “la constitucionalización del derecho laboral”. Sobre todo, si se le compara con la Constitución anterior, que tan solo hacía, de manera muy general, algunas pocas referencias al tema laboral, y para su desarrollo remitía a la ley, por lo cual antes de la expedición de la Constitución de 1991, todo el ordenamiento sobre esta materia estaba desarrollado en leyes expedidas por el Congreso, o en decretos legislativos y reglamentarios proferidos por el Gobierno nacional, y también en tratados internacionales suscritos y aprobados por el Estado colombiano.

La constitucionalización de normas, que anteriormente eran de rango legal, significó darles, desde luego, una mayor jerarquía en la escala normativa, y, por lo tanto, mucha más fuerza vinculante, situación que antes nunca había sucedido.

Es pertinente y del mayor interés, anotar que la Constitución de 1991 le otorgó al trabajo una triple connotación jurídica, según lo explica en detalle la Corte Constitucional mediante Sentencia de constitucionalidad C-593 de 2014. De acuerdo con esta providencia y en resumen: Por un lado, y según el Preámbulo y el artículo 1º. de la Carta, el trabajo es un principio fundante, porque fue concebido como una directriz para toda la conformación del Estado, y de las políticas públicas de pleno empleo, así como de las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas para el ejercicio de la profesión u oficio; por el otro, es un principio rector del ordenamiento jurídico, que limita la libertad de configuración normativa del legislador, porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 Superior), y finalmente, en atención a lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, “El trabajo es un derecho y un deber social y goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Adicional a las normas antes anotadas, en relación con el trabajo, se encuentra un amplio listado de normas de incidencia directa o indirecta con este tema. Entre las más importantes tenemos: Libertad de escoger profesión u oficio (art. 26); derecho a constituir sindicatos o asociaciones, de negociación colectiva, de huelga y participación en la gestión de las empresas (artículos 39, 55, 56 y 57); derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40); obligación de protección a los niños de explotación laboral o económica y de trabajos riesgosos (art. 44); normas de protección a la mujer en general, y en particular a la mujer trabajadora y cabeza de familia (artículos 42 y 43); principios mínimos fundamentales en materia laboral (art. 53); protección de derechos legalmente adquiridos (art. 58); incorporación de los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados, a la legislación interna para

integrar lo que se conoce como bloque de constitucionalidad (artículos 53, 93), y normas básicas sobre función pública (artículos 122 a 131), etc.

El constituyente de 1991, en forma previsiva estableció una especie de blindaje para el cumplimiento real y efectivo de los principios y derechos laborales, así como para su interpretación en el sentido más favorable al trabajador, y también para que no pudieran desmejorarse ni desconocerse los derechos una vez adquiridos conforme a la ley (principios de progresividad y no regresividad, y respeto a los derechos adquiridos). Efectivamente, en los artículos 48, 53 y 58 se consignaron disposiciones al respecto, así:

El artículo 48 consagró la garantía de la prestación del servicio público y obligatorio de la seguridad social de forma progresiva, desde luego muy relacionado con el trabajo y explicado en varias ocasiones por la jurisprudencia de las altas cortes, consistente en no volver atrás, sino que debe avanzar de acuerdo con las necesidades y conveniencias dentro de una sociedad en permanente evolución, pero siempre con una mayor cobertura y eficiencia.

En el inciso final del artículo 53, se estableció: “... **La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores**”. (Negritas fuera de texto). El término menoscabar, en sentido amplio como debe entenderse, significa que no pueden disminuirse, debilitarse, derogarse o cambiarse por normas menos favorables, ni impedirse o dilatarse en su aplicación efectiva.

Finalmente, el artículo 58 consagró el respeto a los derechos adquiridos de conformidad con las leyes, “... **los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores...**”. (Negritas fuera de texto). Hay que entender que, dentro de la denominación genérica de derechos que hace la norma, se incluyen los derechos laborales y los de la seguridad social, tal como ampliamente lo ha explicado la jurisprudencia nacional.

### 3. CAUSAS Y EJEMPLOS DE REGRESIÓN LABORAL

Ya en la aplicación concreta de la Constitución de 1991, como era de esperarse de las autoridades públicas y de la sociedad en general, lo que se imponía de forma coherente, seria y respetuosa del nuevo Orden, o nueva Carta de navegación, o Pacto de convivencia pacífica, después de tan convulsionados y violentos hechos en los años anteriores, debía ser su cumplimiento estricto, sin reticencias, oposiciones, dilaciones ni mal intencionadas interpretaciones. Sin embargo, en muchos casos eso no sucedió y no ha sucedido así.

Por el contrario, se fue evidenciando una dicotomía entre la norma constitucional y la realidad, en el sentido que esta última siguió viviéndose en los temas laborales, entre otros, como si nada hubiese cambiado, y en no pocos casos incluso, fueron apareciendo interpretaciones y disposiciones jurídicas



en contravía del nuevo Ordenamiento Superior. Ese camino de resistencias al cambio y de clara oposición al Estado social de derecho, continúa presentándose en la actualidad, como una manifestación palpable y no superada de los intereses tremendamente divergentes en nuestra compleja sociedad.

Al respecto, y con motivo de la celebración de los primeros 20 años de la Constitución de 1991, se hicieron todo tipo de comentarios sobre los efectos concretos del Estado social de derecho, que se acordó como Carta de navegación para una sociedad más incluyente e igualitaria. La mayoría de los analistas coincidieron en señalar que, salvo avances significativos en relación con la cobertura en salud y educación, en otros campos y especialmente en lo referente a los temas económicos, sociales y laborales, los efectos habían sido negativos hasta entonces, en términos generales.

Como ejemplo de comentarios sobre el cumplimiento de la Carta de 1991, se cita a Alejandro Gaviria, quien escribió en *El Espectador*, el día 12 de junio de 2011, y formuló, entre otros, los siguientes:

El Estado social de derecho ha tenido más efectos simbólicos que reales. Se cambió el discurso, pero no la realidad. El desempleo y la informalidad laboral aumentaron de manera significativa, se convirtieron en una realidad inescapable, trágica para la mayoría de los colombianos sin educación universitaria. La exclusión económica pudo mucho más que la inclusión social promovida por la Constitución de 1991. Las grandes disparidades sociales tampoco disminuyeron. Todo lo contrario. La desigualdad del ingreso aumentó, primero rápidamente y después a un ritmo menor. Los indicadores actuales de concentración del ingreso son los mayores de los últimos 50 años. Resulta paradójico que, precisamente en el vigésimo aniversario de la promulgación de la Constitución de 1991, Colombia haya pasado a ser el país más desigual de América Latina. Al fin y al cabo, el Estado social de derecho tenía como objetivo preponderante la reducción de las desigualdades sociales. Pero la realidad económica fue más fuerte que la ficción constitucional.

Las explicaciones a la paradoja anterior abundan. Algunos culpan a las reformas liberales de los años noventa. Otros, a la corrupción y a la confusión de competencias entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos regionales. Otros más, a la inseguridad y la violencia. Sea cual fuere la explicación, el contraste entre las intenciones y los resultados es innegable.

Cinco años después del vigésimo aniversario de la promulgación de la Constitución de 1991, la situación antes descrita no ha mejorado substancialmente y en algunos aspectos incluso, tiende a desmejorar aún más. En el campo laboral específicamente, casi inmediatamente entró en vigencia la Constitución de 1991, aparecieron y continúan en el escenario, razonamientos y estrategias de diferente orden, con la finalidad de no cumplir las disposiciones pertinentes y en consecuencia desconocerlas, o de cumplirlas parcialmente, o de

darles un alcance diferente o de suprimirlas del ordenamiento, o cambiarlas por normas mucho menos favorables, en todo caso, para menoscabar los principios y derechos, violando las prohibiciones y todo el blindaje constitucional que en materia laboral y de seguridad social se estableció, como ya se anotó en párrafos anteriores.

No cabe duda que, desde la misma fecha de promulgación de la Constitución de 1991, se desataron diversas estrategias que están vigentes, para desconocer el nuevo orden constitucional, alentadas por sectores retrógrados, ciegos o, por los menos, miopes y, en consecuencia, incapaces de comprender o de aceptar la dinámica de los cambios sociales que se derivan de la perspectiva de una sociedad más incluyente. Sectores unidos por la codicia o lucro sin límite, por la insolidaridad y la defensa de grandes privilegios económicos y sociales, se han convertido en verdaderos obstáculos a la aplicación real y efectiva de los principios y derechos que, en materia laboral y de seguridad social consagró la Constitución de 1991.

No puede existir, entonces, duda alguna de la gran incidencia económica, política y social del capital financiero internacional y las multinacionales. Además, establecen en algunos casos lo que se denomina alianzas estratégicas con capitales nacionales, para así cerrar el círculo del control real de la sociedad en aspectos determinantes, como los antes anotados. Se sabe que actúan con estrategias debidamente coordinadas bajo los parámetros que han diseñado a través de la denominada política neoliberal, que tiene como objetivos centrales reducir en grado máximo el papel del Estado. Pretenden acabar con el Estado intervencionista y en el caso colombiano, acabar o replantear el Estado social de derecho, y que la economía y la sociedad entera se rija por las leyes del mercado y el lucro, en donde todo es una mercancía que se compra, se vende o se negocia por diferentes modalidades. Obviamente, el trabajo del ser humano es una simple mercancía y así se trata, a tal punto que hoy ya es común hablar del “mercado laboral.”

Al respecto, y con el ánimo de ilustrar un poco más esta visión general del neoliberalismo, se transcribe a continuación, parte de un artículo del escritor y analista social William Ospina:

En los últimos treinta años, se abrió camino, no como un azar de la historia ni como una ineluctable tendencia de las fuerzas económicas, sino como un programa consciente de los grandes poderes del mundo, la decisión de minimizar el papel del Estado, abandonar la idea de lo público y dejar en poder del mercado y de su mano invisible el manejo de las sociedades.

Los viejos Estados responsables, protectores de la familia y del trabajo, de la educación, de la salud y de la iniciativa cultural son destituidos de esas funciones; se busca que el mercado dirija el empleo y el consumo, que la salud y el sistema de pensiones sean problemas particulares, que la educación se

convierta en un apéndice del mundo empresarial y que la cultura se sostenga a sí misma mediante lo que cada vez llaman con más entusiasmo los ministros de Cultura, la industria cultural.

Como decía hace poco una viñeta de ‘El Roto’ en El País de Madrid, “El Estado y el mercado se han casado por todo lo alto”. Esa política arrasadora, construida sobre la ruina del socialismo soviético y sobre el desprestigio de los regímenes totalitarios nacidos de varios experimentos revolucionarios en el siglo XX, se abrió camino en el mundo a través de los gobiernos neoliberales, y con la ayuda invaluable de unos medios de comunicación que se presentan a sí mismos como la voz imparcial de la opinión pública y como los defensores de los grandes valores de la civilización, pero que muy a menudo militan en el bando de una política concreta, de la que el mercado omnipotente es el amo y el gran ventrílocuo.

“En el mundo entero se ha instaurado un modelo en el cual la suerte de millones de personas es menos importante que los rendimientos del capital, y no hace muchos días se reveló la escandalosa noticia que el uno por ciento de los habitantes del mundo son dueños de la mitad de la riqueza mundial. Estos datos duelen más en sociedades como las nuestras, donde la concentración de la riqueza y la desigualdad se traducen en violencia, marginalidad, y desdicha para millones de personas”. (22 de febrero de 2014)

Así las cosas, para los intereses y fines del neoliberalismo y de los sectores que detentan inmensas fortunas, y por lo tanto grandes privilegios económicos, políticos y sociales y que no aceptan una distribución del ingreso más equitativa para las clases menos favorecidas, así como para quienes se dedican a actividades delictivas altamente lucrativas, que desde luego también generan acceso a privilegios e influencias de todo tipo. El Estado social de derecho es un gran obstáculo que hay que soslayar, o aplicar con distorsionadas interpretaciones, o en otros casos, replantear y modificar selectiva y paulatinamente, a través de actos legislativos, o de reformas al nivel legal que, con sofisticadas y eufemísticas razones como las de la flexibilización laboral y la sostenibilidad fiscal, han venido en realidad desmontando los principios y derechos laborales, entre otros, de la Constitución de 1991. Sin duda alguna, en esos propósitos viene trabajando desde la promulgación misma de la citada Constitución.

Resulta entonces fácil deducir, quiénes son los responsables del incumplimiento de la Constitución en temas como el laboral, y porqué los trabajadores se ven forzados en muchas ocasiones a la huelga, al paro y la protesta, y a instaurar cada año miles de procesos ordinarios y de acciones de tutela para reclamar el cumplimiento real y efectivo de sus derechos fundamentales y legales, vulnerados por las propias autoridades públicas y por empleadores del sector privado, en no pocos casos. Según las estadísticas oficiales, en la última década se han instaurado más de cuatrocientas cincuenta mil tutelas, en promedio

anual. Por lo menos, el treinta por ciento corresponden al tema laboral y de la seguridad social. Adicionalmente se observa que, si las autoridades públicas y el sector privado cumplieran la Constitución, en los temas laborales y de salud solamente, se acabaría en alto porcentaje la congestión judicial que critican justamente quienes la originan.

En este orden de ideas, se entiende fácilmente que la Ley 100 de 1993 es un ejemplo del neoliberalismo en acción y de otros enemigos del Estado social de derecho, pues lograron que importantes recursos de las pensiones, de las cesantías, de la salud y de los riesgos, fueran entregados al capital privado internacional y nacional para su manejo conforme a las mejores conveniencias del capital privado. Este hecho constituye, sin duda alguna, una clara reducción de las obligaciones sociales del Estado y un fortalecimiento del mercado de capitales que comenzó a manejar billones de pesos aportados por los trabajadores. La ley estableció, además, la coexistencia de dos regímenes pensionales con características antagónicas: El llamado de ahorro individual con solidaridad, que de solidario no tiene nada, administrado por los fondos privados de pensiones, que en realidad no son pensiones, sino cuentas de ahorro individual de los trabajadores, sometidas a los vaivenes del mercado financiero, y el sistema de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales (ISS) (ahora Colpensiones), este sí de solidaridad intergeneracional, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública.

El sistema pensional manejado por los fondos privados, es tan regresivo que miles de trabajadores, que inicialmente se dejaron motivar por sofisticada publicidad y que luego se dieron cuenta del grave error que habían cometido, se han regresado al sistema de prima media con prestación definida. Citaremos solo algunas de las más graves desventajas del régimen privado: Se trata de un sistema insolidario, que traslada la responsabilidad de los riesgos de invalidez, vejez y muerte (IVM) del Estado y la sociedad a cada persona, de tal forma que solamente de las posibilidades económicas de cada persona depende que pueda contar con recursos para la vejez, cuando ya no pueden sostenerse por sí mismas, sin que al Estado o a la sociedad le importe reconocer los esfuerzos y aportes que hizo la persona para el progreso de la sociedad y sus patronos públicos y/o privados.

La gran cantidad de dinero manejado por el sector privado, constituye una conversión de factores de rentabilidad social en factores de rentabilidad financiera, especulación y lucro. De esta forma, se incrementa aún más, la concentración de la riqueza y se aumentan las desigualdades sociales. Así mismo, el sistema de ahorro individual es altamente discriminatorio, pues solamente menos del 2% de los afiliados que son de ingresos altos podrán retirarse y disfrutar de sus ahorros antes de la edad requerida, ya que el resto no tiene sino la opción de esperar la edad y recibir unos recursos inciertos y pírricos, dependiendo de los vaivenes del mundo financiero. Bajo el sistema de prima

media, con prestación definida el afiliado puede calcular el monto de su pensión y el momento preciso en el cual puede entrar a recibirla. Las mesadas pensionales del sistema manejado por el ISS, ahora Colpensiones, tienen carácter vitalicio, mientras que en el sistema privado dependen de lo que se pacte dentro de las autorizaciones de ley. En algunas modalidades el afiliado recibirá sus ahorros en forma periódica, solo hasta que se le agoten.

La Ley 100 consagró, en su artículo 36, un régimen de transición en materia pensional, con una redacción contradictoria plasmada en sus incisos segundo y tercero. Esto ha ocasionado diferentes interpretaciones en vía administrativa, y en vía judicial por parte de las altas cortes y los demás operadores judiciales, con graves perjuicios, en no pocos casos para los servidores públicos y los trabajadores particulares. Generalmente, el ISS, ahora Colpensiones, aplica la interpretación menos favorable al momento de reconocer y liquidar los montos de las mesadas pensionales, con violación clara de las disposiciones del artículo 53 de la Carta, que ordena aplicarle al trabajador la interpretación más favorable en casos de duda, y sin atender además, los precedentes jurisprudenciales, obligando al trabajador a acudir a la vía judicial para la protección y aplicación concreta y efectiva de sus derechos derivados del régimen de transición.

Para quienes no cumplen los requisitos del régimen de transición, la Ley 100 estableció un sistema de liquidación del ingreso base de las mesadas pensionales (IBL) bastante regresivo, pues es el promedio de lo devengado en tiempo inferior a diez años que les faltare para causar el derecho, y si fuere superior será el promedio de lo devengado en todo el tiempo laborado. Además, aumentó las edades a partir del 2014, y el número de las semanas a cotizar para acceder a la pensión (artículos 21 y 36).

Este nuevo sistema de establecimiento del IBL es, en términos generales, altamente desfavorable, según reiterados estudios que al respecto se han realizado y que ya hoy son muy conocidos. Aquí cabe preguntar también: ¿En dónde quedaron las normas constitucionales que prohíben la regresión en materia laboral y de seguridad social? Sobra comentar que este nuevo sistema de liquidación de las mesadas pensionales también recibió, en su momento, el aval de exequibilidad.

Se deduce también, el origen de varias disposiciones de la Ley 789 de 2002, denominada Ley de flexibilización laboral, la cual, en oposición a la Carta de 1991, resultó más regresiva aún que la Ley 50 de 1990, en la medida que disminuyó las bases indemnizatorias para el caso de los despidos sin justa causa imputable al patrono. Igualmente, tanto la Ley 50 de 1990, como la Ley 789 de 2002, restringen a casos muy excepcionales el reintegro por despidos injustificados, lo cual resultó también atentatorio contra la estabilidad laboral en el empleo y, desde luego, una normatividad regresiva y, por lo tanto, opuesta al principio de progresividad laboral establecido por el artículo 53 Superior. Dichos cambios regresivos, se justificaron por los defensores de las teorías neoliberales

de la flexibilización laboral, con el argumento de la necesidad de disminuir las cargas laborales, para que los empresarios pudieran competir mejor en un mundo de comercio globalizado.

Siguiendo con la Ley 789 de 2002, es pertinente reseñar que, prolongó la jornada laboral diurna hasta las diez de la noche, con el fin de pagar a los trabajadores que laboren de seis a diez p.m., un recargo extra diurno, y no nocturno que es más alto. Igualmente, se disminuyó el porcentaje a pagar por trabajo en dominicales y festivos. Se justificaron estos regresivos cambios, otra vez contra la Carta de 1991, con el argumento central de la necesaria solidaridad entre los trabajadores, pues los empresarios al ahorrar importantes sumas por los conceptos anteriores, dedicarían esos recursos a crear nuevos puestos de trabajo. Años después y al final del gobierno del presidente Uribe, se estableció que, en algunas grandes empresas, el número de trabajadores no solamente no había aumentado, sino que había disminuido y, en otras, los nuevos puestos de trabajo eran muy inferiores a las proyecciones iniciales. En este caso, resultaron unos ganadores y unos perdedores netos. Llama la atención que todas estas normas regresivas fueron, en su momento, también declaradas exequibles.

En la actualidad hay negociaciones del Gobierno con el sector empresarial, para tratar de regresar, aunque sea en parte, estas medidas regresivas en cuanto a las horas extras de seis a diez p.m., pero se sabe que los empresarios no han estado dispuestos a la solidaridad con los trabajadores en esta ocasión, tal como lo hicieron los trabajadores con los empresarios. Lo cierto es que, otra vez, los perdedores en la práctica han resultado ser los trabajadores, pues estas reformas son regresivas.

Con el Acto Legislativo número 1 de 2005, se pasó de las reformas e interpretaciones regresivas del nivel legal y reglamentario, a las reformas regresivas ya más definitorias y de muy alto rango en la escala jerárquica normativa, con el fin de consolidar y asegurar en el tiempo las consecuencias de dichas reformas. Para nada importó que dicho acto legislativo fuera contradictorio en sí mismo y, además, con respecto a disposiciones originarias de la misma Constitución de 1991. Este acto legislativo adicionó el artículo 48 de la ley superior, y en su inciso segundo dice que respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley, pero que las leyes que se expidan en materia pensional hacia el futuro deberán asegurar la sostenibilidad financiera, es decir, que dejó la puerta abierta para que, en protección de la susodicha sostenibilidad, se puedan disminuir o aún suprimir beneficios. Esta situación ya sucedió como veremos más adelante. Vuelve a reiterar el acto legislativo, en sus incisos tercero y quinto, que: “Sin perjuicio de los descuentos y deducciones de ley, o de embargos legalmente decretados, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho” (inciso tercero) “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos” (inciso quinto).

En su inciso sexto dice el acto legislativo, que todos los requisitos y beneficios en materia pensional establecidos por la Ley 100, serán respetados y que no podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo establecido en la Ley 100. No obstante, en el mismo acto en su parágrafo 4, se acortó el término del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100. Igualmente, para preservarlo estableció el nuevo requisito de 750 semanas cotizadas para el momento de entrar en vigencia el acto legislativo. Es decir, cambió por completo el término de vigencia del régimen de transición, recortándolo de manera drástica y le estableció nuevos requisitos para poder conservarlo en los términos iniciales de la Ley 100. Todo esto, en una actitud pasmosamente contradictoria.

Por otro lado, eliminó la mesada catorce para las pensiones que se causen a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo y limitó el monto de las mesadas pensionales a veinticinco salarios mínimos legales, para las pensiones que se causen a partir del 31 de julio de dos mil diez. Acabó, igualmente, los regímenes pensionales especiales y exceptuados que favorecían a algunos trabajadores y, solamente dejó los regímenes especiales del presidente, de la fuerza pública, y del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, a quienes se les aplicará el régimen de pensiones de alto riesgo. En el parágrafo segundo, y en contravía de lo dispuesto en los artículos 53 y 55 de la misma Constitución, estableció que, a partir de la vigencia del acto legislativo, las convenciones, pactos colectivos, laudos o actos jurídicos, no pueden establecer condiciones diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.

Lo anterior es, desde luego, contrario al derecho de negociación colectiva y la concertación laboral, consagrados no sólo en la misma Carta, sino también en el Pacto 98 de la OIT, aprobado por la Ley 27 de 1976. Este pacto es parte de la legislación interna colombiana, de conformidad con el propio artículo 53 Superior. Justamente las convenciones, pactos o laudos tienen entre otras cosas, como objetivo importante, obtener mejores condiciones o beneficios económicos y de otro orden respecto a lo consignado en la ley. Con esta disposición se les recortan las alas a estos mecanismos de negociación y concertación, que en ciertos sectores productivos pueden justificarse y contribuir a unas relaciones laborales mucho más equilibradas.

De la anterior revisión general del acto legislativo, no cabe duda de las grandes contradicciones en que incurrió, por una parte; y por la otra, de que existe una acción sistemática para recortar y desregular o eliminar conquistas o beneficios laborales obtenidas por los trabajadores. Además, quedó abierta la puerta para que el Estado, a través del Gobierno y el Congreso de turno, siga por esa hoja de ruta, aplicando la política de la sostenibilidad financiera en materia pensional y en otros derechos, cada vez que así lo decidan las fuerzas que detentan el poder real en la sociedad colombiana. Con este acto legislativo, las concepciones y

normas de la Constitución de 1991, sobre progresividad y no regresividad en materia laboral y de seguridad social, quedaron seriamente lesionadas.

Mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2011 y la Ley 1473 del mismo año, se establecen a nivel constitucional normas sobre sostenibilidad fiscal. Este acto legislativo fue declarado exequible por la Sentencia C-288 de 2012, con salvamento y aclaraciones de voto. La ley antes mencionada no fue estudiada por ineptitud sustantiva de la demanda. Sobre los efectos de la sostenibilidad fiscal se han hecho muy completos estudios sobre los antecedentes internacionales y nacionales de esta política, y así mismo se han expresado opiniones divergentes al respecto.

En términos generales, se trata de una política economicista que se introdujo en el texto constitucional, modificando el contenido y alcance de los artículos 334, 339 y 348 de la C. P. de 1991. Según algunos analistas, se presenta una intromisión del poder Ejecutivo en las demás ramas y órganos del poder público, tanto a nivel central como descentralizado, para condicionar que sus decisiones estén dentro de los parámetros establecidos por el acto y las normas que lo desarrollen como la Ley 1473 de 2011. Así las cosas, se violarían normas superiores sobre la separación de poderes para que el poder controle el poder. Otros consideran, que el cumplimiento real y efectivo de las normas que establecieron principios, garantías y derechos que conforman el Estado social de derecho que tiene como objetivo central al ser humano, quedaron supeditadas a los balances presupuestales del Estado, es decir, a la disponibilidad de recursos económicos. Así las cosas, toda la acción del Estado queda sometida en la práctica a la prioridad del enfoque económico.

Respecto a la rama judicial, su autonomía e independencia para decidir según los artículos 228 y 230 de la Carta, quedó seriamente disminuida, pues la efectividad de sus decisiones que impliquen erogaciones económicas a cargo del Estado y que puedan afectar la sostenibilidad fiscal, podrán ser moduladas, modificadas o diferidas a solicitud del procurador o los ministros del Gobierno, mediante un incidente de impacto fiscal, salvo cuando se trate de decisiones que protejan el núcleo esencial de derechos constitucionales fundamentales.

En cuanto se refiere al tema laboral y de seguridad social, entre otros temas, la facultad legislativa del Congreso, y la normatividad en general, quedaron igualmente sometidas a esta política (salvo que esté de por medio el núcleo esencial de derechos constitucionales fundamentales) y, por lo tanto, nuevamente los principios de progresividad y no regresividad desarrollados por la normatividad original de la Constitución de 1991, quedaron sustituidos por las nuevas normas constitucionales de sostenibilidad fiscal, razón por la cual, entre otras, fue demandado el acto legislativo. Pero la Corte Constitucional consideró que no se presentaba una sustitución de la Constitución de 1991, ni una violación a la normatividad sobre separación de poderes, ni una afectación a derechos constitucionales fundamentales, sino, por el contrario, un instrumento



necesario para que el Estado pueda cumplir con sus fines, en una sociedad de crecientes e imperativas obligaciones sociales.

Justamente, en desarrollo de la política de sostenibilidad fiscal y de los principios de solidaridad, igualdad y equidad, se profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual la Corte Constitucional estudió nuevamente el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y su parágrafo, y los declaró inexecutable en parte. Mediante esta controvertida sentencia, que se profirió por una Sala mixta de magistrados titulares de la Corte y de conueces de la misma, se estableció un límite de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes a las pensiones, a partir del 1º de julio de 2013, sin importar que se hubieren causado conforme a la ley, antes del 31 de julio de 2010, y que ya constituyeran derechos adquiridos en cuanto se venían recibiendo en forma legal antes de la precitada fecha.

El Acto Legislativo No. 1 de 2005, en su parágrafo primero fue muy claro en disponer que, a partir del 31 de julio de 2010, no pudieran causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública. No obstante, la claridad de la norma anterior, la sentencia en mención estableció otras disposiciones que chocan, a primera vista, con las propias funciones de la Corte Constitucional que, según el artículo 241 de la Carta, son las de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, mas no las de reformarla o sustituirla.

En este orden de ideas, y por simple observación, es claro que esta sentencia modificó disposiciones del Acto Legislativo No. 1 de 2005. Es decir, la Corte Constitucional legisló, como suele decirse por algunos críticos de la Corte, no solamente con motivo de esta sentencia. Si bien es cierto que en el acápite de la sentencia referente al objeto de la misma, la Corte explica que solamente se trata de examinar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y que, de ninguna manera, se pueden extender los alcances de la sentencia al régimen ordinario pensional, o a las pensiones de régimen de transición a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o a otras pensiones de régimen especial, pues solamente se refiere al régimen de las pensiones de los congresistas y de otros funcionarios que se pueden acoger a dicho régimen, como los magistrados de las altas cortes, los procuradores y fiscales delegados ante las altas cortes, el fiscal general de la nación, el procurador general de la nación, el contralor general de la República, el defensor del pueblo y el director ejecutivo de Administración Judicial; los medios de comunicación y algunos sectores económicos interesados, presentaron la información como si la sentencia se refiriera a todo el sistema pensional.

Como consecuencia de esta sentencia, se procedió en forma inmediata a rebajar las mesadas pensionales de quienes estuvieren devengando más de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, incluso a personas a quienes no debían aplicarse los efectos de la misma. Esta actitud unilateral de las entidades responsables del pago de las pensiones, es claramente violatoria del debido proceso y los derechos de defensa y audiencia, cuando se trata

de revocar totalmente o parcialmente una pensión, o una prestación social de carácter económico. En efecto, la propia Corte Constitucional, cuando examinó la constitucionalidad de los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, dispuso mediante Sentencia C- 835 de 2003, que a nadie se le podía revocar o reducir una pensión, o una prestación social de carácter económico, sin observar rigurosamente los trámites establecidos por el Código Contencioso Administrativo de entonces, para el caso de la revocatoria directa, en donde es imperativo garantizar el derecho de audiencia y defensa de las personas a quienes se les pretende revocar o reducir un derecho de carácter económico con anterioridad, reconocido por las autoridades respectivas.

Estos hechos, derivados del texto y de la ejecución de la Sentencia C-258 de 2013, causaron alarma en varios sectores sociales, en la medida que los ciudadanos afectados directamente fueron puestos en una situación de indefensión. Por lo anterior, y con el fin de proteger sus derechos adquiridos con arreglo a la ley, como lo establece el artículo 58 Superior y, en defensa del ordenamiento constitucional vulnerado, así como de los precedentes jurisprudenciales de la propia Corte Constitucional en este tema de la seguridad social en materia pensional, se vieron obligados a instaurar demandas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un número superior a las ciento cincuenta reclamantes instaurada por la Asociación de Exmagistrados (Asomagister) y por la Asociación de Excongresistas pensionados, entre otros afectados.

Esta Sentencia C-258 en comentario, se encuentra entonces seriamente cuestionada, y será la justicia internacional a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José, (Costa Rica), la que decida definitivamente sobre la legalidad de tan sorprendente sentencia, proferida justamente por la Corte Constitucional. El respeto a la Constitución, al debido proceso, a los derechos adquiridos y a la seguridad jurídica, así como a los principios de progresividad y no regresividad; de situación más favorable al trabajador, buena fe y confianza legítima, en el tema pensional de las personas a quien se dirigió la sentencia, quedó ciertamente vulnerado, y por lo mismo, se justifica que se hayan ya iniciado acciones ante la justicia internacional, con miras a solucionar tan preocupante y lesiva situación.

Se puede decir, que ya nadie está seguro de lo que pueda suceder con las disposiciones constitucionales que garantizan derechos fundamentales de los trabajadores, si mediante una sentencia de constitucionalidad, con el pretexto de proteger la sostenibilidad fiscal y de aplicar los principios de solidaridad, entre otros, se puede modificar o cambiar la Carta. Este mecanismo de modificación de la Carta no está previsto en su texto, pero ya se aplicó mediante la sentencia en comentario.

#### 4. CONCLUSIONES

Se han desmejorado, sustituido y eliminado garantías y beneficios en materia laboral y de la seguridad social, y que la situación para los empleados

y trabajadores era mucho mejor antes de la Constitución de 1991, tal como lo hemos analizado, en el entendido que diferentes actores influyen dejando de lado la carta política.

Hacia el futuro, las perspectivas no son alentadoras, pues por exigencias de la (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y del (Fondo Monetario Internacional (FMI), en aplicación de las políticas neoliberales que nos vienen recetando con insistencia, ya se viene anunciando una nueva reforma pensional, con el propósito de aumentar la edad, el tiempo de semanas cotizadas, el porcentaje de aportes y la disminución del monto de las mesadas pensionales, para igualar paulatinamente el sistema de prima media con prestación definida, que sí es de solidaridad intergeneracional, al desfavorable y privado de ahorro individual.

Respecto de lo que pueda suceder en el campo laboral, siempre será importante la participación de los trabajadores y su dirigencia, en todos los asuntos que les conciernan, de conformidad con los artículos 40 y 103 de la Carta; sobre todo, si se actúa con buenos conocimientos de la realidad, con profesionalismo y objetividad; con actitud dinámica, moderna, dialogante, creativa y propositiva.

Con fe en un mejor futuro, se considera que si, en lugar de más regresión laboral justificada con argumentos neoliberalistas respecto de la economía y la sostenibilidad financiera, vinieran buenos acontecimientos con incidencia positiva en el mundo del trabajo, como por ejemplo, la erradicación, o por lo menos la progresiva disminución del desfalco sistemático del erario público, así como el control a la evasión del pago de impuestos y de aportes para la seguridad social y parafiscales; fenómenos éstos que, sumados, superaron más de doce billones de pesos en el 2014, según la misma información oficial procedente del DANE, DIAN, UGPP y la Oficina Anticorrupción, habrían recursos suficientes para disminuir, al menos de manera importante, la grave informalidad laboral en el campo y en el sector urbano, y para fomentar la creación de empleos decentemente remunerados, y desde luego para pagar en general, mejores salarios y prestaciones sociales a los empleados y trabajadores, nivelando por lo alto, progresivamente a quienes hoy están en las escalas más bajas.

Adicional a lo anterior, si realmente se hiciera la redistribución del ingreso que está pendiente, para combatir la grave desigualdad que existe al respecto, se estaría haciendo una concreta contribución al desarrollo con equidad y justicia económica y social, vía ineludible para lograr la paz verdadera y duradera de que hoy tanto se habla, y que todos anhelamos. Amanecerá y veremos.



# EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LA JUSTICIA LABORAL CON BASE EN LAS CONVENCIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: CAMINOS PARA LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL\*

*Jânia Maria Lopes Saldanha\*\**

*Lucas Pacheco Vieira\*\*\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo nace de una pregunta, crece en la reflexión de precedentes del Supremo Tribunal Federal y culmina en la señalización de un nuevo camino técnico para las decisiones que se relacionen con normas oriundas de convenciones internacionales de derechos humanos, ratificadas por Brasil.

La referida pregunta es la siguiente: “si tenemos un tratado que tutela determinado derecho considerado “humano” y al que Brasil adhiere, ¿qué debemos hacer?” (HC 87.585), hecha por el ministro Cezar Peluso a sus pares, durante discusión del *Habeas Corpus* 87.585/TO, el 03 de diciembre del 2008. El ministro Celso de Mello, prontamente respondió: “Debemos interpretar la convención internacional y promover, si es el caso, el control de convencionalidad de los actos estatales internos y domésticos, en orden de impedir que la legislación nacional transgreda las cláusulas inscritas en tratados internacionales de derechos humanos.” (HC 87.585). El posicionamiento del ministro Celso de Mello sobre la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, de equiparación a las normas constitucionales, no prevaleció,

---

\* El presente artículo fue publicado en *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo III, Volumen III, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2012, pp. 189-206, pero por su importancia, el Comité Editorial, por sugerencias de los editores académicos ha determinado insertarlo dentro de la presente edición.

\*\* Doctora en Derecho. Docente del Curso de Derecho de la UFSM. Docente del Programa de Postgrado en Derecho y del Curso de Derecho de la UNISINOS. Este artículo fue producido en el ámbito de la investigación titulada “Entre el neoliberalismo y la democratización: Los informes del Banco Mundial y los Impactos para la Reforma del Poder Judicial brasileño conforados al imperativo de la disfuncionalidad estructural” realizado bajo los auspicios del CNPQ.

\*\*\* Graduando del 6º Semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Federal de Santa María. Investigador del Grupo de Estudios sobre la Internacionalización del Derecho.

venciendo la tesis de la supralegalidad, sostenida por el ministro Gilmar Mendes, en aquel momento presidente del Supremo Tribunal Federal. A pesar de eso, el tema del control jurisdiccional de convencionalidad fue puesto en evidencia.

En seguida, reflexionamos en relación con lo que nos pueden decir los precedentes del Supremo Tribunal Federal sobre la admisión de tratados internacionales. Ponderamos si es posible considerar los derechos laborales como derechos humanos y, de esta forma, cualificar las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como tratados de derechos humanos, de manera que alcancen nivel de supralegalidad en el ordenamiento patrio.

El nuevo camino técnico, es la realización del control difuso de convencionalidad de las leyes por jueces y tribunales laborales con base en las convenciones de la OIT. Mucho más que mera técnica, la realización del control jurisdiccional de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales, en realidad consiste en la correspondencia de los actos de la jurisdicción a una de las expresiones de la internacionalización del derecho, que es la constitucionalización del derecho internacional. Se abordan cuestiones como la forma de efectuar el mencionado control, el cambio que la concesión de estatus supralegal a las referidas convenciones provoca en la fundamentación de las decisiones y los efectos, y momento procesual adecuado para realizar el control difuso de convencionalidad.

## 2. LA PREGUNTA QUE ABRIÓ LAS PUERTAS PARA EL DEBATE

El día 03 de diciembre del 2008, el Supremo Tribunal Federal juzgó, conjuntamente el *Habeas Corpus* 87.585, el Recurso Extraordinario 349.703 y el Recurso Extraordinario 466.343-1. El tema de los tres casos era la prisión civil del depositario infiel. Durante un largo período, el Supremo Tribunal Federal se posicionó favorablemente a la prisión civil del depositario infiel<sup>61</sup>, no como pena,

<sup>61</sup> Citamos algunos juicios. Bajo la vigencia de la Constitución de 1946: Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 31.423. Relator: Min. Luis Gallotti. Brasilia, el 13 de diciembre de 1950. Disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso: 20 de julio de 2010. Bajo la vigencia de la Constitución de 1967: Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinario en *Habeas Corpus* 44.947. Relator: ministro Víctor Nunes. Brasilia, el 01 de abril de 1968. Disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso: 20 de julio de 2010. Bajo la vigencia de la Constitución de 1969: Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario 69.404. Relator: Min. Aliomar Baleiro. Brasilia, el 05 de junio de 1970. Disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso: 20 de julio de 2010. Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 49.664. Relator: Min. Bilac Pinto. Brasilia, el 28 de septiembre de 1972. Disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso: 20 de julio del 2010. Bajo la égida de la Constitución de 1988: Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 70.625. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasilia, el 22 de octubre de 1993. Disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso: 20 de julio de 2010. Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 81.813. Relator: Min. Moreira Alves. Brasilia, el 11 de junio de 2002. Disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso: 20 de julio de 2010. Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 92.257. Relatora: Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha. Brasilia, el 25 de febrero de 2008. Disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso: 20 de julio de 2010 - este fue el último juicio encontrado que reconoció la legalidad de la prisión civil de depositario infiel.

sino como forma de coerción procesual. En este juicio la Corte Suprema consolidó el entendimiento contrario, que empieza a despuntar con mayoría en el inicio del juicio del Recurso Extraordinario 466.343-1, de relatoría del ministro Cezar Peluso, el 22 de noviembre del 2006, como registra el informativo 450 del STF. En esta fecha, el ministro Gilmar Mendes ya adoptaba también su posición sobre la cuestión de la supralegalidad de los tratados de derechos humanos:

Entiendo que, desde la ratificación, por Brasil, sin cualquier reserva, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 11) y de la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (art. 7º, 7), ambos en el año de 1992, ya no hay base legal para la prisión civil del depositario infiel, pues el carácter especial de esos diplomas internacionales sobre derechos humanos les reserva lugar específico en el ordenamiento jurídico, estando por debajo de la Constitución, pero por encima de la legislación interna. El estatus normativo supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Brasil, de esa forma, hace inaplicable la legislación infraconstitucional con él incompatible, sea ella anterior o posterior al acto de ratificación. Así ocurrió con el art. 1.287 del Código Civil de 1916 y con el Decreto Ley nº 911/1969, así como con relación al artículo 652 del Nuevo Código Civil (Ley nº 10.406/2002). (Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso, 2008).

La importancia del juicio conjunto del día 03 de diciembre del 2008 para este trabajo, reside exactamente en la creación de un precedente judicial en el Supremo Tribunal Federal que afirma la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos como supralegal, o sea, por encima de las leyes internas y por debajo de la Constitución Federal. El principal defensor de esa corriente fue el ministro Gilmar Mendes, seguido de los ministros Carlos Britto, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski y Menezes Direito. La corriente minoritaria, que concedía equiparación con las normas constitucionales, fue defendida por el ministro Celso de Mello, seguido de los ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie y Eros Grau. El ministro Marco Aurélio prefirió no manifestarse sobre el tema y el ministro Joaquim Barbosa tampoco se posicionó.

El ministro Gilmar Mendes, expresó con precisión el significado del nuevo posicionamiento del Supremo Tribunal Federal:

El Supremo Tribunal Federal acaba de proferir una decisión histórica. Brasil adhiere ahora al entendimiento ya adoptado por muchos países en el sentido de la **supralegalidad** de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno. [...] No podemos olvidar que Brasil está inserto en ese contexto latinoamericano, en el que estamos todos sometidos a un orden comunitario en materia de derechos humanos; un orden positivo expresado en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuya protección jurídica sigue avanzando a través del provechoso trabajo

realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso, 2008).

La tesis vencida fue defendida por el ministro Celso de Mello, con base principalmente en el concepto de bloque de constitucionalidad, “que es la sumatoria de aquello que se añade a la Constitución escrita, en función de los valores y principios en ella consagrados” (HC 87.585), conforme definición del decano de la Corte y que puede ser entendido, más largamente, como el conjunto de derechos de la persona asegurado por las Constituciones y por el derecho internacional de los derechos humanos, sea derivado de las fuentes convencionales, de las costumbres, del *jus cogens* o de los derechos implícitos expresamente incorporados a los sistemas jurídicos internos por fuerza de lo que dispone el artículo 29, letra “c”<sup>62</sup>, de la Convención Americana de Derechos Humanos, límites esos que se constituyen en afirmación de compromisos del Estado en el área internacional. De este modo, antes de ser una debilidad de la soberanía pueden ser entendidos como afirmación de ella propia.

Fue en este juicio conjunto, más específicamente en el *Habeas Corpus* 87.585, que el ministro Celso de Mello respondió a la pregunta que dio oportunidad para producir este artículo, hecha por el ministro Cezar Peluso: “si tenemos un tratado que tutela determinado derecho considerado “humano” y al que Brasil adhiere, ¿qué debemos hacer?” (HC 87.585). La solución propuesta fue la promoción, si es el caso, del control jurisdiccional de convencionalidad de los actos estatales internos o domésticos.

Aun antes del cuestionamiento del ministro Cezar Peluso, el ministro Celso de Mello ya había comentado, al aclarar su posicionamiento al ministro Carlos Britto, sobre la posibilidad del ejercicio del control jurisdiccional de convencionalidad de las leyes:

**Propongo** que se reconozca *naturaleza constitucional* a los tratados internacionales, *sometiendo*, en consecuencia, las normas que integran el ordenamiento positivo interno y que disponen sobre la protección de los derechos y garantías individuales y colectivos a un **dobles** control de orden jurídico: *el control de constitucionalidad y, también, el control de convencionalidad, ambos*

<sup>62</sup> En el artículo 29 se encuentran las normas de interpretación y señala: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. Acceso el 29 de julio de 2010.



incidiendo sobre las reglas jurídicas de carácter doméstico. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. HC 87.585. Relator: Min. Marco Aurelio, 2008).

Presentado el control de convencionalidad de las leyes por el ministro Celso de Mello en el Supremo Tribunal Federal, es importante hacer un análisis más detenido del tema, tanto jurisprudencial como doctrinario.

El control de convencionalidad surgió, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2006<sup>63</sup> <sup>64</sup>. En aquel juicio, la Corte de San José transmitió un mensaje claro a los magistrados nacionales:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros

<sup>63</sup> La doctrina especializada señala la Decisión 74 - 54 DC, del 15 de enero de 1975, proferida por el Consejo Constitucional francés, como el origen del control de convencionalidad. El caso envolvía la compatibilidad de una ley recién aprobada (relacionada a la interrupción voluntaria del embarazo) con la normativa internacional. Sobre eso, el Consejo Constitucional se declaró incompetente para ejercer el control de convencionalidad. Poco tiempo después, el 24 de mayo de 1975, la Corte de Casación decidió por la prevalencia de las normas internacionales sobre leyes ordinarias en el caso *Société des Cafés Jacques Vabre. Jimena Quesada, Luis. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los tribunales constitucionales en la Unión Europea?* VIII Congreso de la ACE. “Derecho constitucional europeo”. San Sebastián/ Donostia: 4-5 de febrero del 2010, p. 12. Disponible en: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acceso en: 22 de julio 2011.

<sup>64</sup> Ese es el primer juicio en que la Corte IDH se manifestó con respecto al control jurisdiccional de convencionalidad. Sin embargo, existen precedentes en que el juez Sérgio García Ramírez emplea la expresión y propone sus formas de aplicación. Cf. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrafo 27; Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrafo 3; Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas, 01 de febrero de 2006. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrafo 30; Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia, 26 de septiembre de 2006. Voto concurrente del juez García Ramírez, párrafo 6.

Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006).

Todavía en el año 2006, la CIDH destacó, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, que los órganos judiciales nacionales también deberían realizar un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este mismo caso, el juez Sergio García Ramírez, expandió el horizonte de aplicación del referido control para todos los tribunales nacionales en su voto, aventando la posibilidad de un control difuso:

12. Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener -como ha sucedido en algunos países- carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. (CIDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2006).

En Brasil, el control de convencionalidad fue defendido, por primera vez, por Valerio Mazzuoli en su tesis doctoral, en el año 2008. Según el doctrinador, “la compatibilidad del derecho doméstico con los tratados internacionales de derechos humanos en vigor en el país se hace por medio del control de convencionalidad, que es complementario y coadyuvante del conocido control de constitucionalidad.” (2009, p. 355). Aún, “el control de convencionalidad tiene por finalidad compatibilizar verticalmente las normas domésticas (las especies de leyes, *lato sensu*, vigentes en el país) con los tratados internacionales de derechos humanos por el Estado y en vigor en el territorio nacional.” (Mazzuoli, 2009, p. 355).

¿Y cuál sería la consecuencia de la declaración por un órgano jurisdiccional interno de que una norma doméstica no está en conformidad con un tratado de derechos humanos en vigor en el país? “La falta de compatibilización del derecho infraconstitucional con los derechos previstos en los tratados de que Brasil es parte, invalida la producción normativa doméstica, haciéndola dejar de operar en el mundo jurídico.” (Mazzuoli, 2009, p. 357). Esa nueva dinámica refuerza, seguramente, el impacto de los textos internacionales sobre derechos humanos de que Brasil sea signatario en el espacio interno, como demuestra el caso reciente de la creación de la *Súmula Vinculante* N° 25, que prohibió la prisión del depositario infiel.

El referido doctrinante, defiende que desde la Constitución Federal de 1988 existe en Brasil autorización para que se haga el control difuso de convencionalidad. El argumento está fundamentado en la idea de que las normas internacionales de derechos humanos tienen estatus de norma constitucional, en

virtud de lo que prevé el art. 5º, § 2º. Dice el texto: “§ 2º - Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte.” (Brasil, Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988). La interpretación que Mazzuoli hace es la de que, en primer lugar, la redacción prevé derechos implícitos en la parte “otros [derechos] derivados del régimen y de los principios por ella adoptados” (Mazzuoli, 2009, p. 350-354), entre los que se puede incluir el principio internacional *pro homine*. En segundo lugar, habría evidente equiparación con las normas constitucionales en el trecho “o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte” (Mazzuoli, 2009, p. 350-354).

Con eso, desde el texto constitucional de 1988, las leyes infraconstitucionales deberían pasar por un control difuso de convencionalidad material, a fin de cuentas, aún no había mecanismo de equiparación formal, por medio de enmienda constitucional, de las normas convencionales de derechos humanos con las normas constitucionales, lo que permitiría el control concentrado. De esa forma, desde 1988, los jueces y tribunales internos deberían realizar el control de convencionalidad, o sea, adaptar o conformar los actos o leyes internos a los compromisos internacionales asumidos por el Estado, que crean para estos deberes en el plano internacional.

Con la inclusión del § 3º al art. 5º de la Constitución Federal, que prevé forma de reconocimiento del carácter formal de constitucionalidad de las normas de las convenciones de derechos humanos, habría sido creado el control concentrado de convencionalidad de las leyes, para los casos en que hay aprobación según el trámite previsto. Como dice el doctrinador: “Lo que el art. 5º, § 3º del texto constitucional hizo fue tan solo atribuir “equivalencia de enmienda” a tales tratados, y no el estatus de normas constitucionales que ya detienen por el art. 5º, § 2º de la Constitución.” (Mazzuoli, 2009, p. 360). Y continúa: “una vez aprobado el tratado de derechos humanos por el *quorum* cualificado del art. 5º, § 3º de la Constitución, dicho tratado será *formalmente constitucional*, lo que significa que pasa a ser paradigma de control de la legislación infraconstitucional.” (Mazzuoli, 2009, p. 360).

En suma, los tratados no aprobados por el *quorum* cualificado del art. 5º, § 3º, tienen estatus de norma (apenas) materialmente constitucional, lo que les garantiza ser paradigma de control solamente difuso de convencionalidad; en caso de que hayan sido aprobados (y hayan entrado en vigor en el plano interno, tras su ratificación) por la sistemática del art. 5º, § 3º, estos tratados servirán también de paradigma del control concentrado de convencionalidad.

Con relación a la jerarquía de tratados internacionales es necesario mencionar que Valerio Mazzuoli cualifica como supralegales solo los tratados comunes de derechos internacionales, vale decir, los que no versan sobre derechos humanos.

Como no es este el tema tratado en el presente estudio, no haremos observaciones profundas sobre la jerarquía de los tratados comunes.

La tesis de Valerio Mazzuoli, se encaja en la corriente que defiende el carácter constitucional de los diplomas internacionales<sup>65</sup> desde la Constitución de 1988, capitaneada por Antonio Augusto Cançado Trindade y Flávia Piovesan. Hay que destacar que fue el profesor Cançado Trindade, quien propuso a la Asamblea Nacional Constituyente en 1987, la inclusión del § 2º al art. 5º en el texto constitucional que estaba siendo construido.

Los doctrinadores que se filian a esa corriente, entienden el § 2º del art. 5º de la Constitución, como cláusula abierta de recepción de otros derechos enunciados en tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Brasil. Con la incorporación de nuevos derechos por medio de tratados, la Constitución estaría atribuyendo a esos diplomas la jerarquía constitucional, y el § 1º del art. 5º aseguraría a dichas normas la aplicabilidad inmediata. Eventuales conflictos entre el tratado y la Constitución, deberían ser resueltos por la aplicación de la norma más favorable a la víctima, titular del derecho, tarea de los tribunales nacionales y otros órganos de aplicación del derecho. Así, el derecho interno y el derecho internacional estarían en constante diálogo de fuentes con el propósito común de defensa y protección de los derechos humanos.

Por otro lado, existe la corriente que defiende el carácter supralegal de los tratados de derechos humanos<sup>66</sup> que puede ser bien representada doctrinariamente por el ministro Gilmar Mendes. El ministro, aduce que la discusión en torno al estatus constitucional de los tratados de derechos humanos fue vaciada por la promulgación de la Enmienda Constitucional N° 45/2004. En términos prácticos, la inclusión del § 3º al art. 5º sería una declaración elocuente de que los tratados ya ratificados por Brasil, antes del cambio constitucional, y no sometidos al proceso legislativo especial de aprobación en el Congreso Nacional, no pueden ser comparados a las normas constitucionales.

Como constitucionalista, el ministro Gilmar Mendes defiende la supremacía de la Constitución de la República sobre los tratados internacionales, visto que, en nuestro sistema jurídico, la primacía de la Constitución es oponible al principio del *pacta sunt servanda*. (Meirelles; Wald; Mendes, 2009, p. 375). Los tratados sobre derechos humanos también son infraconstitucionales, consistiendo su diferenciación en tener lugar especial reservado en el ordenamiento jurídico, estando por debajo del texto constitucional y por encima de las leyes en general. De esta forma, la legislación infraconstitucional posterior que con ellos esté en

---

<sup>65</sup> En el derecho comparado, esta tesis está vigente, por ejemplo, en Argentina (art. 75 (22) de la Constitución argentina) y en Venezuela (art. 23 de la Constitución venezolana).

<sup>66</sup> Ese es el estatus de los tratados internacionales de derechos humanos en Alemania (art. 25 de la Ley Fundamental), en Francia (art. 55 de la Constitución francesa) y en Grecia (art. 28 de la Constitución griega).

conflicto, tiene su eficacia paralizada, a ejemplo de lo que ocurrió con el art. 652 del Código Civil de 2002 tras los citados juicios del 03 de diciembre de 2008.

La defensa del ministro Gilmar Mendes de la supralegalidad, está hecha con base en: (a) nuevas interpretaciones de las Cortes Constitucionales sobre el tema, que cada vez más adhieren al derecho internacional y comunitario en la aplicación del derecho<sup>67</sup> (b) en la doctrina del “Estado Constitucional Cooperativo” de Peter Häberle, y (c) en el argumento de que la Enmienda N° 45 acabó por resaltar el carácter especial de los tratados de derechos humanos con relación a los demás tratados de reciprocidad entre los Estados, “confiriéndoles lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico.” (RE 466.343).

Una tercera tesis doctrinaria<sup>68</sup> que busca conciliar las dos corrientes que fueron expuestas arriba, es la defendida por Luiz Flávio Gomes. El autor sigue la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, y aduce que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil, poseen nivel (apenas) supralegal. (Mazzuoli, 2009, p. 12). Teniendo en consideración que no cuentan con valor constitucional, sirven de paradigma (solamente) para el control difuso de convencionalidad, visto que el Supremo Tribunal Federal exige norma de estatus constitucional para hacer control concentrado de norma. En la visión de Luiz Flávio Gomes (2009), el control difuso de convencionalidad debe ser levantado en línea de preliminar, en cada caso concreto, cabiéndole al juez respectivo el análisis de esa materia antes del examen del fondo del pedido principal.

Con relación a los tratados aprobados por la mayoría cualificada del § 3° del art. 5° de la Constitución Federal, servirán de paradigma al control de constitucionalidad concentrado, ante la Corte Suprema, o difuso, ante cualquier juez, incluyéndose los del Supremo Tribunal Federal. Avanzando más sobre ese tema, Luiz Flávio Gomes (2009) argumenta que, en sede de control de constitucionalidad concentrado cabe admitir el uso de todos los instrumentos de ese control ante el Supremo Tribunal Federal para el control de convencionalidad, siendo posible ADIN (para contaminar la norma infraconstitucional de inconstitucionalidad e inconventionalidad), de

<sup>67</sup> La jurisprudencia de las Cortes viene reconociendo esa superioridad normativa del orden jurídico internacional. El profesor Malcolm Shaw anota los siguientes ordenamientos que prevén la prevalencia de los tratados internacionales sobre las leyes internas: **Francia** (Caso Café Jacques Fabre, Cour de Cassation, 16 Common Market Law Review, 1975); **Holanda** (Nordstern Allgemeine Versicherung AG vs. Vereinigte Stinees Rheinreedereien 74, International Law Review, ILR); **Italia** (Canadá vs. Cargnello, Corte de Casación Italiana, 114 ILR); **Chipre** (Malachtou vs. Arnefti and Arnefti, 88 ILR); y **Rusia** (art. 5° de la Ley Federal rusa sobre Tratados Internacionales, adoptadas el 16 de julio de 1995). [Shaw, Malcolm N. International Law. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 151-162].” Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Min. Marco Aurélio, 2008. Aditamento al Voto del ministro Gilmar Mendes, p. 4.

<sup>68</sup> En este artículo tratamos apenas de las corrientes relevantes para la aplicación del control de convencionalidad de las leyes en Brasil, dejando de lado, por ejemplo, la corriente doctrinaria que concede a los tratados internacionales carácter supraconstitucional. En la doctrina patria, quien defiende esa tesis es el profesor Celso de Albuquerque Mello. En: El derecho comparado. Bidart Campos.

ADECON (para garantizar a la norma infraconstitucional la compatibilidad vertical con la norma internacional con valor constitucional), o incluso, el de (Argumentación de Descumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) para exigir el cumplimiento de un “precepto fundamental” encontrado en tratado de derechos humanos formalmente constitucional.

Como refiere Delmas-Marty, si la justicia se “mundializa”, en virtud de la apertura de las jurisdicciones nacionales, al diálogo con sus pares nacionales y del reconocimiento de la importancia de la internacionalización del derecho, es confrontada por el desafío de determinar cuál es el sentido de esa internacionalización. El dilema, por lo tanto, es componer una internacionalización “ética”, comprometida con los derechos humanos y que dependa de la actuación activa de los Estados y de la globalización económica que se caracteriza por el aumento de sus poderes. Entonces, de un lado la idea de universalismo, y solidaridad y del otro, el crecimiento de la competición y de la eficiencia. Siendo los derechos laborales derechos humanos, la jurisdicción laboral tiene un relevante rol a cumplir en ese contexto.

### **3. ¿LAS CONVENCIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO PUEDEN SERVIR COMO PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?**

Los juicios del Supremo Tribunal Federal, en los que se decidió y discutió a respecto de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico brasileño, fueron la base para el análisis de esta cuestión. No se buscó por resúmenes del juicio o sentencias del Tribunal, que en regla conducen las investigaciones a la formulación de concepciones genéricas y simplistas, sino que, por los fundamentos de los debates y votos de los ministros de la Corte Suprema, ya que solamente así se puede verificar racionalmente la solidez de los argumentos de nuestra proposición, de aplicar el control de convencionalidad a la justicia laboral con base en las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Evidentemente, queda reducida, con este abordaje, la posibilidad de hacer una crítica teórica de mayor amplitud, que podría envolver incluso el cuestionamiento de la posición firmada por el Supremo Tribunal Federal. Sin embargo, la intención de escribir, balizado por el entendimiento corriente de la Corte Suprema, es proponer caminos pasibles de aplicación práctica inmediata del control de convencionalidad en la justicia laboral. Así, se privilegió el examen del “trabajo del derecho” o “trabajo de la concretización”, definido así por Friedrich Müller (2009):

Lo que se puede leer en los códigos (y en las constituciones), son solamente los textos de la norma; dicho de otro modo, textos que aún deben, por la concretización [Rechtsarbeit], ser transformados en normas jurídicas. Ya no se encuentra el derecho normativo en lo que produce el poder legislativo, sino en los textos de los juicios. Estos textos de normas, son solamente un punto de partida

de la concretización y, por haber sido creados por un poder democrático, también un límite para un acto de concretización legal y legítimo. (pp. 276-277).

Se dividió la respuesta a la cuestión sobre la aplicación de las convenciones de la OIT, como base para la realización del control de convencionalidad de las leyes en la justicia laboral, en tres líneas argumentativas. El elemento común es que todas fueron extraídas de juicios del Supremo Tribunal Federal. Se pretende, de este modo, demostrar qué fundamentos, de precedentes de la propia Corte Suprema, avalan el empleo de las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo con la finalidad de verificar la convencionalidad de las leyes en el ámbito de la justicia laboral.

La primera línea argumentativa, es la de que los tratados son leyes especiales que revocan leyes anteriores y no son pasibles de revocación por leyes posteriores. Está anclada en la orientación jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal, en las décadas de 1940 y 1950. Se puede extraerla del voto del ministro Lafayette de Andrada, en la Apelación Civil 9.587, de 21.08.1951. El caso se refería a la aplicabilidad de los dispositivos del Decreto Ley 7.404, de 1942, ante el Tratado de comercio celebrado entre Brasil y Estados Unidos.

La Unión pedía la aplicación de este decreto ley, de manera que podría recibir impuestos de consumo no pagados por la *Companhia Radio Internacional do Brasil*, en la importación de válvulas para aparatos radioreceptores y radiotransmisores. La decisión del Supremo Tribunal Federal, fue desproveer la apelación de la Unión, pues el tratado hacía mención expresa a la no subida de tributos sobre, entre otros productos, válvulas y tubos para tales aparatos. De esta manera, prevaleció el tratado internacional sobre el derecho interno, como se puede observar en las palabras del ministro Lafayette de Andrada:

Ya defendí (...) que los tratados constituyen leyes especiales, y por eso no quedan sujetos a las leyes generales de cada país, porque, por regla general, visan justamente la exclusión de esas mismas leyes. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. AC 9.587. Relator: Min. Lafayette de Andrada, 1951).

Y concluye el ministro Lafayette de Andrada:

Sin duda que el tratado revoca las leyes que le son anteriores, pero no puede ser revocado por las leyes posteriores, si estas no se refieren expresamente a esa revocación o si no denuncian el tratado. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. AC 9.587. Relator: Min. Lafayette de Andrada, 1951).

La tesis de que los tratados internacionales constituyen leyes especiales que no pueden ser revocados por leyes posteriores y revocan leyes anteriores es bastante próxima, sino un fundamento, de aquella que confirió jerarquía de supralegalidad a los tratados de derechos humanos, en el juicio del Recurso Extraordinario 466.343, de 3 de diciembre de 2008. Véase el fragmento del voto del ministro Menezes Direito:



De ahí la solución práctica traída, inspirada en tiempos de antaño por el ministro Orozimbo Nonato, de establecer un peldaño de ingreso de los tratados y convenciones, que llamó de ‘leyes especiales’ [...] Esos actos no son supralegales, sino especiales, es decir, son actos de jerarquía diferenciada en la medida en que son oriundos de un plano que está más allá, por la propia naturaleza de su contenido sustantivo, de la jerarquización doméstica. Se mantienen en el plano legal, pero con jerarquía superior, ya que ingresan de forma diferente de la producción normativa doméstica. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Min. Cézár Peluso, 2008. Voto del ministro Menezes Direito)<sup>69</sup>.

La solución traída por la Apelación Civil 9.587, de 21 de agosto de 1951, prevé tratamiento de ley especial para los tratados internacionales en general, diferentemente de la actual orientación de la Corte Suprema, que es la de conceder solamente a los tratados de derechos humanos la cualidad de ley especial. Por lo tanto, la apreciación de la respectiva Apelación Civil no sirve para conceder a las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo el estatus de ley especial en la situación presente, sino que solo para el propósito, que no es suficiente aquí, de sugerir que el Supremo Tribunal Federal reconsidere su posicionamiento hodierno sobre la jerarquía de los tratados internacionales, con base en sus propios precedentes.

La segunda línea argumentativa es diversa de la primera, en la medida que no se ocupa en determinar un local específico para los tratados, sino que en la afirmación fundamentada constitucionalmente de que la aprobación definitiva del tratado, por el Congreso Nacional, revoca las disposiciones que se opongan a la legislación ordinaria. El ministro Oswaldo Trigueiro, en el Recurso Extraordinario 71.154, del 25 de agosto de 1971, fue quien defendió esta línea de pensamiento:

“El art. 64, I, de la Constitución de 1946, incluyó en la competencia exclusiva del Congreso Nacional resolver definitivamente sobre los tratados y convenciones celebrados, con Estados extranjeros, por el presidente de la República. El principio fue reproducido por la Constitución de 1967 (art. 47, I) y mantenido por la vigente Enmienda Constitucional N° 1 (art. 44, I).”

No parece conveniente que Brasil firme un tratado, que se apruebe ese tratado definitivamente por el Congreso Nacional, que a continuación lo promulguen y, a pesar de todo eso, su validez aún quede dependiendo de nuevo acto del poder legislativo. A prevalecer ese criterio, el tratado, tras su ratificación, vigoraría solamente en el plano internacional, pero no en el ámbito del derecho

<sup>69</sup> El ministro Carlos Alberto Menezes Direito, de la misma forma que el ministro Gilmar Ferreira Mendes, afirma que el Relator de la Apelación Civil 9.587, del 21 de agosto de 1951, era el ministro Orosimbo Nonato. En este artículo citamos que el Relator era el ministro Lafayette de Andrada porque, hecha la búsqueda de jurisprudencia en el site del Supremo Tribunal Federal, en la página 28 del referido juicio, el ministro Orosimbo Nonato consta como presidente de la Corte, mientras que el ministro Lafayette de Andrada, como Relator.



interno, lo que pondría a Brasil en la privilegiada posición de poder exigir la observancia de lo pactado por las demás partes contratantes, sin quedar sujeto a la obligación recíproca. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE 71.154. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, 1971).

La Constitución Federal de 1988 contiene en el art. 49, I, dispositivo similar a los citados art. 64, I, de la Constitución de 1946; art. 47, I, de la Constitución de 1967; y art. 44, I, de la Enmienda Constitucional N° 1. De esta forma, el raciocinio del ministro Oswaldo Trigueiro permanece válido con relación a la Constitución de 1988. Cuanto a las dudas sobre el procedimiento de ratificación de los tratados de que no son compatibles con el proceso de aprobación de las leyes; el ministro Oswaldo Trigueiro es escueto:

Acreece que la aprobación de los tratados obedece al mismo proceso de elaboración de la ley, con la observancia de idénticas formalidades de tramitación. Es cierto que se dispensa la sanción presidencial. Pero esta sería desnecesaria, porque cuando celebra un tratado y lo somete a aprobación legislativa, el presidente obviamente manifiesta su concordancia. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE 71.154. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, 1971).

Además, el art. 105, III, a) de la Constitución de 1988, en la parte en que se refiere al tratado, quedaría viciado, en caso de que la aplicación de los tratados dependiese de nuevo acto legislativo para incorporar el texto a la ley interna. Es lo que el ministro Oswaldo Trigueiro también observaba:

Por otro lado, la Constitución incluye, en la competencia del Supremo Tribunal, la atribución de juzgar, mediante recurso extraordinario, causas oriundas de instancia inferior, cuando la decisión sea contraria a la letra de tratado o de ley federal.

Esa norma consagra la vigencia de los tratados, independientemente de ley especial. Porque, si esa vigencia dependiese de ley, la referencia a tratado, en el dispositivo constitucional, sería de todo ociosa. En otras palabras, la Constitución prevé la negativa de vigencia de la ley y la negativa de vigencia del tratado, exigiendo para la validez de éste la aprobación por el Congreso, pero no su reproducción formal en texto de legislación interna. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE 71.154. Relator: Min. Trigueiro, 1971).

Por fin, remata el ministro Oswaldo Trigueiro:

Cuanto al derecho brasileño, no me parece razonable que la validez de los tratados esté condicionada a doble manifestación del Congreso, exigencia que ninguna de nuestras Constituciones jamás prescribió. Por otro lado, me parece que, en virtud de los preceptos constitucionales anteriormente citados, la definitiva aprobación del tratado, por el Congreso Nacional, revoca las disposiciones que se opongan a la legislación ordinaria. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. RE 71.154. Relator: Min. Trigueiro, 1971).

Como el juicio se refería a la aplicación inmediata de la Ley Uniforme de Ginebra, la conclusión del ministro era por la revocación de las leyes ordinarias contrarias a un tratado internacional general. Consonante con esta línea de pensamiento, las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, desde que, ratificadas por Brasil, revocarían leyes ordinarias contrarias a ella, haciendo posible el control difuso de convencionalidad en la justicia laboral. Es un camino interesante, debido a su referencia constante a la Constitución y por ser un fundamentado precedente de la Suprema Corte, pero, de la misma forma que la primera línea argumentativa, no es suficiente para permitir que se haga el control difuso de convencionalidad de las leyes, con base en las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, teniéndose en cuenta la actual orientación del Supremo Tribunal.

La tercera línea argumentativa, es la de que las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo son dotadas de estatus supralegal porque son tratados internacionales de derechos humanos. Se podría optar por defender la supralegalidad de todos los tratados internacionales, como en la primera línea argumentativa, o por sostener la revocación de las leyes internas anteriores independientemente del estatus de los tratados internacionales, conforme la segunda línea argumentativa. Al revés, se prefirió el camino más pragmático, o sea, investigar si los derechos laborales componen el rol de los derechos humanos para, entonces, afirmar la idea de que las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo también son tratados internacionales de derechos humanos, posibilitando la inmediata aplicación de esas convenciones, con el propósito de permitir la ejecución del control de convencionalidad por los jueces y tribunales laborales.

Los derechos laborales están en la génesis del proceso de internacionalización de los derechos humanos. Aunque se suele considerar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como el marco jurídico inicial de la protección a los derechos humanos, en realidad fueron la Organización Internacional del Trabajo, las convenciones de Derecho Humanitario y la Liga de las Naciones, los precedentes de hecho del proceso de internacionalización de los derechos humanos. La Organización Internacional del Trabajo fue creada después de la Primera Guerra Mundial, en la parte XIII del Tratado de Versalles, con la finalidad de promover patrones internacionales de condiciones de trabajo y bienestar. En la visión de Louis Henkin, “la Organización Internacional del Trabajo fue uno de los antecedentes que más contribuyó a la formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” (Henkin *apud* Piovesan, 2008, p. 111). El impacto de la creación de la OIT fue brillantemente descrito por Arnaldo Süsskind, al afirmar que “Un tratado internacional de remarcada importancia consagraba, así, el *Derecho Laboral* como un nuevo ramo de la ciencia jurídica; y para universalizar sus normas, creaba la OIT (...)”. (1987, p. 104).

Con relación a la cualificación de los derechos laborales como derechos humanos, se manifestó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Ricardo Baena vs. Panamá*, juzgado el 2 de febrero de 2001, de la siguiente forma:

“158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos. (CIDH, *Caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de febrero de 2001).”

Posteriormente, la CIDH utilizó la expresión *derechos humanos laborales* en la Opinión Consultiva N° 18, emitida el 17 de septiembre de 2003, que trataba de los derechos de los trabajadores migrantes ilegales. Así se pronunció la Corte de San José:

“137. No basta con hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores migrantes, sino que es también pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y terceros. (CIDH, *Opinión Consultiva* No. 18, del 17 de septiembre de 2003).”

Por lo tanto, nuestra propuesta de que los derechos laborales, inscritos en las Convenciones de la OIT en el plano internacional, componen el *corpus* de los derechos humanos, es una realidad en la jurisprudencia de una importante Corte Internacional. Aunque el Supremo Tribunal Federal ha atribuido estatus de mera legalidad a las Convenciones de la OIT en la ADI 1.480, juzgada el 04 de septiembre de 1997, y ha decidido que los tratados internacionales no pueden sustituir ley complementaria (en el caso, la Convención N° 158), nos posicionamos en el sentido de que las normas internacionales de derechos humanos, a partir del reconocimiento de su suprallegalidad, están incluso por encima de las leyes complementarias, pudiendo ocupar el hueco derivado de la no edición de estas leyes.

De la Constitución brasileña, se pueden extraer derechos laborales que tienen rango de derechos humanos, tales como: a) derecho a salario mínimo (incisos IV, VI, VII, art. 7°); b) derecho a jornada laboral compatible con la dignidad de los trabajadores (XIII, XIV, art. 7°); c) derecho a descanso semanal remunerado (XV, art. 7°); derecho a vacaciones anuales remuneradas (XVII, art. 7°); derecho a licencia remunerada y con estabilidad para las embarazadas (XVIII, art. 7°); derecho a ambiente de trabajo seguro y sano (XXII, XXIII, art. 7°); derecho a remuneración adicional del trabajo nocturno, insalubre, penoso o peligroso (IX, XXIII, art. 7°); derecho a jubilación (XXIV, art. 7°); derecho de igualdad en la contratación y en la fijación de sueldo (XXX, XXXI, art. 7°). El incumplimiento de cualquiera de estas normas atinge directamente la dignidad de la persona humana, fundamento de los derechos humanos y valor mayor del Estado Democrático de Derecho.

De ese modo, queda claro que las normas laborales poseen cualidad de normas de derechos humanos, y, por consecuencia, permiten dar estatus suprallegal a las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, como

convenciones de derechos humanos que son. Imponen, por lo tanto, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el control de convencionalidad que en la dicción de Rey Cantor “es la adecuación material de las leyes internas a lo establecido por la Convención Americana” (2008, p. LII), pero que, indiscutiblemente, debe ser extendido a cualquier marco normativo internacional sobre derechos humanos.

#### 4. EL EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES POR LOS JUECES Y TRIBUNALES LABORALES

El poder judicial, en tiempos de expansión de los derechos fundamentales en el plano internacional, tiene el deber de promover, en todas las instancias, la concretización de los derechos de los ciudadanos garantizados tanto en la Constitución Federal como en las convenciones internacionales ratificadas por Brasil. Esta responsabilidad es extraordinaria, visto que la medida de la efectividad de los derechos fundamentales es el criterio por excelencia para evaluar en qué nivel de civilidad una nación democrática se encuentra. Seguramente se puede decir que los jueces son los agentes más activos de la internacionalización del Derecho, verdaderos ingenieros de la transformación que este proceso provoca. (Allard; Garapon, 2008, p. 8). La atención por parte de los jueces nacionales a la jurisprudencia de las Cortes regionales, como, por ejemplo, de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, es algo que, poco a poco, se percibe de la propia jurisprudencia de las Cortes Supremas<sup>70</sup>.

En efecto, la tarea de los jueces y tribunales laborales de promover el control difuso de convencionalidad de las leyes, con base en las convenciones internacionales del trabajo, se reviste de este espíritu del moderno Poder Judicial, protagonista de la aplicación de las libertades fundamentales de la persona humana, reconocidas en la Constitución Federal y de los derechos establecidos en tratados internacionales con los que Brasil se haya comprometido. De este modo, el Judicial Brasileño confiere mayor credibilidad a la palabra empeñada por el país en los compromisos internacionales, además de permitir que Brasil exija de los demás firmantes la efectucción de los derechos inscritos en los textos de las convenciones.

El control difuso de convencionalidad de las leyes en la justicia laboral, debe ser realizado teniendo como parámetro las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, de la siguiente forma: (a) se hace el examen de la compatibilidad de determinada convención con la Constitución Federal; (b) se verifica la compatibilidad de las leyes laborales con las previsiones de la convención; (c) constatada la contrariedad con el texto convencional, la

<sup>70</sup> Como ocurrió con la Suprema Corte Americana, por ocasión del juicio del proceso Lawrence vs. Texas, en el que la jurisprudencia americana se abrió a las normas extranjeras. Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. París: Seuil, 2007, p. 47.

respectiva ley laboral tiene su eficacia paralizada, siendo, entonces, aplicado el dispositivo de la convención.

La primera etapa, el examen de constitucionalidad, que, en realidad, antecede el control de convencionalidad propiamente dicho, es fundamental porque el principio que impera en el ordenamiento jurídico nacional es el de la supremacía de la Constitución. El respeto a ese principio es vital, para asegurar la seguridad jurídica en el derecho patrio. La segunda y la tercera etapa pueden ser ilustradas con el caso de la Convención N° 132 de la Organización Internacional del Trabajo.

La referida convención fue concluida en Ginebra, el 24 de junio de 1970, habiendo entrado en vigor internacionalmente, el 30 de junio de 1973. En Brasil, el Congreso Nacional la aprobó por medio del Decreto Legislativo N° 47 del 23 de septiembre de 1981, y el Gobierno brasileño depositó el Instrumento de Ratificación el 23 de septiembre de 1998, pasando la convención a vigorar en el país el 23 de septiembre de 1999. La promulgación sobrevino con el Decreto N° 3.197 del 5 de octubre de 1999.

La Convención N° 132 de la Organización Internacional del Trabajo, dispone sobre las vacaciones anuales remuneradas y algunos de sus artículos están en conflicto con la Consolidación de las Leyes Laborales (CLT). En este caso, los jueces y tribunales laborales deben aplicar el control difuso de convencionalidad para imponer efecto paralizante a los dispositivos de la CLT que contraríen previsiones de la Convención N° 132. Una de las normas que tiene su eficacia paralizada, es el art. 147 de la CLT, cuyo programa excluye el derecho a la proporcionalidad para el empleado despedido por justa causa. La razón es que el art. 11 de la Convención N° 132, dispone que todo trabajador que haya prestado servicio por un período mínimo de seis meses tendrá derecho a recibir vacaciones proporcionales, desvinculando así, el instituto de las vacaciones del motivo de la rescisión contractual.

Los jueces y tribunales laborales ya aplican la Convención N° 132, como se puede observar en algunas decisiones<sup>71</sup>. Por medio de fragmento del voto del juez Milton Varela Dutra del Tribunal Regional del Trabajo de la 4ª Región, en el Recurso Ordinario 0070000-85.2009.5.04.0741, de 10 de febrero de 2010, se puede explicitar los fundamentos que son empleados para aplicar la Convención N° 132 en detrimento de la CLT:

---

<sup>71</sup> Las siguientes decisiones ilustran la aplicación de esta Convención en el punto: Rio Grande do Sul, Tribunal Regional del Trabajo. Región 04. Recurso Ordinario: 00093.009/02-0, Relatora: Juíza Ione Salin Gonçalves. Porto Alegre, 28 de agosto de 2002. Disponible en: <[www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br)>. Acceso: 25 de julio de 2010. Rio Grande do Sul, Tribunal Regional del Trabajo. Región 04. Recurso Ordinario 0067900-38.2008.5.04.0404, Relator: Juez Convocado Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 29 de julio de 2009. Disponible en: <[www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br)>. Acceso: 25 de julio de 2010. Rio Grande do Sul, Tribunal Regional del Trabajo. Región 04. Recurso Ordinario 0070000-85.2009.5.04.0741, Relator: Des. Milton Varela Dutra. Porto Alegre, 10 de febrero de 2010. Disponible en: <[www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br)>. Acceso: 25 de julio de 2010.

De referir, también, que las convenciones internacionales, una vez ratificadas por Brasil, como es el caso de la convención en comento, pasan a hacer parte del ordenamiento jurídico patrio como ley infraconstitucional, más específicamente como ley ordinaria. Cuanto al aspecto, enseña Carmem Camino (2003) que “La promulgación de la Convención 132 implicó introducirla en el plano del orden interno, con el mismo grado de jerarquía de las leyes ordinarias. Por lo tanto, cuando las disposiciones de la Convención sean incompatibles con las disposiciones legales ya existentes, especialmente, la CLT, hay revocación de estas últimas. La Convención, no obstante, no prevalece cuando dispone ‘in pejus’, porque el derecho internacional adopta el principio de la prevalencia de la norma interna más favorable, vale decir: cuando un país ratifica convención o tratado internacional, éste actúa como norma mínima, nada impidiendo que, en el orden interno, ese mismo país amplíe la tutela del mismo derecho (reafirma ese principio el art. 19.8 de la Constitución de la OIT)” (p. 489). Por consiguiente, sea ante lo que dispone el inciso XVII del art. 7º de la C. F., sea en razón de lo que preceptúa el art. 11 de la Convención 132 de la OIT - norma esta que, inequívocamente, es más favorable al empleado que es despedido por justa causa que la norma prevista en el art. 146, párrafo único, de la CLT (...) es irrefutable concebir revocado el párrafo único del art. 146 de la CLT, no verificándose afrenta al art. 5º, II, de la C. F. (Rio Grande do Sul, Tribunal Regional del Trabajo, RO 0070000 - 85.2009.5.04.0741, Relator: Des. Milton Varela Dutra, 2010).

Aceptadas las ideas preconizadas en este brevísimo estudio, no se cambiaría la extraordinaria decisión del juez, solamente los fundamentos serían otros. Sintetizando los cambios prácticos sugeridos: (a) la Convención N° 132, así como todas las demás de la Organización Internacional del Trabajo, tiene valor supralegal; (b) las normas de la CLT incompatibles con la Convención N° 132 no son revocadas, sino que tienen su eficacia paralizada; (c) no es necesario argumentar, de ahora en adelante, por el principio de la prevalencia de la norma más favorable al trabajador, teniendo en cuenta que las normas convencionales tienen jerarquía superior a las normas de la CLT.

En cuanto a los aspectos procesuales, los efectos de la decisión en sede de control difuso de convencionalidad, son los mismos del control difuso de constitucionalidad, o sea, efectos entre las partes, o subjetivos. Se justifica ese posicionamiento en la medida que la diferencia entre las dos formas de verificación es solamente el referencial de control, teniendo los dos controles el mismo reglamento procedimental por fuerza de regular el mismo cuerpo normativo inferior.

Con relación al momento procesual adecuado para invocar la verificación de convencionalidad, a nuestro modo de ver, el procurador de la parte debe hacerlo en la propia inicial o en el recurso ordinario, mientras los jueces podrán realizar el control de convencionalidad cuando provocados (por la petición inicial) o compatibilizar las normas internas a las convencionales en la propia decisión

de fondo. En nivel de Tribunal Laboral, el control de convencionalidad se haría cuando sea provocado el Tribunal (en el recurso ordinario) o en la apreciación del fondo de recurso. En ambos casos se propone el movimiento de la jurisdicción en sede de control difuso de convencionalidad, en las formas por excelencia de provocar la decisión de las dos instancias, o sea, la petición inicial, para el primer grado, y el recurso ordinario, en el segundo grado. La razón de esta opción es evitar la inseguridad jurídica, que advendría en caso que les fuese permitido a los procuradores de las partes que demandasen en otros momentos procesuales además de estos. Otra observación es la concesión, nuevamente a las dos instancias, para compatibilizar los dispositivos meramente legales a las aludidas convenciones cuando de la decisión de fondo del litigio se trata. Es la práctica reiterada y bien sucedida de los jueces y tribunales en la aplicación de las convenciones, en esta fase procesual, argumento suficiente para la defensa de esta proposición, ya que el trabajo práctico debe siempre guiar las reflexiones sobre la procesualística.

## 5. CONCLUSIONES

El control difuso de convencionalidad de las leyes, es un instrumento que permite a los jueces y tribunales verificar la compatibilidad de la legislación ordinaria con los tratados internacionales de derechos humanos, y así cumplir la importante función de agentes activos de la internacionalización del Derecho. La autorización para su aplicación proviene de los juicios del Supremo Tribunal Federal que concedieron, el 03 de diciembre de 2008, el estatus de supralegalidad a esta modalidad de tratados internacionales.

Entonces, se reflexionó sobre la posibilidad de considerar las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, como tratados internacionales de derechos humanos. Para eso, se utilizaron los precedentes del Supremo Tribunal Federal, relacionados con la jerarquía de los tratados internacionales. El análisis de estos juicios contribuye a la formulación de la idea de que las normas laborales, por ser normas de derechos fundamentales nacionales e internacionales, también integran el rol de las normas de derechos humanos. Así, las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo son convenciones Internacionales de Derechos Humanos y, por consecuencia, poseen estatus supralegal.

Esta constatación tiene el don de introducir fundamentos modernos a las decisiones de jueces y tribunales laborales en el área convencional, adecuados con la tendencia internacional de fortalecer tanto la eficacia como la juridicidad de los derechos humanos, y presentar una herramienta procesual relativamente nueva en el escenario jurídico nacional, el control difuso de convencionalidad de las leyes, que puede ser aplicada inmediatamente por la jurisdicción laboral de primero y segundo grados, conforme los fundamentos expuestos en el transcurrir del texto.

Se reconocen las enormes dificultades que una verificación de convencionalidad difusa de las leyes laborales, con parámetro en las convenciones de la

Organización Internacional del Trabajo, implica; pero hacer frente a este desafío es imperioso si aspiramos realmente a la construcción de una sociedad libre y justa. En realidad, el valor del esfuerzo de examinar constantemente la compatibilidad entre las normas jurídicas nacionales e internacionales reside justamente en la dificultad de esta compleja tarea, que tendrá su éxito en la mayor o menor apertura de la jurisdicción a la emancipación de sus jueces con relación al derecho nacional, por un lado, y a la emulación, o sea, el estímulo que reciben de la jurisprudencia de las Cortes internacionales y regionales, rumbo a la llamada “internacionalización progresiva”<sup>72</sup>, que deberá tener la sabiduría de combinar las competencias nacionales con las normas internacionales.

Finalmente, el Judicial brasileño tiene, a partir de la Constitución Federal de 1988, la tarea de concretar los derechos y garantías del ser humano, sean fundados en el plano nacional o internacional, a fin de asegurar la condición de la dignidad de la persona humana como piedra angular de nuestro sistema constitucional, que vive un proceso creciente de adecuación a la moderna tendencia de internacionalización de los derechos básicos de la persona humana.

---

<sup>72</sup> La expresión es de Delma-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. París: Seuil, 2007, p. 50.



# LES REFORMES DES SYSTEMES DE PROTECTION SOCIALE AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE: UN MODELE DE PROTECTION UNIQUE ?

*Angélica Natalia Guerrero Matallana\**

## RESUMEN

El presente artículo pretende resolver la cuestión de la existencia o no, de un modelo único de protección social, creado a partir del Derecho comunitario europeo. Es decir, si existen o no reglas comunes mediante las cuales pretendan asegurarse los mismos niveles de protección en todo el territorio europeo; una simetría necesaria a la luz del derecho supranacional, que se desarrolla en un contexto de libre competencia, libre circulación de personas, bienes, y servicios, y el nacimiento de la emergente ciudadanía europea.

En un primer momento, se estudiarán las dos principales estrategias de armonización de los modelos de protección social en el derecho comunitario de la Unión Europea, esto es: la promulgación de directivas y recomendaciones, y el desarrollo jurisprudencial del derecho social por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual dispone de una autoridad jurídica reforzada y un poder de interpretación amplio sobre el derecho comunitario. Característica que le ha permitido ganar, poco a poco, un rol importante dentro del proceso de coordinación y armonización de los sistemas europeos. Un proceso que, si bien ha sido impulsado por las instituciones de la Unión Europea y su órgano jurisdiccional, no ha rendido frutos, ya que los Estados siguen reticentes a la idea de armonización integral, prefiriendo coordinar sus sistemas a través de acuerdos bilaterales.

En un segundo momento, se hablará de la crisis de legitimidad del Estado providencia (considerado director y garante de las políticas nacionales de protección social) como consecuencia de la penetración de reglas económicas dentro del derecho social. Para finalizar argumentando porqué estas reglas son inadaptables a la hora de regular los sistemas de protección social, debido a que, por su naturaleza social, escapan por completo a los flujos económicos de la oferta y la demanda.

---

\* Master II en Droit du travail et de la protection sociale à l'Université de Bordeaux. Master I en Droit Sanitaire et Social à l'Université de Poitiers. Avocate avec mention d'honneur de l'Université Libre.

## INTRODUCTION

D'après le sociologue *Jean-Claude Barbier*, bien que certains systèmes nationaux de protection sociale restent encore très distincts les uns des autres, ils Barbier (2013) « sont confrontés à une européanisation des politiques sociales et à la prééminence du droit communautaire » (p. 26).

L'influence de l'Union Européenne sur la conception de la protection sociale en Europe a eu comme conséquence la marginalisation du champ social au profit de l'économie. D'autant plus que l'Union Européenne n'est pas une organisation qui, par nature, est tournée vers le social, du fait qu'elle a fait le choix de sa construction par la monnaie. La dimension sociale a été laissée au second plan en partant du principe que le progrès économique finirait par « tirer les modèles sociaux vers le haut » (Chapon y Ezéby. 2002. p. 1).

L'intervention du droit communautaire dans le domaine social est né au nom de la compétitivité et, ainsi, rend compte d'une logique d'un développement social au service du développement économique. En d'autres termes, plus qu'on garantit certaine égalité de traitement en matière de protection sociale au sein de l'Europe, plus on favorise la circulation de marchandises et des travailleurs, en favorisant la prospérité économique. À tel point que, la première intervention sur le plan social fut autour de la question de la libre circulation des travailleurs, le licenciement économique, l'égalité hommes-femmes, et la question de la santé et de la sécurité au travail. (François, Merrien, Parchet y Kernen, 2005, p. 362).

L'existence d'un modèle unique de protection sociale en Europe est en principe conditionnée à la nature « subsidiaire » du pouvoir de l'Union Européenne. En effet, il est laissé une certaine marge de manœuvre aux États membres afin qu'ils puissent choisir un modèle en accord avec leur histoire, leur économie et leur politique. Néanmoins, à l'heure actuelle on perçoit le raffermissement du pouvoir de la Cour de justice de l'Union Européenne, Qui impose aux États membres l'adaptation de leur système au marché européen.

Il est évident que la construction d'un modèle unique dans le domaine social n'est pas encore terminée, car, certains pays ont résisté à l'influence totale des orientations socio-économiques du droit communautaire.

Ainsi, il est possible d'aborder les questions suivantes : Peut-il s'imposer progressivement un modèle unique de protection sociale en Europe, tout en laissant une certaine autonomie aux États membres? Existe-t-il un véritable modèle unique de protection sociale ou simplement des éléments de convergence, imposés comme mesures d'ordre économique?

Alors, il convient de s'interroger sur la place qu'occupe le droit social au sein de l'Union Européenne et sur l'écho qu'ont eu ses différentes orientations au sein de la législation de chaque État membre.

## 1. UN MODELE DE PROTECTION SOCIALE EUROPEEN: EN FONCTION DE LA STABILISATION ECONOMIQUE

Un modèle de protection sociale est un ensemble complexe d'institutions et de législations nationales qui permettent aux individus ou aux ménages de faire face financièrement aux conséquences des risques sociaux. Celui-ci, a fait l'objet d'une influence très marquée afin de garantir l'affermissement du marché européen face aux défis de la mondialisation. Cette influence eut comme conséquence la marginalisation de la protection au bénéfice de l'économie.

L'intervention de l'Union Européenne dans le système de protection sociale est un moyen qui permet de mettre en œuvre des mesures à caractère social qui vont avoir pour effet d'accroître la compétitivité des Etats membres. C'est ainsi que, la politique sociale qui s'impose dans presque tous les pays européens est celle de l'activation de la dépense sociale, l'instauration des politiques d'emploi, mais aussi l'introduction de mécanismes de responsabilisation.

### A. Une Necessite Croissante D'intervention Dans Le Domaine Social

Comme il a été précisé dans l'introduction, l'Union Européenne fût créée dans un effort d'intégration économique afin de permettre aux Etats membres de devenir plus compétitifs sur le plan international, cette intégration est l'un des facteurs les plus importants pour la «libéralisation, privatisation et dérégulation»<sup>73</sup> en Europe.

Cependant, cet intérêt de positionnement dans le marché international entraîne la nécessité de régler les problèmes liés à la circulation des marchandises mais également à celle des travailleurs. C'est pourquoi, l'Union Européenne a créé une réglementation commune reposant sur trois axes : la libre circulation des travailleurs, le licenciement économique et l'égalité hommes-femmes. Cet intérêt pour le droit social s'est progressivement émancipé des intérêts économiques pour devenir, à partir des années 70 et, encore plus, dans les années 1980, «un objectif en lui-même»<sup>74</sup>, laissant alors, les rapports économiques de côté.

C'est ainsi qu'en 1986 la Communauté économique européenne<sup>75</sup> a signé en Luxembourg, l'Acte unique européen (AUE) qui révisa les traités de Rome de 1957 «pour relancer l'intégration européenne et mener à

<sup>73</sup> Stephan, Leibfried et Peter, Starke. Transforming the 'Cordon Sanitaire': the liberalization of public services and the restructuring of European welfare states. Socio-Economic Review. Oxford University Press. N° 6, pp. 175-198. Review symposium of the book Boundaries of Welfare: European Integration & the New Spatial Politics of Social Protection, Ferrera, Maurizio.

<sup>74</sup> François-Xavier, Merrien. Raphaël, Parchet. Antoine, Kernen. Op. cit.

<sup>75</sup> La Communauté économique européenne devient ce qu'on connaît aujourd'hui comme l'Union européenne, avec le Traité sur l'Union européenne aussi appelé traité de Maastricht, signé en 1992.

terme la réalisation du marché intérieur». La dimension sociale du droit communautaire européen s'est introduite à travers l'AUE, avec pour seul objectif d'obtenir «l'harmonisation des conditions de santé et de sécurité au travail, à l'établissement d'une meilleure cohésion économique et sociale et à l'instauration favorisée du dialogue social»<sup>76</sup>.

Cette dimension sociale du droit communautaire a été mise en évidence dans d'autres dispositions normatives comme la *Charte de droits sociaux fondamentaux* des travailleurs (1989), le *Protocole social annexé au traité de Maastricht* (1992), le *livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi* (1993), le *Traité d'Amsterdam* (1997) et finalement avec l'adoption de la Méthode Ouverte de Coordination<sup>77</sup> lors du Sommet de Lisbonne (2000).

Malheureusement, le modèle de protection sociale qui découle de cette asymétrie originelle est régressif car il renforce le dogme néolibéral et vise à isoler le marché de toute intervention étatique, tout en maintenant un minimum de régulation du droit communautaire.

Le contexte dans lequel se développe la transformation européenne du système de protection sociale est marqué par une triple crise de solvabilité, d'efficacité et de légitimité, qui s'explique, notamment, par un chômage de masse, par la crise économique, le vieillissement de la population, l'augmentation des coûts de santé par l'intervention scientifique, etc.

Autre facteur d'influence sur la politique social au sein de l'Europe est ce qu'on appelle «*le dumping social*»<sup>78</sup>, notion qui justifie la marginalisation du social au profit de l'économie. Celle-ci s'explique, en effet, par la mise en place de certaines mesures qui visent à flexibiliser le travail afin d'offrir au marché une main d'œuvre plus compétitive que celle offerte par les pays en voie de développement.

Les politiques publiques qui s'imposent par le droit communautaire aux États membres de l'Union européenne ont pour conséquence de porter atteinte aux systèmes de protection sociale relevant du modèle bismarckien qui repose sur les cotisations et le plein emploi. En effet, ce système d'influence germanique, dans

<sup>76</sup> François-Xavier, Merrien. Raphaël, Parchet. Antoine, Kernen. Op. cit. p. 364.

<sup>77</sup> La notion de la Méthode Ouverte de Coordination (MOC) remonte au Conseil européen de Lisbonne du 2000, qui a lancé une stratégie globale, une méthode de gouvernance souple pour développer une économie de la connaissance compétitive, combinant croissance économique durable, amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et cohésion sociale. Ces mécanismes consistent à établir des lignes directrices, des indicateurs de qualité et de quantité, soutenus par des évaluations périodiques et des examens. Voir: Martina Prpic, Open Method of Coordination. EPRS: European Parliamentary Research Service. At a glance. October 2014.

<sup>78</sup> Le *Dumping social*, est défini comme une pratique de certains États consistant à adopter des législations en matière de droit du travail et de salaires plus défavorables aux salariés que dans d'autres États, dans la perspective d'attirer les entreprises sur leur sol.

le contexte actuel d'abaissement du coût du travail et de chômage de masse, doit, à la fois, réduire le nombre et le montant des prestations sociales, et, augmenter la somme des cotisations sociales. Ainsi, devant satisfaire deux objectifs opposés, il s'achemine lentement vers une crise structurelle sérieuse.

## **B. Le Processus D'harmonisation Et Coordination De La Protection Sociale En Europe**

Même s'il n'est pas encore possible de parler d'un modèle homogène de protection sociale en Europe<sup>79</sup>, il existent certaines éléments de coordination qui comportent tant des aspects négatifs que positifs. Dans cet ordre d'idées, il est nécessaire décrire les principes qui ont servi à la création des politiques sociales en Europe et les instruments juridiques et juridictionnels qui les ont appliquées.

La tendance vers une politique d'accompagnement, et d'activation des dépenses sociales a été suivie dans plusieurs pays de l'Europe, pour répondre à la crise de la protection sociale.

Lorsque, cette activation de la dépense publique permet l'amélioration réelle de la qualité de vie de la population.

Une caractéristique positive de cette préoccupation sociale est celle de penser que l'assistance n'est pas suffisante pour résoudre le fond des problèmes sociaux. Autrement dit, même si on garantit à tous une indemnité en cas de production d'un risque social et un certain nombre de prestations sociales, il faut mettre en œuvre une politique d'emploi permettant l'insertion sociale et par conséquent une égalité de chances entre les individus d'une société concrète.

L'objectif est finalement de supprimer les obstacles juridiques, économiques et sociaux grâce à la réduction des inégalités, de supprimer les obstacles juridiques, économiques et sociaux, qui empêchent en quelque sorte la circulation des marchandises et des travailleurs, à travers la réduction des inégalités mais aussi de permettre le transfert des droits acquis en matière de sécurité sociale. C'est dans ce sens là qu'on peut dire que l'intervention du droit communautaire joue un rôle indéniable sur la formulation des politiques de création d'emploi, d'accompagnement aux chômeurs.

L'un des éléments de convergence entre les différents modèles de protection sociale en Europe est l'octroi d'un revenu minimal d'existence. C'est-à-dire, une somme d'argent garanti par l'État à tous les citoyens, de telle sorte que toute personne pourrait se bénéficier d'un plafond de ressources minimal pour améliorer ses conditions de vie.

Selon quelques auteurs l'octroi d'un revenu minimal d'existence rend possible la garanti d'une véritable égalité des chances, car, un revenu de tel nature, contribue

<sup>79</sup> François-Xavier, Merrien. Raphaël, Parchet. Antoine, Kernen. Op. cit., p. 367.

à la lutte contre les effets de la pauvreté. Cette politique d'attention qui serait possible avec l'introduction de cette prestation, semble nécessaire, «plutôt que de lutter contre l'exclusion sociale une fois qu'elle est réalisée, plutôt que de devoir former de nouveau une main-d'œuvre sur le tard, il vaut mieux concentrer les efforts sur une démarche préventive centrée sur l'enfance» Esping-Andersen y Palier, 2008, p. 15).

Les divers systèmes de protection sociale en Europe ont fait l'objet des certaines mutations à cause de la vision du droit social imprégnée du droit communautaire. Quelques pays comme la France, la Belgique, l'Italie et l'Allemagne ont dû faire une adaptation presque forcée de leur législation, contrairement à d'autres pays tels que la Suède, la Hollande, ou encore le Danemark ils ont réussi à faire une adaptation sous forme «d'arrangements sociaux renouvelés». (François, Merrien, Parchet y Kernen, p. 367).

Le droit communautaire de l'Union Européenne utilise principalement deux voies d'harmonisation des modèles de protection sociale à savoir: l'expédition de directives, recommandations et la *jurisprudence* de leur cour.

### ***I. Les directives et recommandations en matière de protection sociale***

Dans la quête de l'harmonisation et de la coordination des systèmes de protection sociale l'Union Européenne a créé un comité consultatif: le *Comité européen de la protection sociale* (CEPS), qui est chargé d'assister le Conseil et la commission dans le domaine de la protection sociale (Esping-Andersen y Palier, 2008, p. 15). Il fait l'examen des politiques publiques en ce domaine dans les États membres et dans l'Union, effectue des échanges d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques entre les États membres et la Commission ainsi que la préparation d'un rapport annuel.

D'autre part, le Conseil a adopté en 1992 deux recommandations : La première portant sur les critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale, qui met en œuvre Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, et reconnaît un droit général à des ressources et à des prestations garanties à toute personne qui, résidant sur le territoire d'un État membre ne dispose pas de ressources suffisantes.

La deuxième recommandation, encourage la convergence des objectifs et des politiques de la protection sociale afin d'éviter que les différences entre les systèmes de protection sociales des pays membres n'entraient la mobilité de personnes et portent atteinte à l'équilibre du marché, cette recommandation est importante car elle déclare que le but à long terme est d'obtenir la convergence des systèmes de protection sociale dans les pays membres.

Dans la quête de l'amélioration des conditions du travail et de la garantie de la protection sociale, objectifs de la Communauté Européenne, fut créée la directive

98/59/CEE relative à l'harmonisation des législations des États membres en matière de licenciements collectifs afin de protéger les travailleurs des entreprises multinationales, et vient compléter les directives 75/129/CEE et 92/56/CEE.

De plus, la directive 2001/23/CE concernant le rapprochement des législations des États membres vise le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements. Cette directive codifie les directives 77/187/CEE et 98/50/CE, qui font partie d'une stratégie de protection aux travailleurs qui pourraient être transférés d'une entreprise à l'autre en cas de regroupement de ces entreprises.

Pour illustrer ce point, il est possible de prendre pour exemple le cas où une entreprise A située en France se regroupe avec l'entreprise B d'Espagne. Dans cette hypothèse, l'entreprise A, pour transférer des travailleurs dans l'entreprise B, devra informer les représentants des travailleurs de «la date supposée du transfert, ses motifs, les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs, les mesures envisagées à l'égard des travailleurs».

Ces directives qui règlent trois domaines (les licenciements collectifs, les transferts d'entreprises, et l'insolvabilité de l'employeur) ont pour objectif commun, la protection des travailleurs en situation de crises et de ruptures dans la relation de travail, en partie provoqués par le *processus d'intégration économique* (Mazuyer, 2007, p. 62) ses instruments sont marqués par une «forte empreinte économique puisqu'elles essayent, soit de maintenir la relation de travail, soit d'adoucir et d'encadrer les conséquences de ces restructurations» (Mazuyer, 2007, p. 64).

## ***II. Le rôle d'harmonisation de la jurisprudence de l'Union Européenne.***

La CJUE a pour mission principale, «assurer le respect du droit communautaire, d'une manière uniforme dans l'interprétation et l'application du traité, des actes juridiques et des décisions arrêtés par le Conseil et le Parlement ou par la commission».

Elle dispose d'une autorité juridique (renforcée par les principes de l'effet direct et de la primauté du droit européen) et d'un large pouvoir d'interprétation du droit européen primaire et dérivé, leur objectif est la consolidation de la législation européenne qui lui a permis de jouer un rôle fondamental dans le processus d'harmonisation législative en Europe.

Car, elle interprète les règles de l'UE en fonction des intérêts des États membres, en respect des différentes cultures juridiques, et répondant à la difficulté de trouver un consensus en matière de droits sociaux. Le droit de l'Union Européenne (droit communautaire) a établi deux types de procédure

juridictionnelle en matière de coordination de sécurité sociale, pour harmoniser peu à peu le modèle social européen à savoir: *le renvoi préjudiciel et le recours de manquement*.

En même temps qu'elle a reconnu la coordination de la sécurité sociale, la jurisprudence communautaire a relevé l'existence de droits sociaux comme outils de protection de d'autres droits, tels que la propriété ou l'accès à la justice, par exemple:

En 1994 la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE)<sup>80</sup>, dans l'arrêt *SMW Winzersekt GmbH*<sup>81</sup> a tenté de construire une théorie des droits sociaux à partir de la fonction sociale du droit de propriété, en pondération avec la liberté d'exercice des activités professionnelles, ainsi que sur l'angle des limites aux droits fondamentaux en conflit et leur contenu essentiel<sup>82</sup>.

Quelques ans plus tard, dans l'affaire *STJUE DEB et Bundesrepublik Deutschland*<sup>83</sup>, la Cour de Luxembourg a élargi le droit à l'aide judiciaire pour les personnes morales qui auparavant était exclusif des personnes physiques dans la législation interne allemande, sur l'argument de la concrétisation d'un principe général du droit de l'Union Européenne: *l'accès à la justice*. En l'espèce, il est possible d'observer comment la CJUE a lié l'octroi d'une aide à caractère social avec la garantie du principe d'accès à la justice.

D'autre part, la jurisprudence de la CJUE qui développe la protection sociale de manière indépendante (sécurité sociale, y compris les droits sociaux) est vaste; il est nécessaire alors de choisir les affaires qui ont eu un plus grand impact sur les politiques nationales de protection sociale, ils sont regroupés en trois points: la libre circulation de biens et services, la citoyenneté européenne, ainsi que le droit du travail.

En ce qui concerne à la *libre circulation de biens et services*, la CJCE a estimé dans ses réponses aux questions préjudicielles *Kohll Contre Union des Caisses de Maladie*<sup>84</sup> et *Nicolas Decker contre Caisse de Maladie des Employés Privés*<sup>85</sup>,

<sup>80</sup> Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, elle a été renommée Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

<sup>81</sup> CJCE, 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt GmbH*, aff. C-306/93. Rec., p. I-5555.

<sup>82</sup> Luis Jimena Quesada. La jurisprudencia europea sobre derechos sociales. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México (UNAM), p. 21.

<sup>83</sup> CJUE, Question préjudicielle. 22 Décembre 2010, *STJUE DEB et Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09. §29.

<sup>84</sup> CJUE, *Raymond Kohll Contre Union des Caisses de Maladie*, 28 avril 1998. Aff. C 158/96. Dans l'espèce Monsieur Kohll citoyen luxembourgeois et assuré auprès du régime luxembourgeois demande un traitement dental pour sa fille en Allemagne, la Caisse de Luxembourg refuse le Remboursement des frais médicaux engagés basé sur la réglementation nationale qui subordonne ce remboursement à l'autorisation préalable de l'organisme de sécurité sociale de l'assuré.

<sup>85</sup> CJCE, *Nicolas Decker contre Caisse de Maladie des Employés Privés*, 28 avril 1998. Aff. C 120/95. La caisse luxembourgeoise a refusé de procéder au remboursement au motif de



que à la lumière du principe de libre circulation, la prestation de services de santé en tant que secteur économique, ne peut pas se voir être méconnu même si la réglementation d'un État membre la subordonne à une autorisation préalable.

Quelques années avant, avec les affaires jointes *Christian Poucet contre A.G.F et Daniel Pistre contre C.A.N.C.A.V.A*<sup>86</sup>, la cour a indiqué que les régimes de sécurité sociale qui poursuivent un objectif social (la couverture des risques de maladie et de vieillesse), indépendamment des conditions économiques et de l'état de santé des assurés sociaux, et obéissent aux principes de solidarité générationnelle<sup>87</sup>, la non proportionnalité entre le montant de la cotisation et la prestation sociale reçue<sup>88</sup>, et l'existence des mécanismes de compensation obligatoire au financement des régimes en cas de difficultés financières. Conformément à cette idée, elle conclut que l'activité de la gestion de service public de la sécurité sociale remplit une fonction exclusivement sociale et dépourvue de tout but lucratif. Par conséquent, elle ne peut pas être considérée comme une activité économique, et les organismes qui en sont chargés comme constituant des entreprises.

La deuxième catégorie de la jurisprudence est celle relative à *la citoyenneté européenne*. Mais, qu'est-ce que la citoyenneté européenne? Elle naît de la volonté des États membres de l'Union Européenne qui décident de prolonger leur citoyenneté à tous ceux qui sont ressortissants d'un autre État membre.

À la suite de cette *extension de la citoyenneté*, elle confère de nouveaux droits aux européens, à savoir: le droit de circuler et de résider librement dans la Communauté; le droit de voter et d'être élu pour les élections européennes et municipales dans l'État où il réside; le droit à une protection diplomatique et consulaire d'un État membre autre que celui d'origine sur le territoire d'un pays tiers où ce dernier État n'est pas représenté; le droit de pétition devant le Parlement européen et de celui déposer une plainte auprès du médiateur européen.

Le statut social du citoyen européen n'existe pas au sein du traité de Maastricht. Ainsi, la Cour de justice de l'Union Européenne a décidé élargir le champ d'application des prérogatives de la citoyenneté européenne dans le domaine des politiques sociales, assurant alors «le même traitement juridique» à tous

---

l'achat des lunettes en Belgique sans autorisation préalable.

<sup>86</sup> CJCE, *Christian Poucet contre A.G.F et Daniel Pistre contre C.A.N.C.A.V.* Affaires jointes C 159/91 et C 160/91. La question préjudicielle qui se pose dans l'espèce est si un organisme d'administration de la sécurité sociale pourrait se considérer comme une entreprise au sens des articles 85 et 86 du Traité, et si la position dominante dans un État membre de cet organisme pourrait contester les règles du marché commun.

<sup>87</sup> La solidarité intergénérationnelle : propre des systèmes de retraite par répartition.

<sup>88</sup> Le régime est financé par des cotisations proportionnelles aux revenus de l'activité professionnelle des assurés alors que les prestations sont identiques pour tous les bénéficiaires.

les ressortissants des États membres Ceci est une conséquence directe de leur statut de citoyen européen.

Le «statut social du citoyen européen» naît avec l'affaire *Martínez Sala*<sup>89</sup> en 1998, dans l'espèce une allocation d'éducation allemande créait une inégalité de traitement, et constituant une discrimination au sens de l'article 6 du Traité CE. La cour a étendu «domaine d'application du droit communautaire» pour trancher le débat, car, au départ la jurisprudence prenait toujours, comme point de référence, la législation nationale interne<sup>90</sup>. Néanmoins, la cour dispose que la garanti de non-discrimination est reconnue à tout citoyen européen, quel que soit la mesure étatique en cause, il s'agissait, dans le cas d'analyse, d'«une prestation non contributive qui s'inscrit dans un ensemble de mesures en matière de politique familiale» et qui créait une inégalité de traitement. La cour estime que le droit communautaire s'oppose à ce qu'un État membre exige une carte de séjour aux citoyens de l'Union pour y résider, alors que pour les nationaux, il leur suffit de démontrer qu'ils établissent leur domicile ou leur résidence ordinaire dans cet Etat membre, pour ainsi pouvoir se bénéficier de l'aide sociale.

En 2001 la CJCE dans l'arrêt *Grzelczyk*<sup>91</sup> renforce le statut social de la citoyenneté européenne, sur la base de la liberté de circulation. Dans cet arrêt, la CJCE dispose que le statut de citoyen de l'Union implique le droit au «même traitement juridique», pour ceux qui sont dans la même situation, indépendamment de leur nationalité. Bien que la CJCE dans cette arrêt ne dit pas exactement quels sont les avantages sociaux qui découlent de la qualité de citoyen européenne, elle avance qu'il s'agit d'«un processus de généralisation, pour tous les citoyens de l'Union, de l'égalité de traitement en matière de prestations sociales»<sup>92</sup>, c'est ce qui donne de l'importance à cet arrêt.

<sup>89</sup> CJCE, María Martínez Sala contre Freistaat Bayern. 12 mai 1998. Aff. C-85/96. Dans l'espèce l'intéressée était une ressortissante espagnole, qui avait résidé en Allemagne environ vingt ans de façon ininterrompue, néanmoins, elle n'avait pas reçu de titres de séjour de la part des autorités allemandes, mais uniquement des attestations faisant de l'état de sa demande de prolongation de son titre de séjour. Elle demande en 1993, une allocation d'éducation pour leur deuxième enfant, cette demande fut refusée aux motifs qu'elle ne possédait ni nationalité allemande, ni un permis de séjour sur le territoire allemand.

<sup>90</sup> Olivier de Schutter, «Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux» in Olivier de Schutter et Paul, Nihoul (Ed.), Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-117.

<sup>91</sup> CJCE, 20 Sept. 2001, Rudy Grzelczyk et centre d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve. Ce le cas d'un étudiant de nationalité française, qui poursuit ses études en Belgique, demande l'octroi du «paiement minime», une allocation semblable au Revenu de Solidarité Active, en France. L'État de Belgique a refusé la reconnaissance de cette prestation, en prenant comme base juridique l'absence de la nationalité belge. Cela comporte, une discrimination en raison de la nationalité, qui est rejeté par la CJCE.

<sup>92</sup> J-P Lhernould, notes sous les arrêts Ninni-Orasche et Grzelczyk, RDSS, 2004, p. 73 et Droit social, 2001. p. 1103.

L'arrêt D'Hoop<sup>93</sup> a donné plus de consistance à la citoyenneté européenne. La CJCE, indique que la qualité de citoyen de l'Union permet aux ressortissants qui se trouvent dans la même situation d'obtenir le même traitement juridique, et confirme, alors, l'arrêt Grzelczyk.

Sandrine Maillard, indique que dans un premier temps le travailleur communautaire fut le seul qui avait la qualité de citoyen européen, «parce qu'il participe à l'enrichissement économique de l'État membre d'accueil, peut acquérir ce statut social communautaire»<sup>94</sup>. Ainsi donc, les droits découlant de la citoyenneté ont été attribués à la personne qui exerçait une activité professionnelle et dans le même temps détenait la nationalité d'un État membre.

À regard de la CJCE, cette *démarcation* de la citoyenneté européenne en fonction de la qualité de travailleur, est contraire aux dispositions du traité CE. Comme le précise dans l'arrêt Trojani<sup>95</sup>, le droit de séjour doit s'appliquer de manière directe, car c'est une conséquence découlant de la citoyenneté européenne, et il n'importe que peu savoir s'il est ou n'est pas travailleur. Une fois que la cour a étendu l'application du droit de séjour au sein de l'Union Européenne, elle précisa que ce droit n'est pas inconditionnel. À tel point que les ressortissants doivent démontrer leur capacité économique, pour obtenir un droit de séjour supérieur à trois mois. Cela se justifiait par le fait que ces individus ne devaient pas devenir une charge déraisonnable pour le pays d'accueil.

La crise du statut social du citoyen européen démarra avec la directive 2004/38/CE du parlement européen et du conseil, relative au droit des citoyens de l'union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Cette directive fût prise dans le cadre de la crise économique, et, donc, autorisa les États membres à prendre des mesures d'éloignement de citoyens européens non nationaux, qui soient une «charge déraisonnable» pour le système protection sociale.

Après cette directive la jurisprudence de la CJUE a approuvé les mesures d'éloignement du territoire, en raison de l'absence de ressources financières. Cependant, dans l'arrêt Brey<sup>96</sup>, la CJUE a fait une sorte de rééquilibrage par rapport à la directive, car elle indiqua qu'un état membre ne peut refuser l'accès à une aide sociale d'un citoyen européen, même s'il ne dispose pas du droit de séjour, il doit examiner, la situation globale et personnelle du citoyen. C'est-à-dire, faire une approche in concreto de la situation personnelle du citoyen.

<sup>93</sup> CJCE, 11 juill. 2002, D'Hoop contre office national de l'emploi.

<sup>94</sup> Sandrine Maillard. L'émergence de la citoyenneté sociale européenne. Dr. Soc 2009, p. 88.

<sup>95</sup> CJCE, 7 Sept. 2004, Trojani contre Centre public d'aide sociale de Bruxelles. Affaire C-456/02.

<sup>96</sup> CJUE, 19 Fév. 2013. Pensionsversicherungsanstalt contre Peter Brey, aff. C-140/12.

Plus récemment la cour a tranché le débat sur ce sujet avec l'arrêt Mme Dano<sup>97</sup>, connu comme la décision anti «tourisme social», car elle estima que les citoyens de l'Union économiquement inactifs qui se rendent dans un autre État membre dans le seul but de bénéficier de l'aide sociale peuvent être exclus de certaines prestations en espèces à caractère non contributif. La cour fait prévaloir le critère de ressources suffisantes sur le principe de non-discrimination déjà décrit. La contradiction ici repose sur le fait d'exiger des ressources de ceux qui ne les ont pas, et encore plus, d'exiger des ressources pour l'octroi des prestations qui sont adressées aux sans ressources.

La troisième catégorie des arrêts relevant la protection sociale, sont celles du droit du travail, le juge communautaire à travers ces arrêts a exigé «l'introduction, dans le droit national, de mécanismes ad hoc de façon à permettre à ces directives de remplir leur fonction de protection des travailleurs»<sup>98</sup>. Par exemple, dans les arrêts *Commission contre Royaume Uni*<sup>99</sup>, la cour ordonne au Royaume Uni la modification des règles de désignation des représentants des travailleurs, car elles étaient contraires aux dispositions des directives de 1975 sur les licenciements collectifs et sur les transferts d'entreprises de 1977. Autrement dit, la législation anglaise laissait à volonté de l'employeur la reconnaissance des syndicats au sein de l'entreprise, cette situation empêchait l'accomplissement des règles communautaires en matière de transfert des travailleurs, lorsqu'elle exige d'informer préalablement aux représentants des travailleurs, les motifs du transfert, les conséquences pour les travailleurs et les mesures envisagés à cet égard.

À tout prendre, il est clair que la reconnaissance des droits sociaux au sein d'une communauté économique tel que l'Union Européenne, est une conquête produite par la pression politique des acteurs sociaux, donc, même si au début les règles du droit communautaire européen ne consacraient pas des normes de protection des droits sociaux, pendant l'époque de splendeur des droits sociaux, la jurisprudence savait comment interpréter autres droits individuels en lien avec ceux. Néanmoins, la crise économique a mis le freine à la tendance protectionniste de la cour, et cette croissance des droits sociaux a commencé à descendre, avec figures la promotion de mesures d'éloignement du territoire en cas de non ressources financières suffisantes et l'affaiblissement des prérogatives sociales de la citoyenneté européenne.

<sup>97</sup> CJUE, Elisabeta Dano et Florin Dano contre Jobcenter Leipzig. 11 novembre 2014. Aff. C-333/13. Il s'agit de deux ressortissants roumains en Allemagne, Mme Dano et son fils Florin, qui demandent au Jobcenter Leipzig, lequel a refusé de leur octroyer des présentations de l'assurance de base. La particularité du cas est que Mme Dano, n'est pas entrée en Allemagne pour y chercher un emploi donc elle n'a pas de qualification professionnelle.

<sup>98</sup> Emmanuelle Mazuyer. Op. cit., p. 254.

<sup>99</sup> CJCE, 8 juin 1994, Commission contre Royaume Uni, Aff. C-382/92.

## 2. UN MODELE DE PROTECTION SOCIALE EUROPEEN PORTANT ATTEINTE A LA SOLIDARITE SOCIALE

L'Union Européenne est une communauté politique à caractère économique principalement, pour tant leur action de protection sociale vise à la concrétisation des objectifs de protection du marché et pas à la protection de l'être humain en tant que tel. Cette conception *utilitariste de la protection sociale* a comme conséquence le dépassement de l'État providence, comme celui qui joue un rôle important d'aide, de protection et de promotion sociales pour un État qui délègue au marché la régulation des systèmes sociaux. Finalement, le modèle européen de protection sociale comporte un *risque d'inadaptation* à cause de l'impertinence des règles du marché dans le domaine social ainsi que de la méconnaissance des particularités locales.

### A. La remise en cause de l'état-providence

Pendant plus de six ans de crise économique en Europe, le modèle de protection sociale ou le «*European Welfare*»<sup>100</sup> a été contesté et redéfini de diverses manières. L'implémentation de mesures de marchandisation de la protection sociale entraîne indirectement la remise en cause de l'État providence, étant donné que l'économie devient le facteur déterminant pour la garantie des droits sociaux, c'est-à-dire qu'on est en présence d'un système qui favorise les rapports de commerce plus que la sauvegarde des droits humains. Une fois de plus le système de protection sociale passe au second plan et avec lui l'État providence.

La notion de l'État providence a été forgée par Émile Ollivier en 1860, qui décrit l'État comme un responsable du bien-être collectif, et pour tant de la garantie des droits sociaux. Presque quatre-vingt-dix ans depuis sa création, l'État-providence fut mise en place comme modèle politique, plus exactement après la Seconde Guerre mondiale, en tant que mécanisme effectif pour garantir la prévalence «des droits de l'Homme sur le revenu national, reposant sur trois notions: les besoins de l'Homme en tant qu'être humain (sécurité sociale), en tant qu'être producteur (partage équitable entre travail, entrepreneur et capitaliste), en tant qu'être familial (allocations familiales)»<sup>101</sup>.

Cette notion de l'État au service du bien-être des individus, qui est chargé de l'administration des ressources publiques avec le seul but de satisfaire les droits de l'homme, implique une très forte présence étatique dans le système de

<sup>100</sup> European Welfare est défini comme le modèle social européen, la vision commune des pays Européens qui associe la croissance économique avec un niveau de vie élevé et des bonnes conditions du travail, ayant comme objectifs: le plein emploi, la protection sociale universelle, la lutte contre l'inclusion sociale, et la démocratie.

<sup>101</sup> Communication d'A. Piettre: «Fondements, Moyens et organes de la répartition du revenu national» aux 35<sup>e</sup> semaines sociales de Dijon 1952, Édition de la Chronique Sociale.

protection sociale. La mise en œuvre des objectifs de protection sociale, d'aide sociale et de justice sociale est possible sur la base de la solidarité nationale, qui s'exprime dans un système dont la principale source de financement est l'impôt.

Dans ces conditions l'État accompli leur rôle à trois reprises: une intervention réglementaire afin d'assurer une certaine sécurité économique aux citoyens par le biais de systèmes de sécurité sociale ou d'assistance; une volonté de redistribution qui passe par des transferts monétaires verticaux ou horizontaux; la mise à disposition par l'État d'une série de services et d'équipements collectifs gratuits ou à des coûts très inférieurs à ceux du marché.

L'Etat-providence est le «capitalisme à visage humaine», un système de marché encadré où l'offre et la demande de travail ne règlent pas toute la vie sociale, il est né afin de réduire les effets nocifs du capitalisme, en garantissant des minimums sociaux à ceux qui ont besoin. D'après Asa Briggs, l'État providence organise leur pouvoir entre la politique et l'administration dans le dessein de modifier le jeu de forces du marché dans trois axes, à savoir:

«En premier lieu, en garantissant aux individus et aux familles un revenu minimal indépendamment de la valeur sur le marché de leur travail ou de leur propriété: en second lieu, en limitant le degré d'insécurité en permettant aux individus et aux familles de faire face à certains risques sociaux (social contingencies), et, troisièmement, en faisant en sorte que tous les citoyens, sans distinction de statut ou de classe se voient offrir les meilleurs standards disponibles en matière de services sociaux». (Briggs, 1961, p. 228)

L'antérieure appréciation est faite dans le contexte de la lutte pour la démarchandisation de l'existence humaine, néanmoins avec l'avenir de la mondialisation, les crises économiques, la recherche d'alternatives pour relancer le marché et l'influence croissante du droit communautaire, cette démarchandisation est moins viable, car l'Europe s'achemine du *Welfare States*<sup>102</sup> vers «l'*European Welfare State*, ou plus largement [à] créer une aire européenne de bien-être, une civilisation du bien-être qui soit le trait distinctif des sociétés post-industrielles européennes face aux modèles japonais et Nord- Américains».

D'après Leibfried et Starke la normativité du seul marché et les règles de compétitivité de l'Union Européenne peuvent affecter l'État providence mais aussi le rôle de l'État et les effets de la concurrence sur l'efficacité et l'égalité<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Le *Welfare State* met l'accent sur le droit à la protection sociale pour tous, sans plafond de ressources indépendamment de la valeur sur le marché du travail ou de leur propriété et à l'accès universel à une palette de services sociaux. Cette notion est plus large que la notion d'État providence, car dans ce sens «la responsabilité de l'Etat n'est pas seulement de protéger les pauvres ou les ouvriers, mais également d'apporter des réponses aux besoins de l'ensemble des citoyens». Jean-François Bickel. Introduction à l'analyse des politiques sociales. Université de Fribourg, p. 3.

<sup>103</sup> Stephan Leibfried, Peter Starke. Op., cit.

La pensée de ces deux auteurs confirme l'idée de la remise en cause de l'État providence avec les nouvelles formes de conception du social, dont l'État laisse à part les intérêts sociaux pour remonter les intérêts économiques.

Pour d'autres auteurs comme l'économiste Robert Boyer l'Europe et autres pays ont dû dépasser le *Welfare* traditionnel basé sur des compensations financières des divers risques pour tomber dans le *Workfare*, «une stratégie visant, pour l'essentiel, à réduire la part des budgets sociaux grâce à une baisse générale des normes antérieures et l'institution d'une série d'incitations faisant sentir aux salariés la pression à l'acceptation d'un emploi quel qu'il soit».

L'implémentation des politiques de *Workfare* tel comme l'a fait l'Union Européenne est vue comme l'une des alternatives pour «éviter la plus grande partie des risques (des systèmes de protection bismarckiens), en particulier ceux liés au chômage». (Boyer, 2007, p. 887)

La mauvaise conséquence du *Workfare* est la précarisation du travail, c'est-à-dire, le travail à n'importe quelles conditions. En France par exemple, les politiques d'emploi comme le contrat de première embauche, les contrats aidés, le contrat de génération, le contrat unique d'insertion, l'offre raisonnable d'emploi en cas de chômage de longue durée, l'abus de la figure de stage, les activités à temps partiel, etc., sont l'évidence d'une politique de lutte contre le chômage qui vise à diminuer le nombre de demandeurs d'emploi, sans tenir en compte la qualité de l'emploi. «Le but est de promouvoir une société de pleine activité (une société active), très différent d'une société de plein emploi» (Castel, 2006) Ainsi, l'activation de l'emploi (qui matérialise la notion de *Workfare*) est risquée d'oublier la qualité du travail, la rétribution juste du travail et la protection sociale et pour tant de remettre en cause l'État providence.

La tendance en Europe depuis leur intégration économique et après les crises n'est autre que la diminution des avantages sociaux, dans un contexte presque généralisé de «prégnance des idées libérales, impératifs de compétitivité, respect du Pacte de stabilité et de croissance, lisibilité des écarts de rémunérations et de prestations sociales accrues dans l'Euroland du fait de la monnaie unique et, donc, concurrence fiscale et sociale plus féroce»<sup>104</sup>.

Au terme de l'analyse, quelques systèmes de protection sociale en Europe s'acheminent vers un modèle unique qui se nourrit des normes du droit communautaire de l'Union Européenne. En effet ce sont ces normes à caractère parfois économique qui font trembler les murs de l'État providence classique en raison de la diminution d'intervention étatique en matière de droit sociaux.

<sup>104</sup> Séverine Chapon et Chantal Euzéby. Op. cit.

## **B. La question de l'inadaptabilité des règles du marché au système de protection sociale**

Quand il se pense sur un modèle de protection sociale fondée sur la logique de protection et diversification du marché, au sein duquel les imperfections du marché social<sup>105</sup> sont corrigées par le jeu des assurances sociales. On refuse la nature même de tout système de protection sociale, dans la mesure où tout système est le résultat des luttes sociales. Par conséquent si on veut analyser entièrement un système et ainsi proposer mesures réformatrices, il faut prendre en considération «l'existence de nombreux facteurs qui empêchent de recourir exclusivement à une logique de marché pour organiser la couverture sociale»

En définitive, l'application des règles du marché ne sera jamais suffisante pour assurer la viabilité d'un Système de protection sociale, c'est pourquoi, il ne s'agit pas d'un système qui peut lui même corriger ses imperfections, du fait qu'ils mêmes restent en crise aujourd'hui.

Le problème qui se pose avec «l'adaptation des règles inadaptables», est jusqu'à quel point on peut garantir un succès économique sur la base dans système de protection sociale assez faible. Surtout, quand on dit que la viabilité d'un système dépende de deux conditions «stabilité d'un compromis institutionnalisé et complémentarité avec les autres formes institutionnelles». Une économie ne sera jamais véritablement stable, quand la sécurité sociale de ceux qui produisent leur prospérité n'est pas garantie.

En ce qui concerne à la viabilité d'un système, si on part de l'idée d'un compromis institutionnalisé, on part d'un compris au niveau interne, un compromis dans lequel les partenaires sociaux font le choix de la politique sociale, car, ils sont ceux qui ont une véritable perception des besoins particulières de la population. Par contre, il est possible d'être en présence d'un système inviable quand il est imposé par un organe à caractère supranational, qui ne tient pas compte les particularités de la population devant laquelle il se place. Ce dernier raisonnement explique pourquoi jusqu'aujourd'hui certains pays refusent d'adopter un système du «European Welfare».

En ce qui concerne au droit du travail, la difficulté d'harmonisation des systèmes juridiques nationaux avec les normes communautaires réside dans la rigidité des normatives communautaires, en tenant compte que le droit du travail est un droit évolutif par nature un droit qui se nourrit avec les évolutions

---

<sup>105</sup> L'expression *Marché Social fait* référence à un réseau de production, distribution et consommation de biens et services et apprentissage commun qui fonctionne avec des critères éthiques, démocratiques, écologiques et solidaires, dans un territoire déterminé, constitués autant par des entreprises et des entités de l'économie sociale et solidaire que par des consommateurs et consommatrices individuels et collectifs. Voir: [http://fr.solecopedia.org/index.php?title=Marché\\_social](http://fr.solecopedia.org/index.php?title=Marché_social).



sociales nationales. Alors, le droit communautaire pour sa nature « associative » présente un caractère rigide à cause du contexte décisionnel communautaire, qui fait que le processus de production normative aille plus lente que la réalité sociale. Cette rigidité du processus décisionnel et pour tant de ces normes répond à trois facteurs émanant du droit communautaire : l'exigence d'une unanimité intergouvernementale s'il s'agit d'une question du droit social, la difficulté de trouver un compromis qui soit acceptable pour tous les négociateurs, et l'accroissement du rôle du Parlement européen et du nombre d'Etats membres ont complexifié le processus décisionnel encore plus. La rigidité du droit communautaire implique aussi la rigidité du droit national, même s'il soit beaucoup plus facile à réformer, parce que l'Etat membre droit mette son droit au conformité au droit communautaire mais aussi « s'abstenir de tout changement tant législatif, réglementaire que jurisprudentiel postérieur à cette mise en conformité ». Ce qui implique un risque de méconnaissance des législations internes qui parfois pouvaient être plus favorables par rapport à la législation communautaire, il s'agit d'un sacrifice du principe de faveur applicable par exemple au droit du travail au profit de la standardisation normative qui s'impose au sein de l'Union européenne.

En plus, les règles qui vont s'imposer à travers le droit communautaire sont de règles parfois à caractère économique et non sociale, qui répondent à la logique de l'économie sociale de marché, en tant que « formule magique à la mode selon laquelle il serait possible de concilier à la fois l'économie de marché, présenté comme un universel indiscutable et indépassable, et le souci de la justice sociale » (Coiffet, 2009). Cette conception vise à garantir à la fois les droits sociaux et la liberté des marchés, donc elle est basée sur le principe de coordination et de concurrence<sup>106</sup> tel comme le fait l'Union Européenne mais aussi sur le principe d'intervention subsidiaire de l'Etat<sup>107</sup> autrement dit, uniquement quant l'individu ne peut s'aider lui-même.

D'après Jean-Claude Coiffet, l'économie sociale n'est ni libérale ni sociale, lorsque elle répond plus à la logique de l'ordolibéralisme<sup>108</sup> déguisée d'économie sociale. Alors, le marché ne doit pas se régler par soi-même (tel comme l'avaient pensé les libérales classiques), au contraire, doit-il être encadré rigoureusement et même autoritairement<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Voir sur ce sujet: Commission Européenne. Comprendre les politiques de l'union européenne: Concurrence. 2014. In: [http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/fr/competition\\_fr.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/fr/competition_fr.pdf)

<sup>107</sup> Ce principe est en rapport avec l'augmentation des mécanismes de responsabilisation sociale. Pour plus de détails sur ce point Carmen Malena et al. Social development papers, Participation and civic engagement: Responsabilisation sociale, Introduction au concept et pratique émergents. Publication N° 76 / Décembre 2004, p. 4.

<sup>108</sup> *L'ordolibéralisme*: est un courant de pensée néolibérale fondé par Walter Eucken et apparu en Allemagne dans les années 1930-1940, selon lequel le rôle principal de l'Etat est de créer et de maintenir un cadre de concurrence libre et non faussée entre les entreprises. Il est considéré comme source directe de l'économie sociale de marché.

<sup>109</sup> Jean-Claude Coiffet. Op. cit., p. 2.

Bien que l'ordolibéralisme ne soit pas très connu, il est considéré pour quelques auteurs comme «le corps de la pensée économique et politique de ce siècle»<sup>110</sup>. Lorsqu'il inspire même les processus d'intégration économique basés sur la liberté de marché encadrée, entre autres, par une constitution, dans laquelle soient annoncés les principes économiques et sociaux mais aussi les règles de fonctionnement pour assurer cet ordre<sup>111</sup>.

L'un des exemples de l'influence de ce courant est le projet de Traité constitutionnel européen, lorsque elle consacre de mécanismes *rigides* de droit communautaire qui contournent la liberté économique; tels comme les règles de la concurrence, la lutte contre les ententes, les mesures visant à empêcher les entreprises en position dominante d'abuser de leur puissance sur le marché dans un secteur ou un pays de l'UE, l'examen rigoureux des projets de concentration, et le contrôle des aides d'État en faveur de secteurs et d'entreprises qui sont susceptibles de fausser la concurrence.

Ces mécanismes rigides, qui règlent le champ économique au niveau de l'Union Européenne sont les mêmes qui vont régler le champ du droit social, tel comme s'avait dit déjà dans ce document, l'application des normes du marché à la question sociale est incompatible avec la nature même des problèmes sociaux lorsqu'ils échappent du contexte économique et ils se développent plus rapidement que les normes rigides du droit communautaire.

Par ailleurs, le sens «social» du terme économie sociale, avec lequel le néolibéralisme prétend justifier la disparition progressive de l'intervention sociale solidaire, est un terme mal interprété, lorsqu'il fait référence aux choix des consommateurs, dans un contexte de démocratie de la consommation pour la concurrence, qui fait pression sur les entreprises et les salariés, qui vont au final tirer la machine du progrès social. (Dardot. Laval, 2017) Cette idée ne corresponde pas au sens strict du terme *social*, comme l'a confirmé Alfred Müllet-Armack l'un des économistes ordolibérales le plus remarquables.

Tel comme s'explique dans la partie de cet article dédiée à la remise en cause de l'État-providence du fait des politiques sociales émanant du droit de l'Union Européenne qui est inspirée par la courante ordolibérale, dans laquelle l'économie sociale du marché est une expression directement opposée à celle d'État-providence ou d'État social.

Dans d'autres termes,

---

<sup>110</sup> Razeen Sally. «Ordoliberalism and the Social Market: Classical Political Economy form Germany» in: Patricia Commun (Dr.) L'Ordolibéralisme Allemand: Aux sources de l'Économie sociale de marché. CIRAC/CICC. 2003, p. 31.

<sup>111</sup> Jean-Claude Coiffet. Op. cit.

«la prospérité pour tous est une conséquence de l'économie de marché et d'elle seule, alors que les assurances sociales et les indemnités de toutes sortes que verse l'État social, mal nécessaire, sans doute, mais provisoire et qu'il faut limiter autant qu'on peut, risquent de démoraliser les agents économiques. La responsabilité individuelle et la charité sous différentes formes sont les seuls vrais remèdes aux problèmes de pauvreté» (Dardot. Laval, 2017, p. 207).

En peu de mots, l'implémentation des politiques publiques visant régler les problèmes sociaux à partir de l'économie laisse les droits sociaux et même les systèmes de protection sociale à côté d'intérêts du marché, ayant comme conséquence la méconnaissance des droits humains indispensables pour garantir le bien-être de la société et au même temps banalise le rôle de l'État comme principale outil de protection de l'être humain.

## CONCLUSIONS

La création du modèle social au sein de l'Union européenne obéissant aux raisons économiques et non plus des intérêts sociaux, se donne dans un contexte de renforcement de la liberté de marché, de déplacement, et du travail, dans lequel le plus important était d'établir conditions d'harmonisation de la législation interne des pays membres en application des directives, recommandations et même la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.

À tel point que les États membres ont dû modifier leurs législations affaiblissant les systèmes de protection sociale avec la création de mécanismes de responsabilisation plus forts, la privatisation des institutions de sécurité sociale et la diminution des prestations sociales non-contributives. Ces circonstances sont dues au phénomène de marchandisation du champ social, lorsqu'au fur et à mesure que l'économie prend contrôle sur ce domaine, l'État providence se transforme peu à peu et il commence à perdre leur importance en tant que directeur des politiques sociales.

A tout prendre, quoique le processus d'intégration économique en Europe est l'une des plus développées, lorsqu'il comporte des avantages qui rendent plus compétents aux États membres afin de remonter dans le marché international, il est important aussi de remarquer que cette régulation communautaire condamne aux systèmes de protection sociale à une certaine uniformisation qui rarement prend en considération des conditions particulières tant d'ordre juridique que social. En outre, la rigidité du droit communautaire empêche l'harmonisation des systèmes de protection sociale donc qu'il impose de normes à caractère économique qui ne sont pas adaptables au droit social, et risquent de trouver des fortes oppositions dans le droit interne.

C'est ainsi que le processus d'harmonisation sociale européenne n'a pas abouti à accomplir leur objectif, dans la mesure où les États ont préféré

d'adopter mécanismes de coordination plus que d'harmonisation. Quand bien même, l'Union européenne s'achemine vers la création d'un modèle de protection sociale unique à travers de divers mécanismes, elle n'a pas réussi qu'établir certains paramètres communs qui doivent guider les systèmes internes de protection sociale, mais qui ne sont pas des grands mandats pour les États.

## CAPÍTULO VI

### TEMAS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA



# EL ESTRÉS EN EL GREMIO DE LOS TAXISTAS EN BOGOTÁ, UNA APROXIMACIÓN PELIGROSA AL BURNOUT\*

Roxana Cely Soler\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema del estrés es una problemática que en la actualidad se debe ver desde diferentes frentes, ya que la modernidad presenta nuevos retos en la sociedad de aceptación del cambio y factores como la satisfacción material y el consumismo, los que hacen que se viva bajo la presión de competir en un mundo globalizado, en donde los procesos capitalistas y económicos presentan factores de inestabilidad de la población trabajadora; falencias notorias que inciden en la pobreza mundial, lo que hace más difícil la adaptación del organismo a los cambios, influencias y exigencias a los que pueda estar expuesto; y la falta de obtención de bienes produce niveles de estrés e insatisfacción más altos, ocasionando enfermedades mal llamadas “modernas”, convirtiéndose en un problema de salud pública; una de ellas es el estrés, que se manifiesta como un sentimiento de tensión física y emocional, debido al proceso de adaptación de los seres humanos a su entorno; y aún más grave, como nivel máximo de nocividad del estrés, se sitúa el síndrome de *Burnout*, en el cual el grado de presión y bloqueo resulta intolerable.

El texto orienta, por medio de investigaciones tanto cualitativas como cuantitativas, desde la ciencia médica y la psicología, la incidencia que tiene el estrés tanto en el sistema inmune, como en la psiquis de los individuos que pertenecen a los sectores productivos de la sociedad denominados “trabajadores”, en concreto los conductores de vehículos tipo taxi, en la ciudad de Bogotá, mostrando sus principales agentes estresores que producen altos niveles de estrés y que desencadenan enfermedades que, en la actualidad, aún la legislación laboral y salud ocupacional no han regulado en su totalidad, limitando así la calidad de vida de dicho gremio de trabajadores.

---

\* Ponencia presentada en el “V Congreso Estudiantil de Derecho Laboral”. Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá. Esta ponencia hace parte del trabajo como miembro del grupo de investigación Flora Tristán y del Proyecto de Investigación: “Análisis de la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores y enfermedades a causa del trabajo; en la minería, la agroindustria, y el transporte urbano, 2000-2013: una visión desde las historias de vida”. Grupo e investigación dirigidos por la doctora Luz Dary Naranjo Colorado, docente e investigadora de la Universidad Autónoma de Colombia.

\*\* Estudiante de Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre. Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia. Miembro del Grupo de Investigación “Flora Tristán”.

## 2. FUNDAMENTO TEÓRICO

### Estrés desde la ciencia médica

La palabra estrés proviene del griego *stringere*, que significa apretar, ejercer presión; igualmente, del término inglés *stress*; el *estrés* está asociado con el estado que se produce en un sujeto, a partir de hechos que generan situaciones de agobio o angustia.

Varias definiciones se han dado sobre este tema, pero la más acertada es la que ofrece el médico canadiense Hans Selye (1936), llamado “el padre del estrés”, definiéndolo como: “una respuesta psíquica o biológica de un organismo a los agentes provocadores del entorno a los cuales denomino estresores”. (P.: 104)

Los estresores son estímulos que, ya sea de forma directa o indirecta, desestabilizan el equilibrio del organismo. Las respuestas psíquicas y biológicas que el individuo genera para combatir el estrés se denominan Síndrome de Adaptación General (S. A. G.).

El S. A. G., tiene tres etapas o fases. La primera, se considera como la ***fase de alarma***. En esta etapa se empieza a presentar la liberación de hormonas en el organismo; dichas hormonas contienen mecanismos de defensa para que el individuo se pueda adaptar y afrontar el estrés.

La segunda fase, se conoce como la ***fase de resistencia***, en donde la activación hormonal sigue siendo elevada, el individuo ya ha utilizado todas las defensas de su organismo para lograr la adaptación y controlar la situación de presión.

Por último, en la ***fase de agotamiento***, el organismo pierde su capacidad de activación, quedando inhibida la provisión de reservas, lo que trae como consecuencia diversas enfermedades e incluso la muerte.

Ubicándose así al estrés entre la fase intermedia, el resultado de los agentes estresores y la culminación de la fase de agotamiento, que es la productora de enfermedades.

Los agentes estresores que producen el estrés pueden ser de origen físico, químico, biológico y psicosocial.

### La psiconeuroinmunología

Disciplina que se encarga de analizar, las relaciones anatómicas y funcionales que existen entre los sistemas nervioso, inmunológico y endocrino; esta disciplina científica surge en el año 1970, por medio del psicólogo Robert Ader y el inmunólogo Nicholas Cohen; mucho antes de que estos científicos acuñaran el término, ya se había escrito antes sobre la respuesta inmunológica en animales experimentales.



Desde su surgimiento, la psiconeuroinmunología estudió la influencia de conductas emocionales sobre el funcionamiento del sistema inmunológico, principalmente el efecto inmunosupresor de la exposición al organismo al estrés. En fechas recientes, se han estudiado también los efectos de estados emocionales no aversivos sobre el funcionamiento del sistema inmune y el proceso salud-enfermedad.

Como sustento de lo anterior, y tras unos estudios realizados como monografías de grado en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), se mostrarán algunos experimentos realizados con animales, para determinar los efectos del estrés sobre el funcionamiento del sistema inmune y la trascendencia que tienen la morbilidad y la mortalidad asociada con enfermedades infecciosas, autoinmunes y cáncer, e igualmente, se mostrarán estudios realizados en humanos, respecto a la reacción del sistema inmunológico frente al estrés, y la capacidad que tienen de hacer frente a los procesos infecciosos y la cicatrización de heridas.

Gómez González B. (2006), cita a los científicos (Mojan y Collector, 1977), que encontraron en análisis experimentales con ratones, que el estrés por exposición a ruido, durante periodos variables de 2 a 3 horas diarias, durante al menos 10 días consecutivos, redujo la proliferación de linfocitos B y ante los mitógenos lipopolisacárido y concanavalina A, en comparación con ratones, control libre de manipulación de estrés. En este estudio, observaron que los ratones con exposición al estrés crónico (con duración mayor a 20 días), produjo niveles de proliferación de linfocitos T y B similares o, incluso, mayores a los observados en el grupo control. La aparente contradicción con respecto a los efectos del estrés agudo sobre la proliferación de linfocitos T y B, es en realidad réplica de la descripción original de Selye, relativa a que, durante las fases de alarma y agotamiento del síndrome de estrés, ocurre una inhibición del sistema inmune, mientras que, durante la etapa de resistencia el organismo aprende a lidiar con el estrés y se adapta a las condiciones adversas.

Igualmente, se experimentó con descargas eléctricas en estos animales que, a intensidades mayores, se administraron en la cola, presentándose inhibición progresiva en las respuestas proliferativas de los linfocitos, hasta lograr niveles indetectables de proliferación, en los sujetos expuestos a la descarga eléctrica de mayor intensidad, de duraciones de (3mim) durante 18 horas.

La respuesta humoral del sistema inmune ante agentes extraños al organismo, también está sujeta a las influencias moduladoras del estrés. En roedores, como la rata y el ratón, se ha descrito que el estrés crónico ejerce efectos adversos sobre la producción de anticuerpos contra virus inoculados previamente o durante la exposición al organismo al estrés.

La exposición del organismo al estrés por inmovilización, durante periodos variables de tiempo, produjo retraso en la producción de anticuerpos contra el virus de la influenza.

Las alteraciones inmunológicas subsecuentes a la exposición del organismo al estrés, tienen importantes repercusiones sobre el estado de salud en los animales experimentales.

### **Síntomas del estrés en el individuo**

Independientemente de la fase en que se encuentre, el individuo empieza a tener síntomas como dolor de cabeza, insomnio, agotamiento, pérdida o aumento del apetito, entre otros.

(Núñez, 2008), sostuvo que dichos síntomas que se desencadenan en la fase de agotamiento, son enfermedades como “hipertensión arterial, úlcera, disfunciones sexuales, trastornos en la piel, infarto, asma y, posiblemente, cáncer”. (P. 17)

## **3. TIPOS DE ESTRÉS**

Aunque se considera el estrés como una enfermedad superflua o sin mucha trascendencia, es de un complejo manejo; tanto, que cada fase tiene sus propias características, síntomas, duración, y diferente enfoque de tratamiento; sus etapas son:

### **Estrés agudo**

Este tipo de estrés es el más común, y es sentido por la mayoría de las personas en algún momento de sus vidas; se da a corto plazo y desaparece rápidamente; se produce ya sea por una situación nueva, emocionante o de peligro instantánea; debido a que se causa por periodos cortos de tiempo, no causa daños importantes; sus principales síntomas según la clasificación de la organización que representa a la psicología científica y profesional de los Estados Unidos, la (*American Psychological Association*), son:

- a. **Agonía emocional**, una combinación de enojo o irritabilidad, ansiedad y depresión, las tres emociones del estrés.
- b. **Problemas musculares**, que incluyen dolores de cabeza tensos, dolor de espalda, dolor en la mandíbula y las tensiones musculares que derivan en desgarro muscular y problemas en tendones y ligamentos.
- c. **Problemas estomacales e intestinales**, como acidez, flatulencia, diarrea, estreñimiento y síndrome de intestino irritable.
- d. **Sobreexcitación pasajera**, que deriva en elevación de la presión sanguínea, ritmo cardíaco acelerado, transpiración de las palmas de las manos, palpitaciones, mareos, migrañas, manos o pies fríos, dificultad para respirar, y dolor en el pecho.

## **Estrés crónico**

Este tipo de estrés es de duración prolongada; se puede dar por semanas o meses, produce agotamiento y desgasta a las personas, a medida en que se va prolongado; destruye no solo el cuerpo, sino la mente y la vida; sus síntomas son muy graves, hasta fatales; puede producir ataques al corazón, apoplejía, crisis nerviosa final y fatal que puede desencadenar en suicidio.

Las características y la etimología del estrés mencionadas anteriormente, son las que ha considerado la ciencia médica, a lo largo de diversos estudios y análisis.

Pero no solo estos factores, vistos desde la medicina, son los que repercuten en los niveles de estrés en los sujetos. Las políticas neoliberales, nacientes en los años ochenta en Estados Unidos, apoyadas por pensadores económicos alemanes e ingleses, contratados por el Fondo Monetario Internacional, posteriormente apoyados por el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, crean un nuevo sistema de cambios en el modelo económico, implementado primeramente en países desarrollados y luego en América Latina, conocido como “la globalización”, en donde los grandes ganadores de ella, los empresarios consiguen beneficios astronómicos, eludiendo toda la responsabilidad, respecto de la democracia del futuro, trayendo consigo una serie de reformas tecnológicas y a nivel empresarial, en donde los trabajadores son sometidos a condiciones de presión más estrictas y complejas, en donde se les exige a la constante competencia, a la lucha por ser el mejor, a la productividad bajo el utilitarismo, en un mundo donde la amenaza de desempleo es cada vez más grande.

Todo esto ha creado un fenómeno en los trabajadores, conocido como estrés laboral o estrés en el trabajo.

## **4. ESTRÉS LABORAL**

Debido al cambio, tanto estructural como de funciones, que se ha producido al interior de las empresas y con la implementación de nuevas tecnologías, los trabajadores ahora están sometidos a mayores demandas que ocasionan el estrés.

El estrés en el trabajador, se produce cuando las demandas del entorno o del ambiente superan sus capacidades, produciendo una amenaza para su estabilidad. “Es decir, cuando tiene lugar un ajuste inadecuado entre la persona y el entorno, dando lugar en ocasiones al llamado “*Burnout*”, que es un trastorno emocional provocado por el trabajo con consecuencias físicas y psicológicas”. (Núñez, 2008, p. 19)

Según las investigaciones realizadas por la Lic. González Núñez y la investigadora agregada Parera Monfort, para la *Revista Transporte Desarrollo y Medio Ambiente*, en el 2008, los 9 factores más incidentes, que se pueden encontrar como agentes que ocasionan el estrés laboral, son:

- a. **Sobrecarga de trabajo.** - Se presenta cuando las tareas son complejas, de gran magnitud y volumen, y el trabajador va sintiendo que dicha tarea sobrepasa su capacidad para responder con la sobrecarga de trabajo. Breslow y Buell (1960), sostuvo que tanto los aspectos difíciles de la tarea, como el excesivo trabajo, han obtenido una relación directa, entre horas de trabajo y muerte, causada por enfermedad coronaria.
- b. **Pobre contenido de trabajo.** - Se puede presentar lo contrario, cuando la cantidad y volumen de trabajo no superan las expectativas del trabajador y está por debajo de sus capacidades profesionales o físicas.
- c. **Trabajo rutinario.** - Cuando el trabajo a realizar es rutinario, no exige al trabajador el uso de habilidades y/o capacidades, se aumentan los niveles de estrés cuando las jornadas laborales son extensas.
- d. **Ambigüedad del rol.** - Se presenta insatisfacción laboral y baja autoestima, cuando los trabajadores no tienen clara la tarea a realizar, y los objetivos que van a desempeñar. Igualmente, se produce estrés cuando se delegan mayores responsabilidades y tareas de las ya propuestas y el trabajador no las puede desempeñar.
- e. **Estilo de dirección.** - La falta de iniciativa que tienen los administrativos o directivos hacia los trabajadores, la falta de estímulo y reconocimiento a su trabajo, producen cambios en el comportamiento, sentimientos de tristeza y baja autoestima.
- f. **Relaciones interpersonales.** - Se caracterizan por ser distantes, frías, de poca confianza y ayuda, ya que lo único que importa es responder a las tareas establecidas y cumplidas y debido a la subordinación de problemas a otros, etc.
- g. **Inseguridad en el empleo.** - Cuando se crea incertidumbre acerca del futuro del puesto o de la organización.
- h. **Desarrollo técnico-profesional.** - El trabajador se encuentra en un mismo empleo durante varios meses o años, sin obtener oportunidad de ascenso y crecimiento, sintiéndose estancado.
- i. **Condiciones ambientales.** - Se presenta cuando el trabajador se encuentra en condiciones peligrosas o poco agradables en donde tiene que desempeñar sus funciones.

Estas pueden ser: la temperatura, el ruido, la iluminación, la contaminación ambiental, los problemas ergonómicos, etc. La ocurrencia de estos factores puede provocar insatisfacción laboral, ausentismo, baja productividad, desmotivación, conflictos interpersonales, falta de responsabilidad, intención de abandonar el lugar de trabajo, entre otras.

## 5. ASPECTOS PSICOLÓGICOS DEL ESTRÉS Y EL BURNOUT

Maslach y Susan E. Jackson, (1981) psicólogas de la Universidad de California, en su artículo denominado “The Measurement of Experienced burnout”, tomaron tres escalas principales, para analizar el *burnout* y el estrés producido a los trabajadores profesionales pertenecientes a varias clases del sector de servicios. Estas variables se obtuvieron de la recopilación de datos y un exhaustivo análisis, pero antes es pertinente hacer una breve observación, de lo que se conoce como el *burnout*, para así tener una comprensión de sus graves efectos en la clase trabajadora.

### ¿Qué es el Burnout?

El síndrome de *Burnout* proviene del inglés *burn-out*, que significa consumirse o agotarse, y es también llamado (el síndrome del trabajador quemado). Es un tipo de estrés que se considera como crónico, y se caracteriza por un progresivo agotamiento físico y mental, acompañado de una falta de motivación absoluta por las tareas a realizar y cambios en el comportamiento, adoptando en algunos casos malos modales, trato desagradable, entre otros.

Fue descrito por primera vez en 1969, y al principio se denominó “staff burnout”, para referirse al extraño comportamiento que presentaban algunos oficiales de policía de aquella época.

Estas variables mencionadas anteriormente, se presentan constantemente en los trabajadores que tienen que pasar la mayor parte de su tiempo prestándole servicios a las personas y manejan una interacción personal, no solo atendiendo al “cliente”, en su problema específico o prestándole un servicio necesario, sino lidiando con sus problemas (psicológicos, sociales o físicos); cosa que para el trabajador se convierte en una situación frustrante, cambiando esta frustración en estrés crónico, y luego a un grado mayor en *burnout*.

Para, “The Journal Of Occupational Behaviour”, el diario de comportamiento Organizacional, revista académica publicada por Wiley-Blackwell (2013):

El burnout es un síndrome de agotamiento emocional y cinismo, que se produce con frecuencia entre los individuos que realizan algún tipo de trabajo. Un aspecto clave del síndrome de burnout es cuando se incrementan los sentimientos de agotamiento emocional.

*A medida que sus recursos emocionales se agotan, los trabajadores sienten que ya no son capaces de dar de ellos mismos a un nivel psicológico.* (Cursivas fuera del texto original).

El aspecto clave del síndrome de *burnout*, es incrementar los sentimientos de agotamiento emocional, ya que cuando el trabajador siente que no tiene ningún recurso emocional su rendimiento y capacidad baja, no solo a nivel laboral,

sino igualmente a nivel psicológico; se empiezan a presentar sentimientos de desapego y desinterés a las necesidades del cliente, y el trabajador comienza a tener una percepción deshumanizada de los demás; empiezan a sentirse infelices e insatisfechos de su trabajo.

El *burnout* puede conllevar en el trabajo, un deterioro en la calidad de atención o servicio hacia el cliente, usuario o personal; se presenta el fenómeno de ausentismo para los trabajadores que tienen un puesto fijo de trabajo y baja moral, seguido de manifestaciones a nivel físico como angustia personal, agotamiento físico, insomnio, aumento en el uso de alcohol y drogas, y problemas matrimoniales y familiares.

### **Factores que causan el *burnout***

Entre los factores que causan el *burnout*, se encuentran el ambiente de trabajo, la carga excesiva del mismo, el agotamiento producido por los cortos periodos de descanso, elevados niveles de responsabilidad y labores repetitivas. Los estudios realizados (Christina Maslach, 1981), se encargaron de medir aspectos hipotéticos del síndrome de Burnout, por medio de entrevistas y cuestionarios, en donde se evidenciaron las actitudes y sentimientos que caracterizan a un trabajador con *Burnout*.

Se administraron en una muestra de 605 personas, de las cuales el (56%) son de género masculino y el (44%) de género femenino. Las principales ocupaciones en el sector servicios que se analizaron fueron: policías, consejeros, maestros, enfermeras, trabajadores sociales, psiquiatras, psicólogos, abogados, médicos y administradores de agencias.

Los estudios arrojan que, los trabajadores demuestran sentimientos de estar excedidos y demasiado agotados por el trabajo, demostrando un nivel alto de *burnout*, se encontraban fatigados física y emocionalmente, y las quejas de los clientes no se hicieron esperar, presentando altos niveles de deshumanización con los mismos.

A nivel familiar se les pidió a las esposas de los trabajadores de sexo masculino, que indicaran la frecuencia de varios comportamientos de sus maridos, encontraron que la mayoría de ellos llegaban a su casa molestos, enojados, tensos, ansiosos, agotados, y quejándose frecuentemente de problemas en el trabajo.

## **6. ESTRÉS LABORAL EN LOS TAXISTAS EN BOGOTÁ COMO UN PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA**

Este gremio de trabajadores es llamado “trabajadores al volante”. La palabra taxi, según la Real Academia Española, es una forma abreviada de la palabra “taxímetro” que, a su vez, deriva del griego *τάξις*, “tasa”, y del griego *μέτρον*, “medida”. Sin embargo, “algunos pretenden que derive del apellido Tassis,

llevado por el Conde de Villamediana, que trabajó como Correo Mayor de la Corte en tiempos de Felipe III” ([www.taxi.com](http://www.taxi.com), Paraguay).

El taxi, como transporte público, apareció históricamente cuando fueron aplicadas tasas a su utilización a través de taxímetros. Empero, el servicio de transportar personas en una gran ciudad, es casi tan antiguo como la civilización misma, empezando por las literas transportadas por esclavos que llevaban a las élites más importantes en la Roma antigua, hasta la proliferación por el mundo, a partir de comienzos del siglo XX, con la invención del taxímetro y el servicio como lo conocemos actualmente.

El color amarillo fue elegido en la ciudad de Nueva York, pues era un color fácil de distinguir entre la masa de automóviles.

En Colombia, los taxistas tienen unas características especiales, ya que la mayoría no trabaja en la sede de la empresa, no tienen una constante subordinación y todos son conductores de vehículos automotores.

Los conductores de taxis, en particular, tienen una serie de condiciones para ejercer su trabajo; una de ellas es que se deben encontrar en estado de atención y concentración, ya que a su cargo recaen cientos de vidas que abordan diariamente su vehículo, además de lidiar con el tráfico vehicular que influye en los niveles de estrés del trabajador.

Este trabajo es caracterizado por ser un trabajo solitario, ya que el trabajador no comparte con un compañero de labor o con una persona que valore su trabajo, y con la que pueda mostrar ayuda mutua, ya que atender usuarios es parte fundamental de sus funciones, pero a ellos se les presta solamente el servicio, mas no prestan ningún tipo de atención o estímulo al trabajador, ocasionando trastornos psicossomáticos y sociales, que constituyen un agravante del estrés.

Son sedentarios, ya que la mayor parte del tiempo (entre 14 a 16 horas al día), permanecen en una misma posición. Teniendo en cuenta que las sillas no tienen ninguna condición ergonómica, que se adapten a sus condiciones de trabajo, trae como consecuencia “las malas posiciones”, que pueden producir alteraciones en la curvatura de la columna vertebral.

Además, no se cuenta con un área de trabajo estable que brinde espacio y amplitud, pues todo el tiempo se está en un espacio reducido, en donde se producen constantes cambios de temperatura por la entrada y salida de pasajeros; las condiciones ambientales a las cuales se tienen que enfrentar dichos trabajadores, también resultan relevantes, ya que se pueden ocasionar riesgos químicos que produce el gas carbónico por la combustión del motor, producidos por tóxicos transportados, y por la polución o smoke que produce la combustión de CO<sub>2</sub> en el ambiente, aún más en una ciudad como Bogotá que puede producir más de 10 millones de toneladas de dióxido de carbono al año.

Por estas, y por muchas más razones, se deben ver con más importancia las patologías y enfermedades de origen laboral, las cuales se pueden presentar al valorar la salud de estos trabajadores de vehículo taxi.

El Dr. Rostagno, médico especialista en Medicina del trabajo y director de la *Revista Empresalud*, en la República Argentina, analizó los agentes estresores y las consecuencias o síntomas que producen el estrés en este gremio de trabajadores. Entre los factores que generan estrés en los trabajadores, se encuentran la fatiga crónica, síndrome de *Burnout*, el hastío, los trastornos en el ritmo cardiaco (cuando se maneja de noche y se duerme de día), trastornos abdominales y digestivos, obesidad o poco gasto energético o escasa actividad física, y lumbagos por carga o descarga de elementos que se transportan.

En la siguiente tabla se describirán algunas de las consecuencias que los agentes estresores, al igual que los factores de riesgo ocupacional pueden ocasionar en los trabajadores al volante:

AGENTES ESTRESORES	PRINCIPALES CONSECUENCIAS EN EL TRABAJADOR DE VEHÍCULO TAXI.
Largas horas de trabajo	En su mayoría, los taxistas realizan jornadas de trabajo que van entre las 12 hasta las 16 horas, mucho más que la establecida como jornada ordinaria laboral estipulada en el Código Sustantivo del Trabajo y en Convenios Internacionales de la OIT.
Largas horas de trabajo	Causan una desorganización en la vida personal y familiar, ya que disponen de poco tiempo para compartir con sus seres queridos, además de que se pueden ocasionar accidentes por el cansancio producido por las largas y extensas jornadas de trabajo.
Poco tiempo de descanso	El descanso de dichos trabajadores no se hace como debería hacerse, ya que la mayoría se dedica en su tiempo de descanso al mantenimiento de su vehículo. Estos periodos de descanso no se dan en función de la necesidad del cuerpo, sino en este caso por normatividad del Gobierno se dispone un horario de pico y placa en donde ciertos vehículos no pueden transitar, así que este tiempo se utiliza para descansar.



<p>Mala alimentación</p>	<p>Los taxistas se alimentan de una manera inadecuada en primer lugar, porque no dedican el tiempo necesario y comen en lugares improvisados, dependiendo de dónde hayan hecho el último servicio; en su mayoría, en estos lugares se consumen alimentos poco saludables, altos en grasas, condimentos y azúcares perjudiciales para la salud.</p>
<p>Alteraciones músculo-esqueléticas</p>	<p>Se pueden presentar lesiones lumbares y discopatías, por giros y flexiones de la columna por la postura sedente en que se realiza su trabajo; igualmente, daños en las articulaciones, contracturas musculares que serán reflejadas con el paso de la edad.</p>
<p>Alteraciones prostáticas</p>	<p>Igualmente, se produce por su posición sedente y rutinaria, y por la presión constante de la glándula prostática.</p>
<p>Alteraciones auditivas</p>	<p>El ruido constante en la ciudad y dentro del vehículo, produce dichas alteraciones; la otitis también se puede presentar, por el uso inadecuado de las ventanillas.</p>
<p>Daños oculares</p>	<p>Fatiga visual, por el esfuerzo que se produce para una conducción segura, y disminución de la visión.</p>
<p>Fatiga</p>	<p>Es la disminución de capacidad para el trabajo; se causa por un esfuerzo previo, disminuye el estado de vigilia de los sentidos, constituyéndose en un gran obstáculo para la actividad de conducir; esto es directamente proporcional con los cortos periodos de descanso.  Esta fatiga se puede hacer crónica, produciendo una sensación de malestar al inicio del trabajo; trastornos de carácter y tendencias depresivas, la fatiga y el estrés también puede producir infartos.</p>

El taxista trata de descansar cerca de una hora (desde que termina el pico y placa) o busca otras labores que hacer, como desayunar lo que se pueda, o hacer vueltas personales, que no tengan que ver con conducir.

Después del descanso me preparo para la jornada más larga y complicada de conducción que es desde las 10:30 a.m., hasta las 6:30 p.m., donde se sufren todos los trancones y se lidia con el afán de los pasajeros que necesitan atravesar la ciudad en menos de 5 minutos.

Además, aguantamos la contaminación auditiva por el ruido de las máquinas que realizan obras en las calles y carreras o en las vías de Transmilenio, y la contaminación ambiental de la ciudad en general, y en especial de los carros que nunca pasan por una revisión técnico-mecánica y de gases.

Todo esto repercute en los problemas de visión, tensión alta y fuertes dolores de cabeza que presentamos diariamente.

De 6:00 p.m. a 8:00 p.m. aproximadamente, es el otro descanso obligado, ya que el cuerpo no resiste más, y esas dos horas son las de mayor tráfico en Bogotá, por eso mismo se aprovecha para descansar, comer algo, revisar el vehículo nuevamente, encontrarse con los compañeros para comentar las buenas y malas de la jornada diurna, ya que permanecemos todo el día solos en el carro, que es un espacio cerrado y no interactuamos con nuestros compañeros.

Desde las 8:00 p.m. comienza la última parte, que dura aproximadamente 5 horas; estas se trabajan más relajadas, porque comienza a cobrarse el recargo nocturno, menos trancones y rinde más el dinero.

Generalmente, en esta jornada empiezan a salir los borrachos de los bares y discotecas, en ese momento comenzamos a recoger a las personas menos tomadas, yo no digo que algunos de mis compañeros no sean mañosos y malos con los usuarios, pero no somos todos, la mayoría somos gente trabajadora que al igual que los usuarios tratamos de sacar a nuestras familias adelante por medio de este trabajo e igualmente, tenemos que aguantar algunas inclemencias como los pasajeros que se suben y sufren de complejo de superioridad y tratan mal a los taxistas, los súper trancones, ser expuestos a bastantes horas de trabajo a la contaminación auditiva, visual y ambiental, al mal estado de la malla vial y a la persecución de la policía de tránsito hacia los taxistas, entre otras que mencionaba anteriormente, que nos producen estrés, enfermedades e impaciencia.

Pero no todo es malo, las cosas buenas de ser taxista son varias, la primera es que manejamos nuestro propio tiempo, no dependemos de patrones, el sueldo depende del tiempo trabajado, encontramos pasajeros buenos con quienes podemos intercambiar una buena charla, las asesorías que se reciben de pasajeros profesionales y los conocimientos que nos enriquecen.

En cuanto a las enfermedades laborales, por tantas horas laborales y estar sentado de 14 a 16 horas diarias, el sedentarismo puede producir sobrepeso, problemas auditivos por la contaminación, resequedad en los ojos por la contaminación ambiental, problemas en la piel por los cambios de temperatura, problemas renales, problemas articulares en especial en las rodillas y brazos por no tener una posición adecuada, problemas del colon por comer a deshoras y por la mala alimentación; además de problemas respiratorios o cáncer en los pulmones, ya que el estrés y las condiciones de trabajo difíciles nos producen ansiedad y ganas de fumar, igualmente de tomar, algunos de mis compañeros sufren de gota o cirrosis.” (P.: 2 y ss.)

Según este relato, solo se puede plantear la discusión de qué tan descuidado tenemos a este sector productivo, y cuánto influye que el taxista se encuentre en condiciones óptimas en cuanto a su salud ocupacional, en la atención y en la prestación de un buen servicio a los usuarios. Pues bien, la legislación colombiana respecto a los taxistas, no ha sido lo suficientemente clara, con relación a su rol de contratación laboral y su respectiva afiliación a la seguridad social.

Desde 1959, se estipuló que el contrato de trabajo, verbal o escrito, para los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrado con las empresas respectivas de taxis, aspecto que se reiteró en la Ley 336 de 1996, donde su obligación principal es la de “vigilar y constatar que los conductores de sus vehículos cuenten con la licencia de conducción vigente y apropiada para el servicio, así como su afiliación al sistema de seguridad social, según los prevean las disposiciones legales vigentes sobre la materia”.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 39.259 del 17 abril de 2013, insistió que se presume que la vinculación laboral del conductor es con la empresa privada prestadora del servicio, y que existe solidaridad entre esta y el propietario del taxi. Al ser contratados directamente por la empresa operadora de transporte, la afiliación a la seguridad social integral, se tiene que hacer de manera integral.

En el año 2014, y tras el Decreto 1047, se instaura el acceso universal de la seguridad social integral para los conductores de vehículos taxi, estableciéndose como obligatoria, ya que si no se encuentran activos en ningún sistema, no podrán operar, y la empresa de servicio público de transporte individual, puede ser sancionada y hasta suspendido su permiso de funcionamiento; el pago de los aportes se verá garantizado a través de la Planilla Integral de Liquidación de Aportes (PILA), asignándoles además un riesgo ocupacional nivel IV.

Este Decreto, es una solución a medias para los taxistas en Bogotá, ya que, aproximadamente circulan alrededor de 51 mil taxis en la ciudad y hay más de 100.000 mil conductores, en donde más de un 50% trabajan de forma informal, el conductor no es trabajador de la empresa, sino el dueño del taxi, o el dueño del taxi es el mismo conductor. Además, la mayoría de los conductores que trabajan por turnos solo laboran unas horas, sirviendo esto de excusa, para la no afiliación al Sistema de Seguridad Integral (SSI).

La preocupación sobre el tema de los taxistas es cada vez mayor, pero las medidas que se toman son menores, para un problema que ha generado paros de transporte de parte de los conductores y hace poco un paro de los mismos usuarios que están cansados igualmente, de las altas tarifas y del mal servicio. Según los estudios, tanto médicos como psicológicos anteriormente indicados, los agentes estresores pueden ser una de las causas del comportamiento de los taxistas, ya que no es estrés crónico lo que muestran tras su nivel de intolerancia con la ciudadanía, sino que ya se convirtió, peligrosamente, en el síndrome

de Burnout ya que pueden llegar a niveles de deshumanización, agotamiento y fatiga, que se ve reflejado en las múltiples quejas de los usuarios, que no consideran ni valoran el trabajo arduo y expuesto a tantas condiciones agrestes que enfrentan los taxistas diariamente. Parece que, al Gobierno nacional, al legislador y al Ministerio del Trabajo, como defensor de los derechos de los trabajadores, respecto a este tema, se le ha olvidado la frase de Ramón y Cajal que expresa: “Solo la alegría en el trabajo es garantía de salud, longevidad, productividad y buen servicio”.

## 7. CONCLUSIONES

El estrés y el *Burnout* son enfermedades que, aunque indetectables por largos periodos de tiempo, se pueden volver crónicas al punto de causar enfermedades más graves, la muerte o comportamientos agresivos, en las personas que la padecen.

Es por ello que, como primera medida, y ya que el Estado por medio del Ministerio del Trabajo se ha planteado dar solución al problema de la SSI, primero a los taxistas que se encuentran vinculados mediante un contrato laboral, ya sea de naturaleza verbal o escrita en una empresa de servicio público de transporte individual, debe surgir de manera obligatoria la implementación de un programa para la salud de cada uno de estos trabajadores, evaluando en su primer momento las condiciones y mecanismos que la empresa viene operando en cuanto a la salud ocupacional, estudiando los factores de riesgo e instituyendo un Comité de Salud Ocupacional. Este debe crearse, en cada una de estas empresas estudiadas e inspeccionadas, ya que la salud ocupacional tiene como fin máximo la promoción de la salud a través del fomento y del más elevado nivel de bienestar de los trabajadores de todas las profesiones, incluyendo este gremio.

De la misma forma, se podrán crear subprogramas de Seguridad e higiene industrial y medicina preventiva, que además deberán ser integrado por un psicólogo, quien entreviste a los trabajadores dos o tres veces al año, para evaluar su grado de satisfacción con el trabajo realizado, la relación con sus usuarios y entorno familiar, y sus niveles de estrés con respecto a los agentes estresores a los que se enfrentan diariamente.

Igualmente, se deben realizar inspecciones a cada puesto de trabajo, brindar capacitaciones de concientización, con respecto a la prestación de un buen servicio, analizar las ventajas de su trabajo, de cómo cuidar su sitio de trabajo, de protección personal, aseo, y realizar jornadas de distensión, como deportivas, o actividades recreativas para compartir en familia.

En cuanto este programa se implemente en una o dos empresas pioneras de taxis en el país o específicamente en Bogotá, se podrán iniciar programas piloto en las demás empresas, para luego poder normativizarlo, mediante un decreto de obligatorio cumplimiento.

Con respecto a los taxistas informales, en la medida en que esto se pudiese poner en marcha, se debe obligar a los dueños de los taxis, que son igualmente conductores, o que tienen trabajadores a su cargo sin afiliación al Sistema General de Seguridad Social Integral, dado que ahora por medio del Decreto 2616 del 2013, es posible la cotización por semanas, modalidad que admite efectuar la contribución y pago de los aportes a la seguridad social por fracciones semanales, permitiendo la vinculación a los sistemas de pensiones, riesgos laborales y subsidio familiar de las personas que trabajan por periodos inferiores a un mes, y que devenguen menos de un salario mínimo legal mensual vigente.

Y finalmente, como sugerencia a las empresas para que puedan conocer la situación en que se encuentra cada trabajador, en relación con su trabajo pueden realizar encuestas, entrevistas, y una observación constante, para promover una elevación de la motivación y, en consecuencia, contribuir a un mejor manejo de los posibles factores estresantes del entorno laboral. Para ello, se necesita un ambiente de trabajo positivo, donde se fomente la iniciativa, creatividad, participación en las decisiones, sentido de pertenencia, haciendo que los trabajadores se identifiquen con la organización; proporcionar formación, capacitación, aportar retroalimentación, lograr unas buenas relaciones interpersonales y comunicación; reconocimiento y estimulación por el buen desempeño.

Todas las ocupaciones tienen un aspecto interesante que se debe valorar. También es importante desarrollar la creatividad, incluso en las labores más cotidianas; tener un grupo de apoyo, ya que los amigos no deben crear tensiones ni malestar y han de ser personas con las que se pueda expresar libremente los sentimientos; realizar ejercicios físicos, pues conviene practicar gimnasia o deporte; distraerse y descansar, mantener una alta autoestima, respetar las motivaciones, realizar tareas que resulten interesantes y placenteras.

Para lograr la prevención de los niveles de estrés, se puede considerar, localizar el origen del mismo, evitar los hábitos que perjudican la salud y aumentan la tensión, como por ejemplo, las drogas, el tabaco y el alcohol; cuidar la alimentación con una dieta equilibrada, baja en grasas y azúcares, y rica en verduras y frutas; dormir las horas necesarias, y tratar de ver siempre el lado positivo al trabajo, así se logrará un bajo nivel de ausentismo y, a cambio de ello, se obtendrán trabajadores más satisfechos con su trabajo y la productividad empresarial crecerá.



# EL CONTRATO LABORAL DEL SECTOR RURAL EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER

*Jenny Patricia Arias Giraldo\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Los principios y las leyes del derecho laboral, por su carácter de orden público, hacen de su aplicabilidad una obligación para las partes inmersas en ella, aplicabilidad que se consigna a lo largo y ancho del territorio nacional, sin entrar a discriminar aspecto alguno acerca de ella; ahora, emanado el contrato de trabajo desde la misma ley laboral (artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo) y el contenido del mismo, desde sus elementos, aspectos estos contenidos en el artículo 23 de la mencionada codificación, en donde claramente están identificados y son desarrollados, aunándolo a los principios, arroja como resultado que el referido contrato es de aplicación nacional y no sectorial, puesto que, como es bien sabido, a los entes descentralizados no les es dada la facultad de hacer, reformar o modificar la ley.

Por otro lado, el empleo rural en Colombia está caracterizado por la baja calidad y los pobres salarios que reciben quienes allí laboran; los autores Lewis, Harris & Todaro (citados por Leibovich, Nigrinis y Ramos, 2008) argumentan que: *“el mercado laboral rural se caracteriza como un mercado segmentado (...) conformado por un segmento moderno, un segmento tradicional y un segmento que migra a las cabeceras por razones económicas”* (p. 1). Refiriéndose estos autores al aspecto poblacional.

Adentrándose ya al ámbito propio de la temática de este documento, es de anotar que el departamento de Santander no es ajeno a esta problemática, siendo lo planteado con anterioridad un problema de ámbito nacional, que desconoce la legislación nacional al respecto y que trabaja con sus propias reglas, a medida que su capacidad económica y productiva lo permite.

En este artículo, responderemos entonces a la pregunta: ¿las leyes laborales contenidas en la actual legislación colombiana, en materia de contratación laboral, son tenidas en cuenta por los empleadores, al momento de suscribir un contrato de trabajo en el sector rural?

---

\* Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Laboral de la Universidad Libre- Seccional Socorro (Santander).

Nuestro objetivo principal será mostrar a la comunidad en general, los aspectos más relevantes de la contratación laboral y la problemática que el sector rural enfrenta ante la imposibilidad de la puesta en práctica de los principios y leyes laborales referentes a dicho contrato en Colombia, y específicamente en el departamento de Santander.

La metodología desarrollada en el presente documento, se inició con la indagación de algunas encuestas tomadas de la página web oficial del Departamento Nacional de Estadística (DANE), en conjunto con la legislación laboral que enmarca el actuar de la problemática planteada, a saber: Código Sustantivo del Trabajo, normativa que contiene los aspectos legales que enmarcan el contrato laboral, desde su concepto, hasta los elementos que lo conforman y su aplicación territorial. Ahora, para su desarrollo se han propuesto ítems que, esbozados cada uno en su aparte literal, muestran la problemática en que se basa el presente trabajo, teniendo como temas principales, y que se discuten en cada aparte, los que siguen: 1) De los principios de la ley laboral en Colombia; 2) El contrato de trabajo en Colombia; 3) El contrato laboral en el sector rural colombiano, y 4) El contrato laboral rural en el departamento de Santander, terminando el mismo con las conclusiones que dan respuesta a la cuestión desarrollada en el presente documento.

## 2. DE LOS PRINCIPIOS DE LA LEY LABORAL EN COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia contiene, a lo largo de ella, los principios generales del derecho que enmarcan las leyes y, en sí, el derecho interno del Estado; y es en dichos principios en los cuales debe basarse el legislador, al momento de la creación de la propia ley.

Así las cosas, el artículo 53 de la Carta Política colombiana, claramente expresa en su literalidad los principios mínimos fundamentales que enmarcan la ley laboral en Colombia; cuando reza:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...)

Se destacan, en dicho precepto constitucional, los principios laborales de “favorabilidad, del *in dubio pro operario*, de la primacía de la realidad, de estabilidad laboral, de la condición más beneficiosa, de irrenunciabilidad, de



los derechos adquiridos y del mínimo vital”, (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-832<sup>a</sup> de 2013) sobre los cuales se entrará a conceptualizar, desde la propia perspectiva de las altas cortes colombianas, y desde el punto de vista de algunos tratadistas, sin extenderse más allá de su propio concepto.

### **Principio de favorabilidad**

Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia colombiana, a lo largo de los años, concluyendo del mismo, lo argumentado por la Corte Constitucional (2005):

(...) los elementos del principio de favorabilidad laboral, son, la noción de “duda” ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y la noción de “interpretaciones concurrentes”. En estos aspectos, la Corte ha considerado que la “duda” debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que, ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En este orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

En últimas, y según lo establecido en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.”; este principio aplica cuando coexistan normas laborales de distinto origen, que regulan una misma materia y se aplican a la solución del mismo caso, en donde tendrá prevalencia la más favorable para el trabajador.

### **Principio *in dubio pro operario***

Este principio ha sido analizado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en varias ocasiones, instancias que han llevado a tan alta corporación a concluir y conceptualizar sobre esta temática, de la siguiente manera:

(...) el principio *in dubio pro operario*, se presenta cuando frente a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante

como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.

Conceptualización que cubre el concepto mismo del *in dubio pro operario*, y que satisface el entendimiento acerca de este.

### **Principio de primacía de la realidad**

Bajo lo expresado por Barona (2010), el principio de primacía de la realidad, debe entenderse como sigue:

(...) entre los principios que debe tener en cuenta la ley que expida el estatuto del trabajo, se enuncia el de “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, (...) Aunque este principio no se haya formulado como tal en la legislación laboral preexistente a la nueva Constitución, su presencia es ostensible en algunas normas, como el artículo 23 del Código Sustantivo que, en su ordinal 2, dispone que, (...) una vez reunidos los elementos del contrato de trabajo, se presume que existe este, (...) y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen (...)” (pp. 254-255)

### **Principio de estabilidad laboral**

Para un correcto desarrollo de este principio, es importante observar lo expresado por la Corte Constitucional (1992), en donde desarrolla este, expresando que el mismo: “se erige en factor primordial de protección para el trabajador”.

Aunado a lo anterior:

(...) la estabilidad en el empleo tiene un doble fin, derivado del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad. (Barona, 2010, p. 256)

### **Principio de condición más beneficiosa**

El artículo 53 de la Carta Magna colombiana, establece en su inciso final que: “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”,

observándose dicha condición, como aquella que enmarca el principio de la condición más benéfica para el trabajador, protegiendo así a este último, de la merma de aquellos derechos que le fueron otorgados por la ley, con ocasión de su posición como empleado en una relación laboral.

Para Escobar, citado por Barona, este principio recae en un beneficio para el empleado y lo describe así: “la condición más benéfica es un beneficio para el empleado al que deba aplicarse, con respecto al régimen que este venía disfrutando. La condición más beneficiosa, supone la confrontación del régimen laboral que viene aplicándose a cierto trabajador con el régimen que pretende reemplazarlo total o parcialmente, ya que este solo puede tener eficacia jurídica frente al mismo trabajador en caso de que resulte beneficiado”.

### **Principio de irrenunciabilidad**

La Honorable Corte Constitucional (2010) al respecto estableció que:

(...) la irrenunciabilidad se inspira en el carácter esencialmente tuitivo de la normatividad laboral, orientada como ninguna otra, a proteger al trabajador de los eventuales abusos de que pueda ser objeto, para lo cual lo rodea de una serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de asegurarle un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado (2010), expuso al respecto que: el artículo 53 de la Constitución Política establece como garantía fundamental en materia laboral, el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales:

El cual refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para todo trabajador tiene el derecho laboral. De tal forma que las garantías establecidas en su favor, no puedan voluntaria ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia. Lo anterior, explica el carácter de orden público que ostentan las normas que regulan el trabajo humano, y el hecho de que los derechos y prerrogativas en ellos reconocidos se sustraigan a los postulados de la autonomía de la voluntad privada. Así lo preceptúa el artículo 14 de Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que: “las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables.” Sobre este particular, debe decirse que el derecho a la seguridad social, en punto de la prestación pensional, constituye un patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador, el cual hace parte de las condiciones de dignidad y justicia que deben orientar toda relación laboral.

### **Principio de los derechos adquiridos**

Para definir lo correspondiente a este principio, es plausible remitirse a lo expuesto por la Corte Constitucional (2005), que arguye:

Es claro que el primer inciso del artículo 16 prohíbe la aplicación retroactiva de las nuevas normas laborales, al expresar que: “las normas sobre trabajo (...) no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores. Con ello se protegen los derechos que ya han pasado a formar parte del patrimonio de las personas, es decir, los derechos adquiridos. Por otra parte, el artículo permite la retrospectividad de la ley laboral cuando dispone que “las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir...”.

*Esta autorización se ajusta a lo señalado por la jurisprudencia acerca de que las nuevas leyes laborales pueden afectar las expectativas legítimas de los trabajadores, incluso cuando consagran condiciones más desfavorables para el trabajador:*

### **Principio del mínimo vital**

El mínimo vital es, sin lugar a dudas, un principio constitucional que debe ser garantizado por el Estado. Consiste en mantener la capacidad adquisitiva de los trabajadores, en aras de no desmejorar su calidad de vida; lo que se busca es dar la opción de progreso. (Barona, 2010)

La Corte Constitucional (1998), se refirió al respecto con estas palabras:

(...) el mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario, sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano.

Ahora, el artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo, enuncia el alcance de la mencionada codificación en el territorio nacional, temática esta de suma importancia para el desarrollo de lo planteado, puesto que, es aquí en donde se plasma la obligatoriedad del Código Sustantivo del Trabajo: “en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad.”

Todos los aspectos esbozados con anterioridad, son base primordial y afianzan con fortaleza la obligatoriedad de la ley laboral, en toda relación laboral y en todo el territorio nacional, sin que medie alguna distinción entre trabajadores de algún ramo u otro, o, para el caso, sin que medie diferencia alguna entre el trabajo rural y el trabajo urbano.

### **3. EL CONTRATO DE TRABAJO EN COLOMBIA**

Habiendo abordado la temática de los principios que regulan la jurisdicción laboral de nuestro país, específicamente aquellos enfocados hacia el trabajo

como tal, y su aplicabilidad en todo el territorio nacional, es necesario, para cubrir con suficiencia la argumentación aquí expuesta, proceder a desarrollar lo concerniente al contrato laboral en nuestra legislación actual y en la jurisprudencia nacional.

La ley laboral colombiana, establece la definición del contrato individual de trabajo de la siguiente manera:

1. Contrato de 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.
2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario. (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22)

Del anterior concepto, es posible dilucidar los elementos del contrato de trabajo, a saber: 1. Prestación de un servicio personal; 2. La continuada dependencia o subordinación de quien se denomina trabajador para con el empleador, y 3. La remuneración o salario como pago a la actividad que el trabajador desarrolla por mandato del empleador.

Ahora bien, el Código Sustantivo del Trabajo presenta, en su artículo 23, los denominados elementos esenciales del contrato de trabajo, que en su literalidad establece:

1. Para que haya contrato de trabajo, se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:
  - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
  - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
  - c. Un salario como retribución del servicio.
2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo, y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Ahora, presentados los elementos esenciales del contrato de trabajo, se hace importante realizar un análisis de los mismos.

Así, en lo tocante a la actividad personal del trabajador obsérvese que esta recae en la obligación contraída por él, que se reduce a llevar a cabo una actividad, sea intelectual o manual, o de otra índole, siempre y cuando dicha actividad no vulnere los derechos establecidos como fundamentales en la Constitución Política de Colombia, ni contraríe los principios esbozados, como el principio de la ley laboral.

Para el análisis del segundo elemento del contrato de trabajo, se tomará lo estatuido por la Honorable Corte Constitucional, que lo analizó de la siguiente manera:

La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.

Para terminar con el tema del contrato laboral en Colombia, es de traer a colación lo argüido acerca del salario, como elemento primordial de dicho contrato, por la Honorable Corte Constitucional (1995):

La Constitución no ha señalado reglas expresas y precisas que permitan definir el concepto de salario, los elementos que lo integran ni sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, dichos aspectos corresponden a una materia que debe ser regulada por el legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, que necesariamente deben consultar los principios básicos que aquélla contiene, como son, entre otros, la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre la formalidad. (...)

Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador,

ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales. (Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1995).

#### 4. EL TRABAJO EN EL SECTOR RURAL COLOMBIANO

Antes del desarrollo del específico ítem del contrato laboral del sector rural, en el departamento de Santander, es importante observar la situación del sector rural a lo largo y ancho del territorio nacional.

Así las cosas, los autores Pérez & Pérez (2002), expresaron: “la población rural en Colombia está conformada por los campesinos pobres, los pequeños, medianos y algunos grandes propietarios. También son pobladores rurales los pescadores, los artesanos y quienes se dedican a las actividades de la minería. Así mismo, los indígenas y gran parte de los miembros de las comunidades negras conforman la población rural”.

Continuando, en estudio realizado por Leibovich *et al.* (2009), se expone que el mercado laboral rural “se caracteriza por preeminencia de empleo de baja calidad”.

Igualmente, es importante anotar que en Colombia, el sector rural en los últimos años, ha sido afectado por innumerables sucesos, algunos causados por la furia de la naturaleza; otros por las malas decisiones administrativas, tanto a nivel local como a nivel nacional, y otros por el conflicto armado, que ha causado migraciones de campesinos hacia las cabeceras municipales, en algunos casos y en otros, que son mayoría, hacia las grandes ciudades, situaciones que disminuyen altamente la población en campos y veredas haciendo que la producción de los mismos disminuya en gran proporción.

Es de observar también, como lo afirma Perfetti (2009), que:

Los bienes rurales destinados a la exportación tales como café, carnes y productos agrícolas son demandantes de mano de obra y ofrecen empleos de calidad. La disminución internacional de la demanda generaría bajas en el empleo rural, afectando también a los pequeños productores. Cabe esperar, por lo mismo, un aumento de personas que trabajen por cuenta propia entre los trabajadores familiares que pierden el trabajo, y una reducción del número de jornaleros o peones. (p. 3)

Quienes, como ya se ha dejado establecido, son la mayoría de la población rural de nuestro país, recayendo todo esto en la imposibilidad de protección de la ley laboral hacia aquellos, ya sea por la concertación de atipicidades laborales contractuales, o por la inexistencia de contrato alguno.

En documento expuesto por la OIT, la CEPAL y la FAO, llegó a determinarse que: “(...) la escasez de tierras productivas, las malas condiciones de empleo en la agricultura y el mejor acceso a servicios básicos en las ciudades, explican en gran medida la tendencia de las personas a abandonar el área rural.”

Ahora, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha informado, a través de su portal web, que: “el desempleo rural en la última década ha caído a sus niveles más bajos,” entregando cifras concretas obtenidas del Departamento Nacional de Estadística (DANE), que permiten dilucidar dicha situación, pero, muy a pesar de las cifras de empleo nacional divulgadas por el DANE, “buena parte de los nuevos empleos rurales son informales”. (Federación Nacional de Biocombustibles de Colombia, 2010).

Para el presidente de la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC), Mejía López, citado por Pachón:

Lo que resulta preocupante es que el crecimiento de la ocupación en las zonas rurales se está dando gracias a la informalidad, especialmente en los trabajos denominados por cuenta propia y trabajos sin remuneración. (...) La informalidad favorece la competencia desleal y no permite el desarrollo y crecimiento del sector agropecuario colombiano, porque castiga especialmente la producción formal y empresarial y premia la ilegalidad. (...) es importante profundizar la adopción de medidas que estimulen la formalización y empresarización del sector rural colombiano.

En apoyo de lo expuesto con antelación, Ocampo & Perry (1995) arguyen que la población rural, basan completamente sus esfuerzos para determinar su ingreso. Ahora bien, en términos de la Organización Internacional del Trabajo–Oficina Regional para América Latina y el Caribe: “El empleo informal se caracteriza por ser una relación de trabajo, de derecho o de hecho que no está sujeta a la legislación laboral nacional. (...) y que, en algunos casos, son empleos a los cuales el reglamento laboral no se aplica, no se hace cumplir o no se hace respetar por otro motivo”.

El nuevo concepto, que recomienda la XVII Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, citado por la OIT en el año 2006, incluye en dicho concepto a “los asalariados que tienen empleos informales, ya sea que estén empleados por empresas del sector formal, por empresas del sector informal o por hogares que les emplean como trabajadores domésticos asalariados (...)”. Por otra parte, el empleo y la generación de ingreso, más que un fin en sí mismos, deben constituirse en uno de los resultados esperados de la ejecución de las



políticas públicas propuestas. Es decir, que el éxito de los lineamientos políticos del Estado y del Gobierno, debe verse reflejado en unas mejores condiciones económicas de los habitantes rurales, tanto a nivel individual como en su condición de productores, y a nivel de comunidad y región. Por el contrario, el detrimento de estas condiciones se constituye en un adecuado indicador de la deficiente orientación de política hacia lo rural.

Lo expresado en este aparte del escrito, se dirige sin equívocos al conglomerado social que vive en nuestros campos, a la aplicación de figuras diversas a las establecidas por la ley, en cuanto a la contratación laboral se trata, puesto que la baja productividad del sector rural y la escasa temporalidad en que se desarrollan las labores del sector, impiden la aplicación directa de lo establecido en las normas laborales, degradando lo allí establecido a prácticas que se acomodan a la situación real, tales como, no pago de la seguridad social, salarios por debajo del salario mínimo legal, no pago de prestaciones sociales y en general, contrariando los mínimos establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo.

## 5. EL CONTRATO LABORAL RURAL EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER

La población rural del departamento de Santander (Colombia) se encuentra en serios problemas de inequidad, refiriéndonos exactamente al disfrute de los servicios públicos, a la obtención de servicios de salud, a la adquisición de vivienda y a las oportunidades de educarse para el futuro. Lo antes planteado, se debe a que esta población está dividida o sectorizada en tres grandes grupos, a saber, 1) Los campesinos dueños de pequeñas parcelas, a quienes, en la mayoría de oportunidades, no les es posible acceder a ningún servicio público, educación y/o servicios de salud, y menos pagar las prestaciones de ley a quienes contratan para explotar sus tierras, teniendo muy en cuenta que, en la mayor parte de las oportunidades, son ellos mismos quienes explotan sus tierras; 2) Los campesinos dueños de grandes extensiones de tierra, quienes cuentan con los medios para alcanzar las posibilidades que los primeros no poseen, pero no cuentan con la posibilidad de pagar los estándares legales laborales establecidos en Colombia a sus empleados, y 3) Las grandes empresas que llegan a los campos para llevar a cabo su explotación, teniendo estas, acaparados los servicios públicos, el acceso a los servicios de salud y las oportunidades de obtener vivienda y acceder a la educación, tanto a los propietarios de las mismas, como a sus empleados, quienes verdaderamente acceden a los servicios mencionados con ocasión de su empleo. (Leivobich, 2008)

Ahora, es de suma importancia lo que plantea León (2010), al expresar que:

El sector agropecuario del país es muy importante para la economía; pero, la realidad es que nos estamos quedando sin población rural, son muchos los que salen a las ciudades a buscar oportunidades de estudio y laborales y no regresan.

Garantizar que los ruralistas se capaciten permitirá al campo progresar, que el sector se desarrolle y adopte las nuevas tecnologías que le permitan mejorar la calidad de vida de los integrantes de las comunidades agrarias. Además, una persona más produciendo en su finca es probablemente un desempleado menos en las ciudades.” (p. 3)

Refiriéndonos al departamento de Santander, en este aparte, no es sorpresivo afirmar que éste presenta las situaciones descritas a lo largo del presente documento, y más aún cuando fue el lugar que el autor escogió para preparar el artículo inmediatamente anterior citado.

Otro de los problemas que enfrenta este departamento colombiano, según la Alta Consejería para la Reintegración de la Presidencia de la República (2008), es que: “los cultivos de Santander tienden a ser estacionarios por no tener tecnificación ni riego, dificultando su comercialización a nivel internacional”.

Ahora, el DANE (2012) ha dado como resultado que: “la tasa de desempleo en agosto a nivel nacional fue de 9.7%, frente al 10.1% del mismo mes de 2011” (...) “y la tasa de desempleo solo de Bucaramanga y área metropolitana fue de 9.6%” (pp. 1, 12). Teniendo en cuenta las cabeceras municipales y el resto, las cuales han sido definidas por el DANE como:

**Cabecera municipal:** área geográfica que está definida por un perímetro urbano, cuyos límites se establecen por acuerdos del Concejo Municipal. Corresponde al lugar en donde se ubica la sede administrativa de un municipio.

**Resto:** *se caracteriza por la disposición dispersa de viviendas y explotaciones agropecuarias existentes en ella. No cuenta con un trazado o nomenclatura de calles, carreteras, avenidas, y demás. Tampoco dispone, por lo general, de servicios públicos y otro tipo de facilidades propias de las áreas urbanas.* (p. 1).

Reuniendo los datos que preceden este párrafo, es posible afirmar que en Santander el trabajo rural, en su mayoría, se rige por contratos de trabajo verbales, que en ningún momento son contratos indefinidos, y en donde muy a pesar de tener los elementos principales del mencionado contrato, a saber, prestación personal del servicio requerido, subordinación y salario, aspectos antes abordados, son contratos, por llamarlos de alguna forma, atípicos, aceptados por dicha población, debido a las innumerables situaciones expresadas a lo largo del desarrollo de este artículo.

Para finalizar, la Gobernación de Santander cuenta actualmente con una Secretaría de agricultura, cuyas funciones principales son: Las de crear condiciones para la generación de empleo en el sector rural y así recuperar la competitividad. De igual manera, liderar, apoyar y coordinar con los actores del sector rural las actividades encaminadas a promover la participación para

el posicionamiento del sector, bajo esquemas de cadenas productivas que permitan generar capacidad empresarial rural, valor agregado y ofertas de empleo productivo.

Es entonces factible concluir que, tanto en el departamento de Santander como en el resto del país, el sector rural sigue siendo vulnerado de una manera u otra, ya sea porque el conflicto armado no permite a los campesinos trabajar su tierra, o porque los empleadores no cuentan con los ingresos necesarios para brindar a sus empleados o jornaleros, los mínimos garantes establecidos por la misma ley.

A la pregunta planteada como base para el desarrollo del presente documento, a saber: ¿Las leyes laborales contenidas en la actual legislación colombiana, en materia de contratación laboral, son tenidas en cuenta por los empleadores, al momento de suscribir un contrato de trabajo en el sector rural? Y basándonos en el estudio de esa situación, dentro de la investigación realizada, a partir de la temática titulada: “El contrato laboral del sector rural en el departamento de Santander”, es plausible afirmar que, en definitiva, “Las leyes laborales contenidas en la actual legislación colombiana, en materia de contratación laboral, “no” son tenidas en cuenta por los empleadores al momento de suscribir un contrato de trabajo en el sector rural”, lo que en parte se debe al desconocimiento de dicha población rural, de aquellos derechos que les revisten como trabajadores y las obligaciones que tienen sus empleadores en una relación laboral, aspecto este que se da por falta de capacitación a esta población trabajadora de la sociedad colombiana.

## 6. CONCLUSIONES

Los principios que enmarcan las leyes laborales, a saber: favorabilidad, del *in dubio pro operario*, de la primacía de la realidad, de estabilidad laboral, de la condición más beneficiosa, de irrenunciabilidad, de los derechos adquiridos y del mínimo vital, han sido aplicados por el legislador a la hora del establecimiento de la ley laboral en Colombia, convirtiendo tal normativa en preceptos legales de orden público, razón por la cual, su aplicación es de obligatorio cumplimiento en todo el territorio nacional, sin que en ningún caso, dicha aplicabilidad sea mutada, o no aplicada, en determinado sector de la sociedad.

Ahora, para que exista un contrato de trabajo, la relación laboral que lo establezca debe estar precedida por los elementos que la ley laboral exige para su nacimiento a la vida jurídica, elementos esenciales que la misma ley crea, y que son: la actividad personal, la subordinación y el salario, en donde la falta de uno de ellos, hace que el vínculo laboral se establezca en forma atípica y contraríe la legalidad del contrato de trabajo, aspecto último que es castigado por la ley, y que acarrea sanciones económicas, legales y administrativas para el empleador que incurra en este tipo de faltas.

Por otro lado, el conflicto armado, el desplazamiento masivo de personas del sector rural hacia el sector urbano, la disminución de exportaciones de los productos agrícolas, y en general de los bienes producidos en el sector rural, entre otros aspectos mencionados a lo largo de este documento, afectan directamente el empleo en el sector rural colombiano, en donde se ha observado un crecimiento del trabajo informal, y que son las familias las que trabajan sus tierras para su propia manutención, aspecto este que recae en la inexistencia de ley alguna, que regule esa situación.

Aunado a las circunstancias mencionadas en el párrafo inmediatamente anterior, que afectan directamente las relaciones labores del sector rural, es de observar, junto a estas, que dicho sector del país, se encuentra dividido entre los pequeños campesinos, que son la mayoría de la población rural, los pequeños productores y los hacendados, siendo los últimos, la población más pequeña, pero a su vez, la dueña de los suelos campesinos en su mayoría, y quienes, al igual que todos, se han visto inmersos en la problemática planteada, lo que los ha llevado a la contratación atípica de trabajadores, sin respeto de los mínimos legales, en donde los afectados (los pequeños campesinos) se conforman con la obtención de un trabajo que, aunque no suple sus necesidades básicas, con ello logran algún sustento diario.

Terminando, el departamento de Santander no es ajeno a las situaciones esbozadas con antelación, puesto que, como es bien sabido, el territorio santandereano ha sido víctima de todo lo dicho, igual que ocurre a lo largo y ancho del territorio nacional (de la violencia, de la devastación de la naturaleza, del crecimiento del empleo informal, etc.), aspectos estos que conllevan a la población rural, que hace parte de esta circunscripción, a todo lo planteado en los últimos dos títulos del presente documento, ocasionando así la imposibilidad de la aplicación de la ley laboral, del respeto a los principios que enmarcan el propio derecho al trabajo y de aquellos que nutren el derecho laboral en su esencia.

# LA DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA

*Julio Armando Rodríguez Ortega\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Los nuevos paradigmas del derecho, adoptan esquemas deconstructivos conectados a la realidad social que le permiten asumir su propia realidad. Gracias a este enfoque, el derecho laboral cuenta con una realidad dinámica y cambiante, que lo modifica, lo regula y, a su vez, se ve modificado por ella, como una respuesta a las sociedades altamente diferenciadas de nuestro tiempo y a los cambios profundos que se están produciendo en las relaciones individuales y colectivas del trabajo.

Este enfoque deconstructivo del derecho, parte de la realidad inequívoca de que la sociedad se halla dividida en sistemas funcionales autónomos, cada uno de los cuales funciona de acuerdo con sus condiciones contextuales, que le permiten y facilitan la operatividad, pues en los regímenes privados globales se presenta una efectiva auto deconstrucción del derecho del trabajo, que anula fácilmente los principios tradicionalmente protectores de esta disciplina: la validez de las normas jurídicas desde una jerarquía de fuentes normativas, la promulgación de derecho por instancias parlamentarias, el aseguramiento del Estado de derecho, por instituciones, procedimientos y principios, y la garantía de espacios individuales de libertad, logrados a través de luchas políticas de los trabajadores.

Se trata de un enfoque que considera ilusoria la posibilidad de arreglar o reglamentar, con normas positivas o con disposiciones estatales, todo el mundo del trabajo y de la vida social, así como la creencia de que unos códigos de hace siglo y medio puedan tener la normatividad necesaria y suficiente para resolver y dirigir todos los asuntos laborales y sociales. La ideología o tendencia que sigue considerando como únicas fuentes del derecho, las normas emanadas de los órganos del Estado, está claramente en crisis, y deja abierta la posibilidad de otras opciones aún no jurídicas.

Las condiciones económicas y sociales de la globalización, han presionado la compleja tarea de modernizar el derecho del trabajo o realizar con él un proceso de

---

\* Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales. Docente investigador de la Universidad Manuela Beltrán y de la Universidad Autónoma de Colombia.

deconstrucción que le pueda dar una nueva fisonomía, replanteando el ámbito de aplicación personal de las leyes laborales, de tal forma que sea posible superar la fragmentación del mercado del trabajo y permitir a los trabajadores integrados y a los excluidos, para efectuar con éxito las transiciones entre las distintas situaciones laborales. Se trata de un desarrollo normativo que abarque las formas prácticas y jurídicas de los nexos de trabajos personales no incluidos en las clásicas relaciones de trabajo.

Una deconstrucción del derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI, es un procedimiento válido para su reformulación y un instrumento de análisis y apoyo para el desarrollo de una política de empleo con el objeto de afrontar y delimitar el papel que cumple en la actualidad la legislación laboral, de tal forma que se encuentre el justo medio que logre la flexibilidad para la empresa y la seguridad para el trabajador. En este contexto tiene especial importancia el diálogo social entre sindicatos y empresarios para la configuración de un nuevo derecho del trabajo que favorezca la creación de empleo a través de novedosas y equitativas reformas.

El derecho del trabajo nació con la Revolución Industrial hace casi dos siglos, y los factores que le dieron origen han desaparecido casi en su totalidad. Hoy con la globalización las relaciones obrero-patronales adquieren una nueva dimensión y la misma existencia del derecho laboral depende de otras variables especialmente el vínculo entre el comercio internacional y los derechos de los trabajadores consagrados en instrumentos internacionales propios del mercado, la competitividad y los factores de producción, que afectan la suerte de los trabajadores en sus propios países. (Hepple, 1994)

Hoy más que en cualquier otra época el carácter internacional del derecho laboral se hace evidente, y sus principios adquieren un nuevo contexto con la globalización y mundialización de la economía, lo que ha determinado algunos efectos benéficos en las condiciones de empleo, pero también serias dificultades derivadas de las grandes desigualdades sociales, de la propagación de las innovaciones tecnológicas, que han ensanchado la brecha entre ricos y pobres y han dislocado la división internacional del trabajo abordando, la desigualdad entre la capacidad negociadora del capital y el trabajo. (Freedlands, 2007)

Las normas laborales, tan vinculadas a la justicia social, sufren en la actualidad grandes transformaciones, y la reglamentación del trabajo tiene que contextualizarse en el ámbito internacional, con instrumentos idóneos para mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, quedando claro un consenso en torno a derechos laborales fundamentales en cualquier país del mundo. Tales derechos, a su vez, constituyen una condición previa en la lucha contra la pobreza y en la redistribución de la riqueza y de los ingresos, cuando lo que se pretende es alcanzar las metas de un desarrollo sostenible.

En este sentido, la OIT y la OMC han renovado sus compromisos de promover el respeto y cumplimiento de normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas, refiriéndose explícitamente a los derechos básicos de los trabajadores relacionados con libertades y derechos sindicales, el trabajo forzoso, el trabajo de menores y, sobre todo, la igualdad en la remuneración, por un trabajo de igual valor y la no discriminación en el empleo y la ocupación.

Después que la OIT adoptó la Declaración relativa a los **Principios y derechos fundamentales en el trabajo**, en el año de 1998, todos los Estados tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad las libertades y derechos sindicales, y demás normas fundamentales del trabajo, las cuales constituyen puntos de referencia, como marco normativo en la cooperación internacional, en la inversión extranjera, en las redes globales de producción, en el desarrollo empresarial local y en las demás instituciones de la economía informal, lo mismo que las empresas transnacionales y multinacionales con sedes en países miembros de la OIT.

Según la OIT, si bien la globalización económica puede fomentar el crecimiento económico indispensable para el progreso social, se debe asegurar el cumplimiento de un conjunto de normas sociolaborales, que tengan fundamento en valores comunes según los cuales todos los actores de la economía reciban **una proporción justa de la riqueza que han ayudado a crear**, pues los esfuerzos dedicados por cada país, para impulsar el desarrollo económico, deben estar dotados de una **vertiente social** que incluya el reforzamiento de los derechos laborales.

En este sentido, se ha mencionado el *dumping social*, como una forma de vulnerar los derechos laborales para abaratar el costo de la mano de obra y ganar competitividad internacional, para lo cual es necesario que los nuevos acuerdos comerciales y de integración económica, incluyan disposiciones a favor de los trabajadores, con el objeto de lograr una distribución más justa de los beneficios generados por la globalización.

Por otra parte, los costos sociales y medioambientales de la globalización, lo mismo que los cambios tecnológicos, han transformado los componentes básicos del derecho del trabajo y han despertado la convicción de que, si la comunidad mundial no resuelve los problemas de injusticia y desigualdad, el descontento social aumentará y será evidente la fragilidad de la paz social. Por lo tanto, se hace necesario replantear el derecho del trabajo, que incluya en su contenido protección eficaz contra el desempleo abierto, contra la concentración de la riqueza, de tal forma que no se limite a proteger cierto grupo de trabajadores sino básicamente a proteger el trabajo humano. (Hepple, 1994).

El nuevo derecho del trabajo debe concebir y promover iniciativas jurídicas y políticas innovadoras que protejan todas las formas de trabajo, especialmente materializadas en el trabajo familiar, en la microempresa, en el trabajo del sector

rural, con un incremento significativo de inversión en una educación para el trabajo y no la protección a grupos de trabajadores como ya se dijo, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, buscando ante todo la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido y, al mismo tiempo, lograr plenamente el desarrollo de su potencial humano.

## 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

La deconstrucción del derecho del trabajo está centrada en el debate de la aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo, es decir, el ámbito de aplicación personal, teniendo como referencia una familia de contratos dentro de la cual el contrato de trabajo asalariado tradicional no es necesariamente el modelo, aunque sea el más frecuente, y por lo tanto, en que el punto de partida es el reconocimiento de que la relación personal de trabajo, en ocasiones, no adopta una forma contractual. Se trata de asumir la relación socioeconómica de las relaciones de trabajo personales, en las cuales se combinan categorías jurídicas de trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia.

La relación del trabajo de quienes ejercen profesiones liberales, los emprendedores individuales, los consultores, el llamado sector informal, los trabajadores temporales, ocasionales, tiempo parcial, aprendices, practicantes e independientes son, entre otras, las modalidades de relaciones de trabajo personales tradicionalmente identificadas como trabajadores por cuenta propia, y trabajadores independientes que realizan actividades prácticas o empíricas, que no son objeto de ninguna relación contractual ni proyección laboral y deberán considerarse en la formulación de un nuevo derecho del trabajo. (Minusc, 2007)

La relación laboral que no involucra un contrato de trabajo sino una relación socioeconómica con nexos laborales personales, es bastante diversa y variada. En principio, estos nexos no son homogéneos, sino que presentan varias modalidades según sean bilaterales o multilaterales parcialmente contractuales y en general, contratos no personales de servicio, o pequeñas empresas unipersonales que en ocasiones se convierten en contratos comerciales o de negocios, excluyendo las tradicionales relaciones de trabajo reguladas en el derecho laboral. Como estas situaciones abarcan un alto porcentaje de trabajadores, es necesario considerar un ámbito ampliado de la normatividad laboral que sería un importante componente en la deconstrucción y en la formulación de un nuevo derecho de trabajo.

Lo anterior, significa que existen relaciones laborales no enmarcadas en la tradicional categoría jurídica del asalariado clásico, cuyas denominaciones van desde la palabra **empleo precario**, relaciones de trabajo marginales, trabajadores informales, etc., que por regla general se caracterizan por las inexistencias de regulación y protección jurídica, debido a que su alejamiento gradual del clásico



contrato de trabajo y a su asimilación como contratos personales de servicios equivalentes a relaciones de trabajo personales que por ser jurídicamente indeterminables o imprecisos, no se les puede aplicar el derecho de trabajo.

Existen igualmente, otras formas complejas de nexos de trabajo personales, que algunos podrían considerar como variantes o modalidades de la relación laboral, pero que por su carácter precario nunca podrían considerarse tales, como son la relación de trabajo personal de los aprendices, los practicantes, los pasantes y otras formas similares, en las que es necesario replantear la relación de trabajo personal y diferenciarla del nexo laboral personal y de los contratos de servicios comerciales.

El centro de discusión en el momento actual, está en diferenciar las variadas formas jurídicas del contrato de trabajo y del contrato personal de servicios, teniendo en cuenta que las dos rebasan el ámbito de las relaciones de trabajo personales e involucran relaciones simplemente civiles y comerciales o de negocios no personales, situaciones en las que el vínculo jurídico existente es cada vez más indeterminado, razón por la cual se les denomina simplemente relaciones de la economía informal.

La importancia de este debate, radica en que las relaciones de trabajo y el derecho del trabajo en general, tienen profundas repercusiones sociales, razón por la cual al derecho del trabajo se le denomina también derecho social; y el problema que se centra en decidir si las distintas formas jurídicas del contrato de trabajo y del contrato personal de servicios, se deben ubicar dentro del ámbito general de la normatividad laboral o fuera de él.

Pero teniendo en cuenta la amplitud del derecho de trabajo, que involucra disciplinas como la seguridad social, los derechos humanos, la economía del empleo, el derecho industrial, etc., la discusión de una deconstrucción del derecho del trabajo va más allá del ámbito general de las relaciones de trabajo personal, y se desplaza del análisis de los derechos y expectativas de quienes realizan cualquier tipo de trabajo en la sociedad, hasta incluir las tareas domésticas del hogar.

Frente a este, hay voces que mencionan la desaparición del contrato de trabajo, reduciendo sus contenidos a relaciones jurídicas de derecho privado y mercantil, y a una amplia gama de contratos, agrupados bajo la denominación de contratos de servicios incluidos los personales y los no personales, apuntando a la creación de un marco más completo, que excluya del ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo una familia de contratos y nexos de trabajo personal.

La vigencia de la legislación del trabajo, amparada ampliamente por la OIT y su Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, ha sido cuestionada en algunos países por la aparición y propagación de relaciones o regímenes de trabajo personales, ubicados fuera de los conceptos y definiciones del ámbito de

aplicación personal de la normatividad laboral, que ampara a los trabajadores, en dichas modalidades o relaciones de trabajo tradicionalmente toleradas y aceptadas en la noción de relaciones de trabajo encubiertas y ambiguas que, por tal razón, se consideran fuera del ámbito de las leyes del trabajo, y que no son otra cosa sino un disfraz o una forma de evasión del proteccionismo laboral, pero que sin duda alguna, son distorsiones o limitaciones para aplicar la legislación laboral, con serias consecuencias en el aspecto social. (Rodríguez, 1986).

Se hace, pues, necesaria una revisión de la normatividad laboral, no solo desde el punto de vista legal, sino involucrando también sus componentes conceptuales y sociales, a fin de garantizar una efectiva protección al trabajo en sus distintas manifestaciones, conciliando los elementos tradicionales del derecho del trabajo, que protegen al trabajador con otros elementos igualmente vitales en la dinámica social, que contribuyen de manera más radical a impulsar la capacidad de creación de trabajo, y a ampliar las posibilidades para hacer realidad el “Derecho del Trabajo” como un derecho humano fundamental e inalienable, que está por encima de la simple regulación normativa.

Esta aplicación del ámbito de las leyes del trabajo, a otras formas existentes y novedosas de relaciones y contratos personales de servicios, constituye, de por sí, una deconstrucción del derecho del trabajo y una alternativa viable para superar la fragmentación del mercado de trabajo, y permitir a los trabajadores excluidos y marginados participar solidariamente de la protección normativa que los ampara, no tanto como trabajadores sino como creadores de trabajo.

Para alcanzar esta meta es necesario precisar, desde el punto de vista conceptual y jurídico, las formas prácticas y normativas de los nexos de trabajo personal, que asumen hoy protagonismo, fuera de las clásicas relaciones contractuales de trabajo. Esta opción dará lugar, en el peor de los casos, a una modernización del derecho del trabajo, con un entorno práctico y jurídico, o simplemente a un nuevo derecho del trabajo nacido de la globalización, que deja inexistente el derecho del trabajo nacido de la Revolución Industrial, que aún sigue vigente.

Este nuevo derecho del trabajo, debe estar contextualizado en la realidad latinoamericana, con sus limitaciones económicas y sociales, y debe involucrar una diversidad de situaciones y conceptos como punto de partida de un debate más general, que cuestione la aplicación globalizada de las normas de la OIT a contextos sociales laborales y jurídicos muy diferentes, con etapas de evolución y desarrollo social y cultural significativamente disímiles, caracterizadas por ramificaciones jurídicas complejas, que desbordan el marco contractual.

Un nuevo derecho del trabajo, debe asegurar la protección social a grupos sociales de trabajadores no asalariados y, particularmente, que controle los efectos derivados de la flexibilización laboral, los procesos de privatización, información y precarización en la estructura del trabajo, que en los últimos

años ha contribuido al aumento de la desigualdad y la heterogeneidad de los ingresos y, especialmente, al aumento de la informalidad, el trabajo precario y la exclusión.

La protección del trabajo, como ya se dijo, debe incluir a la numerosa población activa ocupada en el sector informal, independientemente de la actividad que desempeñe, si se tiene en cuenta la pérdida de hegemonía del contrato de trabajo a término indefinido y los vacíos que tiene la legislación laboral, que no tipifica un sinnúmero de relaciones laborales emergentes de la globalización y el neoliberalismo.

Sin duda alguna, los nuevos fenómenos económicos han generado una pérdida de protección para los trabajadores con contrato y sin contrato, aumentando más en estos últimos. Por otra parte, la subcontratación ha aumentado vertiginosamente, y ha puesto en evidencia la imprecisión de la ley laboral en relación con los derechos de los trabajadores; la aparición de nuevos contratos atípicos, las empresas de servicios temporales, las cooperativas de trabajo asociado y, en general, el aumento significativo de los asalariados sin contrato, dejan claro la necesidad de una nueva normatividad para el derecho de trabajo.

### 3. FORMAS PRÁCTICAS Y JURÍDICAS QUE EVITEN LA EXCLUSIÓN

El trabajo que se concentra en el sector informal, está desprotegido dada su precariedad y por ser un trabajo no declarado y porque su relación laboral no está considerada dentro de la normatividad del trabajo, para efectos de protección social pero que para los trabajadores constituye su única fuente de ingreso y de subsistencia, y por qué no decirlo, estos trabajos constituyen una opción forzosa para enfrentar el desempleo. (Carrero, 2008).

Un nuevo derecho del trabajo tiene, pues, como misión: Incorporar a los trabajadores informales a la modernidad laboral, mediante una reorganización estratégica que extienda los beneficios del sector formal a las personas ocupadas en el sector informal y a las actividades que realizan, lo cual requiere también nuevos comportamientos y actitudes de los involucrados, el reconocimiento de las relaciones laborales existentes, a objeto de lograr el desarrollo del comercio ambulante, en condiciones de mayor estabilidad y seguridad.

Esta deconstrucción de la normatividad laboral, debe generar mejores condiciones para el desarrollo del trabajo informal, lo mismo que acceso al crédito y reconocimiento legal del capital, buscando formas jurídicas más adecuadas para constituir y desarrollar empresas, mejorar la gestión y el reconocimiento de las relaciones laborales existentes, con condiciones previas para mejorar la productividad, invertir en capacitación y avanzar en el cumplimiento de las obligaciones de protección laboral y social.

El nuevo derecho del trabajo incluye, en el sector de trabajadores informales, no solo empresas sino familias que desarrollan actividades productivas y asumen capacidad para el cumplimiento de obligaciones laborales, mediante el acceso a los recursos productivos (capacitación, capital, crédito y tecnología) y los de mercado, pues el problema actual radica en que la alta concentración de trabajadores informales, no están amparados por la legislación laboral, debido a su incapacidad para enfrentar obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Por carecer de una relación laboral reconocida jurídicamente, los trabajadores sin contrato o con contrato atípico, no tienen derecho a una pensión de jubilación, a la protección por riesgos laborales ni a la protección de la seguridad social, pero sobre todo a no actuar con criterio empresarial y no se comportan con eficiencia frente al funcionamiento del mercado de trabajo organizado, y menos canalizan sus potencialidades como unidades productivas para incursionar en la negociación colectiva.

El reconocimiento jurídico de las relaciones de trabajo difusas, atípicas e informales, tiene como finalidad el restablecimiento de los derechos de los trabajadores, a partir de mecanismos de gestión, autogestión y cogestión, de tal forma que aun el trabajo a domicilio, el trabajo por cuenta propia, el trabajo familiar, no remunerado, el servicio doméstico, etc., puedan acceder a las mínimas garantías laborales y sociales, mediante la gestión colectiva de tales derechos. (Loy, 2007).

Como consecuencia de la globalización económica y la imposición progresiva de las doctrinas neoliberales en las economías y la apertura comercial, el derecho del trabajo tradicional, ha resultado inexistente, y aplicable sólo a un reducido grupo de trabajadores, que no superan el 20% en América Latina, aumentándose en contraposición el número de trabajadores denominados informales, carentes de toda protección laboral y social. La vulnerabilidad de los trabajadores frente al desempleo, a la pobreza y a la miseria, requiere un replanteamiento serio de la normatividad laboral, dando lugar a un nuevo derecho de trabajo, que subsane la precariedad laboral, la subcontratación, los contratos atípicos y difusos, que no gozan de la protección laboral y social, y que ni siquiera podrían catalogarse como trabajos decentes. En este artículo se está proponiendo la deconstrucción y, al mismo tiempo, la viabilidad de un nuevo derecho del trabajo, que incorpore el sector informal al proceso de modernización, recuperando los derechos económicos y sociales de los que allí trabajan. Igualmente, una normatividad aplicable a las relaciones de trabajo, no previstas en la legislación, que carecen de **responsabilidades solidarias por parte de los trabajadores protegidos**. En últimas, el nuevo derecho del trabajo debe conciliar la flexibilidad y desregulación, derivada de la globalización, con la ampliación de la cobertura a los trabajadores, sus contratos o con relación laboral precaria de unas condiciones de protección mínima, de tal forma que, en adelante, la normatividad laboral no solo proteja a una élite reducida de trabajadores amparados por la negociación colectiva, sino al grueso de la población laboral caracterizada como sector informal, atípica o independiente.

Los pilares básicos de la nueva normatividad, estarán edificados sobre principios de solidaridad, seguridad y protección laboral, mediatizados por métodos estratégicos que combinan la gestión cogestión y autogestión laboral, aplicada en la pequeña empresa, pero apoyada por el sector empresarial general, creando formas de empleo mucho más variadas y flexibles, nuevas formas de trabajo, con el reconocimiento de unos derechos sociales mínimos, para la totalidad de los trabajadores incluidos los del sector informal.

El tradicional derecho del trabajo, basado en la relación contractual que se sustenta en la subordinación y dependencia del trabajador, ha quedado superado frente a nuevas modalidades laborales y al aumento significativo del trabajo independiente. El debilitamiento del derecho laboral, en el plano normativo, ha conducido paulatinamente al fenómeno de la deslaboralización, que es una especie de huida del derecho del trabajo y un desgaste progresivo del concepto de trabajo dependiente. **El carácter proteccionista del derecho del trabajo ha entrado en crisis y se ha declarado insuficiente frente a las nuevas formas de relación de trabajo independiente** sin que se vislumbre una figura que lo reemplace.

Los autores que propenden por extender el derecho del trabajo, más allá de la tradicional relación del trabajo, no descartan la necesidad de crear un nuevo derecho del trabajo que cubra toda la vida profesional del trabajador, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral e inclusive, en periodos de ausencia de esta relación, aceptando categorías específicas de trabajadores y categorías intermedias entre empleados y trabajadores independientes. Se trata de llevar las formas laborales atípicas al ámbito del derecho del trabajo, introduciendo una legislación que especifica varios factores, para identificar la existencia de una verdadera relación laboral y descartar el disfraz del trabajo independiente o informal, encontrando procedimientos y propuestas para extender el ámbito personal de la legislación del trabajo e incluir en los beneficios de la seguridad social a toda persona que ostente el carácter de trabajador. (Loy, 2007).

Todo lo anterior, teniendo en cuenta que el carácter tradicional, proteccionista del derecho del trabajo, casi siempre está afectado por la frecuencia con que se dejan a la discreción colectiva o individual numerosas normas laborales que forman parte del derecho imperativo, a pesar de que se afirme que dichas normas son de orden público y de obligatorio cumplimiento; sin que existan mecanismos para promover la responsabilidad solidaria de los empleadores y los sindicatos frente a la precarización del trabajo y al ya recurrente tema de la responsabilidad social de la empresa y de los cambios profundos que se requieren en el sistema empresarial y en las organizaciones de trabajadores para afrontar el aumento del desempleo y de la pobreza en el mundo.

El nuevo derecho del trabajo, debe incluir necesariamente el problema universal del desplazamiento y la migración laboral, con una perspectiva nacional

comparada, y formulando un nuevo concepto del trabajador y empleador, a fin de incorporar a la legislación del trabajo ese ejército de trabajadores desprotegidos por su estatus o por sus relaciones de trabajo disfrazadas que ostentan.

En resumen, la nueva legislación del trabajo debe incluir claros criterios que identifiquen la relación laboral, que asuman el reconocimiento de la protección laboral en las relaciones atípicas, y que incluyan el trabajo de los migrantes y desplazados. Igualmente, será columna vertebral de este derecho la responsabilidad social de estas empresas en el complejo mundo de la competitividad producida por la globalización. Dicha normatividad debe enfatizar en el empleo productivo estable y formal, no ser obstáculo a la creación de nuevos espacios para los trabajadores, y que no permita la subsistencia de trabajos precarios de baja productividad, sino orientada, por parte de la empresa, a la inversión, a la productividad y al desarrollo industrial, y por parte de los trabajadores, a la colaboración con la empresa.

El reto de un nuevo derecho del trabajo debe atenuar la reglamentación excesiva y la rigidez normativa que obstaculiza la creación de empleo, haciendo extensivo a los trabajadores informales los derechos básicos y la protección social, de tal forma que se logren reducir las grandes desigualdades en un modelo de desarrollo amplio que privilegie el empleo productivo para la fuerza laboral en su conjunto. (Tokman, 2007).

Para lograr conformar este nuevo derecho del trabajo, la estrategia debe incluir políticas económicas agresivas, que promuevan el crecimiento y creen oportunidades para personas actualmente excluidas o marginadas en los medios rurales y en la economía informal. Estas políticas macroeconómicas, deben entender a los trabajadores como un capital humano imprescindible para lograr alta productividad y para competir en los mercados internacionales y en los avances tecnológicos.

El nuevo derecho del trabajo debe estar construido, como ya se dijo, sobre la responsabilidad social de la empresa, la cual no consiste solo en el cumplimiento jurídico de sus obligaciones sino invirtiendo en el capital humano, tarea en la cual debe consultarse ampliamente a los trabajadores sobre las políticas y medidas orientadas a tal objetivo, mediante un diálogo social efectivo, que incluya una gestión estratégica entre trabajadores y empresarios.

Se trata de identificar los principales retos pendientes, de respuestas satisfactorias y que muestran un desfase evidente entre los marcos jurídico y contractual existentes, por un lado, y las realidades del mundo laboral, por otro. Se hace especial hincapié en la dimensión personal del derecho laboral y no en cuestiones de derecho laboral colectivo, buscando lograr un debate abierto para examinar cómo puede contribuir el derecho laboral a fomentar la flexibilidad asociada a la seguridad del empleo, con independencia de la forma de contrato, y, en última instancia, a aumentar el empleo y reducir el desempleo.

Ante todo, se pretende estimular el debate sobre la manera en que los distintos tipos de relaciones contractuales, así como los derechos laborales aplicables a todos los trabajadores, podrían favorecer la creación de empleo y ayudar a los trabajadores y a las empresas, facilitando las transiciones en el mercado de trabajo, fomentando el aprendizaje permanente y desarrollando la creatividad del conjunto de la mano de obra, para de esta manera contribuir al programa de mejora de la legislación, fomentando la modernización del derecho laboral, sin olvidar sus beneficios y costos globales, a fin de permitir a los trabajadores y a las empresas comprender mejor sus derechos y obligaciones. (Libro Verde de la Comunidad Europea, 2006)

Se hace claridad en el sentido de que, desde un principio, el derecho laboral ha buscado definir la situación del empleo como principal factor generador de distintos derechos, y de que al abordar la problemática actual del iuslaboralismo, omitiendo aquellas otras finalidades conformadoras, la igualdad y la productividad no pueden ser calificadas más que como una visión sesgada y, por definición, equivocada. La política de empleo, ni aun en términos cualitativos, no puede ser abordada desde el iuslaboralismo, sin nexo con aquellas otras finalidades. (Loy, 2007)

Las relaciones laborales han cambiado desde hace años, porque el modelo productivo, la organización de las empresas y la conformación del colectivo asalariado han mutado. De ahí la famosa crisis del derecho del trabajo. La rapidez de los avances tecnológicos, la intensificación de la competencia derivada de la mundialización, la evolución de la demanda de los consumidores y el notable crecimiento del sector de los servicios, destacan la necesidad de incrementar la flexibilidad. La aparición de la gestión «puntual», la reducción del horizonte inversor de las empresas, la difusión de tecnologías de la información y de la comunicación, así como una demanda cada vez más cambiante, han empujado a las empresas a organizarse de manera más flexible. Esto se traduce en diversas modalidades en lo que concierne a la evolución de la organización del trabajo, el horario laboral, los salarios y el tamaño de la mano de obra en los distintos niveles del ciclo de producción. Estos cambios han suscitado la demanda de una mayor diversidad contractual.

El iuslaboralismo no puede negar su falta de adecuación al cambio productivo –y a los valores sociales inherentes–, la nueva realidad, a partir de las nuevas necesidades de los trabajadores y las empresas, cambiando aquello que haya de cambiarse, pero en todo caso manteniendo su lógica sustancialmente conformadora. La mutación del modelo productivo ha comportado que, durante muchos años, la lectura hegemónica de la gestión del cambio se haya instalado en la flexibilidad, produciendo un nuevo modelo productivo, caracterizado por la precarización, la redistribución negativa y el cambio en las formas y modos de producir, con lo cual se han aumentado las desigualdades, desde una perspectiva económica a escala planetaria.

El modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para todos los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada, que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización. Unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras, pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica. Otros modelos de relación contractual, pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal, en su conjunto, y aumentar su ventaja competitiva. (Loy, 2007) Sin duda alguna, los culpables de la actual crisis del derecho del trabajo, son los trabajadores “instalados”, que se resisten a perder ventajas adquiridas en beneficio de los menos protegidos. El conflicto social entre trabajadores y empresarios, del que surgió el derecho del trabajo, se ve sustituido por un enfrentamiento en el colectivo de asalariados, en tanto que éstos deben repartirse derechos claramente disminuidos.

La flexibilidad ha de ser bidireccional en el contrato de trabajo, pues las nuevas técnicas productivas determinan una mayor capacidad de decisión de los empleadores, en el ejercicio de la prestación laboral. No se trata sólo de que el empresario tenga más competencias para distribuir, por ejemplo, en forma irregular la jornada de trabajo, sino también de que los asalariados puedan hacer lo mismo –siempre que no se afecte negativamente a la productividad– por intereses formativos, personales o familiares.

La reglamentación legal o convencional, debe establecer mecanismos diferenciados, en función de la realidad de las empresas, tanto desde la perspectiva del número de asalariados como de la realidad productiva. Uno de los mayores defectos de nuestro ordenamiento es que no establece ningún tipo de diferenciación en la materia, y aun existiendo singularidades menores entre la grande y la pequeña empresa, a la hora de aplicar la normatividad laboral. (Rodríguez, 1998). **Lo anterior**, no puede significar una retirada del Estado, en su papel regulador de mínimos contractuales laborales y su función en la parte administrativa. Son comunes los llamamientos a la “desregulación” del mercado de trabajo que, en definitiva, no persiguen más que el incremento de competencias empresariales, por tanto, discutir la actual distribución de fuerzas entre los colectivos sociales.

Una cosa es que la norma heterónoma tenga, forzosamente y por los motivos expuestos, que retroceder ante la diversidad productiva, y otra, muy distinta, que el Estado decline su papel de determinación del modelo social y económico, dejando en manos de la “ley de la jungla” y, por tanto, de la parte más fuerte, el empresario, las normas mínimas aplicables al contrato de trabajo, renunciando a la regulación y a la intervención correctiva para la preservación de dicho modelo.

El fenómeno de la descentralización productiva va, en muchas ocasiones, acompañado del desplazamiento de determinadas actividades de la empresa hacia relaciones aparentemente no laborales, que se conocen como trabajo



autónomo dependiente, fenómeno muy generalizado, no solo en actividades accesorias o complementarias a la producción central de la empresa, sino que en ocasiones se afecta al núcleo duro de dicha producción. Las nuevas tecnologías, propician un discreto retorno a la figura del contrato de trabajo a domicilio, vía “teletrabajo”, aunque con unos problemas muy distintos a los derivados de su configuración tradicional.

En muchas ocasiones, de esto resulta otra vía de abaratamiento de costos retributivos para las empresas, así como una notable pérdida de beneficios para los trabajadores que quedan fuera del derecho del trabajo, y se insertan en la relación civil ordinaria de arrendamiento de servicios, con el condicionante de que su cliente es único, y con generales efectos en materia fiscal y, especialmente, de seguridad social. No es fácil en ese marco, determinar muchas veces las ténues fronteras que separan el contrato laboral de esas otras realidades.

Existen otras prácticas fraudulentas que, bajo la apariencia de un arrendamiento de servicios, ocultan en realidad un contrato de trabajo. La regulación de dichas situaciones debe determinar con claridad la figura, instrumentando las medidas oportunas, a fin de evitar el fraude de ley o la precarización. Es importante exigir, tanto a las autoridades como a las empresas, un control de respeto a las normas mínimas de la OIT, en aquellos al tratarse estas de un mínimo exigible, pues mientras el mundo asiste a la internacionalización del libre comercio, no se contempla en paralelo una internacionalización de los derechos básicos de ciudadanía en el trabajo.

La relación laboral tradicional, sigue aún anclada en parámetros conceptuales que parecen, a menudo, más cercanos a las servidumbres que a los contratos. Ciertamente, hace ya años que se ha implementado, en el campo iuslaboralista, el debate sobre los llamados “derechos inespecíficos”, que en la práctica afecta a los asalariados en el centro de trabajo y en el marco del contrato de trabajo de los derechos fundamentales. El notable incremento social de la exigencia de respeto de la dignidad de la persona, aun dentro de relaciones subordinadas como las laborales, especialmente en aquellas situaciones que han sido calificadas como de “acoso psicológico o moral” o “acoso discriminatorio”, que pone en entredicho determinadas prácticas de gestión tradicional de la mano de obra y un inacabado debate sobre los derechos de los trabajadores en la empresa.

En la actualidad, ha sido más notoria la implementación de la no discriminación en las relaciones laborales, por razón de discapacidad, raza, edad, religión y origen, y su derecho de autorrealización a través del empleo o en la práctica expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores. La importancia del derecho a la igualdad determina la necesidad de abordar, en profundidad, los marcos reguladores de las condiciones contractuales tradicionales determinadoras de la no discriminación, en el marco del derecho del trabajo.

#### 4. CONCLUSIONES

Las reformas prioritarias en el derecho del trabajo, comienzan por su propia deconstrucción y continúan con la formulación de un nuevo Derecho, que pueda contribuir a la adaptación del derecho laboral y de los convenios colectivos en esta nueva etapa histórica, denominada globalización, en la que tiene mucho que ver la flexibilidad, la seguridad en el empleo y la reducción de la segmentación del mercado de trabajo, las variadas formas jurídicas del contrato de trabajo y del contrato personal de servicios, teniendo en cuenta que las dos rebasan el ámbito de las relaciones de trabajo personales e involucran relaciones simplemente civiles y comerciales o de negocios no personales, situaciones en las que el vínculo jurídico existente es cada vez más indeterminado.

El nuevo derecho del trabajo debe estar contextualizado en la realidad latinoamericana, con sus limitaciones económicas y sociales, y debe involucrar una diversidad de situaciones y conceptos, como punto de partida de un debate más general, que cuestione la aplicación globalizada de las normas de la OIT a contextos sociales laborales y jurídicos muy diferentes, con etapas de evolución y desarrollo social y cultural significativamente disímiles, caracterizadas por ramificaciones jurídicas complejas, que desbordan el marco contractual. Se insiste en esta deconstrucción, teniendo en cuenta los nuevos paradigmas de la responsabilidad social de la empresa y del sindicato, la cual no consiste solo en el cumplimiento jurídico de sus obligaciones, sino considerando el capital humano, con fundamento en políticas y medidas resultantes de un diálogo social efectivo.

En este contexto, es necesario precisar las responsabilidades de las distintas partes, en las relaciones laborales múltiples, para determinar quién es responsable del cumplimiento de los derechos de los trabajadores por cuenta propia y los de carácter informal, buscando recurrir a la responsabilidad subsidiaria para determinar esta responsabilidad, en el caso de los subcontratistas, y si es el caso recurrir a otros medios que permitan garantizar una protección suficiente de los trabajadores participantes en «relaciones de trabajo triangulares».

Un derecho del trabajo que otorgue mayor flexibilidad a los empleadores y a los trabajadores, garantizando, al mismo tiempo, un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores, replanteando el ámbito de aplicación personal de las leyes laborales, para superar la fragmentación del mercado del trabajo y permitir a los trabajadores integrados y a los excluidos efectuar, con éxito, las transiciones entre las distintas situaciones laborales, con una normatividad aplicable a las relaciones de trabajo, no previstas en la legislación, que incluya responsabilidades solidarias por parte de los trabajadores protegidos.

# ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LA RENUNCIA PRESIONADA, EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL\*

*Jeimy Alexandra Barrera Camero\*\**

*Efraín Andrés Torres Ocampo\*\*\**

*Camilo Andrés Quintero Vitola\*\*\*\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde el origen de los tiempos, el ser humano se ha preocupado por sobrevivir y satisfacer sus necesidades, y ha logrado la obtención de estos fines básicos a través del trabajo y la constante transformación de su entorno, para cubrir los requerimientos propios y los de su familia.

Sin embargo, a partir de la Revolución Industrial, cuando surge el concepto formal de trabajo en el mundo, se le da prioridad a la industria y sus intereses económicos. Los trabajadores laboraban en condiciones inhumanas, insalubres, más de 16 horas al día, sin distinción de edad o condición física; entonces, germinan movimientos sociales en el mundo que propendían por la protección de los derechos de los trabajadores, luchando por obtener garantías mínimas de protección en sus labores: una de las consecuencias de ello fue la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como parte del Tratado de Versalles.

La creación de esta Organización internacional, permitió la representación de los trabajadores, los empleadores y gobiernos de los países miembros. Desde sus inicios, fue impulsada por principios de justicia social, reconociendo la

---

\* Producto del Semillero Formativo en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

\*\* Abogada de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre. Miembro del Semillero Formativo en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

\*\*\* Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre. Miembro del Semillero Formativo en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Profesor universitario.

\*\*\*\* Abogado de la Universidad Libre. Estudiante de Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre. Miembro del Semillero Formativo en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

necesidad de establecer medidas de protección y pautas mínimas con respecto al trabajo, para mantener la paz en las naciones.

Es a partir de este momento, cuando se habla de forma más concreta del derecho al trabajo, los principios mínimos que lo rigen y la necesidad de protección a la parte más débil en la relación contractual-laboral, el trabajador. Así se establece una serie de límites respecto de las horas de trabajo, consideración de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta, como mujeres en estado de embarazo, niños, ancianos, entre otros, a quienes posteriormente se les ampara por ley.

Entre los principios del derecho al trabajo que surgen, y que tiene especial relación con este artículo, tenemos el principio de estabilidad laboral, entendido como el derecho del trabajador a conservar su empleo, cuando ha cumplido satisfactoriamente su labor, y mientras se mantengan las causas que dieron origen a este, brindándole cierta garantía de continuidad en el empleo, para satisfacción de sus necesidades.

Sin embargo, este principio de estabilidad laboral, ha adquirido tonalidades distintas respecto de su aplicación en cada país. Teniendo así que, en países como España, Argentina, entre otros, la estabilidad laboral es absoluta, y en países como Perú, Ecuador, Costa Rica, Venezuela y el nuestro (Colombia), se habla de estabilidad laboral relativa. (De Lafont, 2009).

La estabilidad laboral absoluta, en palabras de Guerrero (2011), citando a Plá Rodríguez y Oscar Erminda: “Se configura cuando la violación patronal del derecho del trabajador a conservar el empleo ocasiona la nulidad del despido y, en consecuencia, la reincorporación del trabajador con el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido nulo hasta cuando se realice la reincorporación”. (p. 17)

Respecto de la estabilidad laboral relativa, esta se da cuando “(...) le impone al empleador una serie de limitaciones para despedir, pero sin llegar a la reinstalación de hecho.” (Guerrero, 2011, p. 229). Por ejemplo, en nuestro país, este tipo de estabilidad está supeditada al pago de una indemnización, dependiendo la modalidad de contrato laboral de la que se esté hablando. Por tanto, por regla general en Colombia, predomina la estabilidad laboral relativa, permitiéndose el despido sin justa causa, supeditado al pago de la indemnización al trabajador, sea esta tarifada, como es el caso del contrato a término indefinido en virtud del artículo 64, literal 4° de nuestro Código Sustantivo del Trabajo o por el tiempo restante del contrato a término fijo, sin que esta indemnización pueda ser inferior a 15 días, teniendo en cuenta lo dispuesto por el literal 3° del mismo artículo.

A pesar de lo anterior, existen casos específicos, comunes en términos generales, en las legislaciones de los países con estabilidad laboral absoluta y estabilidad laboral relativa, que gozan de protección reforzada por el ordenamiento jurídico

en los primeros, y en estos últimos constituyen excepciones a la regla general, denominados despidos improcedentes.

En estos casos, el despido sin justa causa o el despido con justa causa, sin el lleno de requisitos legales sobre sujetos de especial protección en condiciones de debilidad manifiesta, no surte efectos, debiendo cumplirse previamente una serie de requisitos legales, garantías que propenden por la estabilidad laboral absoluta de la que gozan estos sujetos, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

En nuestro país, la jurisdicción ordinaria laboral, a través de la jurisprudencia de su órgano de cierre, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha restado vigor a los despidos efectuados sobre trabajadores con estabilidad laboral absoluta, declarando la ineficacia, ilicitud y nulidad de los mismos, y ordenando el reintegro con el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, en la mayoría de los casos. Al respecto, el doctor Francisco Escobar Henríquez (1994), los clasifica, de acuerdo con sus efectos, de la siguiente manera:

Se considera **despido ineficaz**, “(...) la modalidad a la cual, la ley u otra fuente normativa autorizada, niega cualquier eficacia jurídica, esto es que se tiene por no hecho, sin la necesidad teórica de que lo declare así la justicia laboral u otra autoridad” (Escobar, 1994, p. 5).

Entre las causales estipuladas por ley, que sin el cumplimiento de requisitos carecen de eficacia cataloga, el despido sin justa causa de un trabajador que se halle vinculado en conflicto colectivo; el despido colectivo de los trabajadores sin justa causa y sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo; el despido por motivo de embarazo o lactancia; el despido comunicado a la trabajadora, durante los descansos, por parto o aborto o durante la incapacidad por enfermedad debida al embarazo o al parto, y el despido sin autorización de una trabajadora menor de edad embarazada o lactante (Escobar, 1994).

Con relación al **despido ilícito**, se considera como “(...) aquel que la ley u otra fuente normativa autorizada prohíbe expresamente” (Escobar, 1994, p. 5). Entre algunas causales, que sin el lleno de requisitos exigidos por ley configuran la ilicitud del despido, se mencionan la protección a la maternidad y el despido de una mujer en estado de embarazo, periodo de lactancia o licencia sin autorización del Ministerio de Trabajo (Escobar, 1994).

Respecto al **despido anulable**, se entiende como “(...) aquel que acontece en circunstancias que, si bien no lo hacen ineficaz, sí dan lugar a una acción del trabajador que le permite solicitar su anulación en la justicia laboral” (Escobar, 1994, p. 5).

Entre las causales estipuladas por la ley, que se consideran anulables sin el lleno de los requisitos legales, señala: el despido sin permiso del juez de un trabajador amparado por el fuero sindical. C. S. T., art. 408 -Reintegro-. En este aparte,

también se encontraba consagrado como anulable el despido de un trabajador sin justa causa luego de 10 años continuos de servicio. No obstante, la Ley 50 de 1990 modificó, en su artículo 6° el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, eliminando esta causal de reintegro del trabajador del ordenamiento jurídico colombiano, reseña Escobar Henríquez.

Sin embargo, la posición de la justicia ordinaria laboral, en cabeza de la Sala Laboral de la Corte Suprema ha circundado en dejar sin efectos no solo los despidos sin justa causa o con justa causa, que no se hayan llevado a cabo con el lleno de los requisitos legales previos, en los casos señalados expresamente, sino que además sostiene que cuando la renuncia adolece de vicios en el consentimiento del trabajador, tampoco surte efectos, procediendo en este caso, a la anulabilidad de la renuncia, en aquellos eventos en los que se logre demostrar que el consentimiento del trabajador fue obtenido mediante fuerza o violencia, dolo o error.

Adicionalmente, con la constitucionalización del derecho laboral, a través de la consagración de principios y garantías mínimas para los trabajadores en la Carta Política de 1991, aunado a la creación del tribunal constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y la ley, jurisprudencialmente esta honorable Corte ha desarrollado una modalidad de protección superior al principio de estabilidad; esto es, el principio de estabilidad laboral reforzada, para determinados sujetos que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, siendo una muestra de ello las Sentencias: C-470 de 1997, C-531 de 2000, T-161 de 2002, T-631 de 2006, T-987 de 2008, T-965 de 2011, T-1097 de 2012, T-008 de 2013, T-843 de 2013, T-148 de 2014, T-077 de 2014, T-420 de 2015, entre otras, que han dado aplicación a este principio.

De esta manera, la jurisdicción constitucional ha garantizado los derechos de los trabajadores que gozan de estabilidad laboral reforzada, ordenando en la mayoría de los casos, su reintegro o reinstalación, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales y de la seguridad social dejadas de percibir, garantizando así los derechos fundamentales de los trabajadores y, entre ellos, el derecho a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad de oportunidades laborales y no discriminación, a la salud, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la maternidad, al derecho de asociación, libertad sindical y de negociación colectiva.

Sin embargo, se observa que, en la mayoría de los casos y en virtud de la naturaleza inmediata de la acción de tutela, si bien el juez constitucional garantiza la protección de estos derechos fundamentales que considera vulnerados o amenazados, evitando se configure así un perjuicio irremediable, en materia laboral, cuando es necesario que se surta un debate probatorio profundo sobre el asunto alegado, generalmente, el juez constitucional conmina a los accionantes a llevar su conflicto a la justicia ordinaria laboral para que se decida de fondo la controversia, dándole un plazo al accionante no superior a cuatro meses, so pena de que el fallo constitucional pierda sus efectos.

Luego de este breve panorama sobre algunos conceptos, nos dedicaremos a tratar el tema que se pretende abordar en este artículo, esto es, la ineficacia de la renuncia del trabajador viciada en el consentimiento.

## 2. DEL TEMA A TRATAR

En el contrato de trabajo, procede la *Terminación*. La *Terminación* del acto o Negocio Jurídico, en concepto del doctor Canosa Torrado: “(...) es la resolución sin efecto retroactivo. En otras palabras, se presenta cuando en un contrato de ejecución sucesiva las partes de común acuerdo deciden finiquitarlo, o por incumplimiento voluntario o involuntario o, finalmente, por excesiva onerosidad sobreviniente, una de las partes instaura la acción correspondiente para lograr su terminación”. (...)

Los modos de terminación del contrato de trabajo, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran estipulados en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. En el literal h), se consagra la terminación por: “(...) h) decisión unilateral en los casos de los artículos 7 del Decreto 2351 de 1965 y 6 de la Ley 50 de 1990, e) (...)”.

Manuel Osorio, define la **voluntad unilateral**, como: “la que pertenece a un solo individuo y surte efectos por sí sola”. Cuando esta decisión unilateral proviene del empleador se denomina –**Despido**–; si proviene del empleado o trabajador –**Renuncia**–, según sea el caso.

Al respecto, la renuncia por parte del trabajador, es entendida como: “(...) la dejación espontánea y libre de algún bien o derecho por parte de su titular. No puede pues ser un acto sugerido, inducido, ni mucho menos, provocado o compelido por persona distinta de su autor”.

La jurisprudencia ha resaltado que esta, debe nacer de la voluntad libre y espontánea del trabajador, sin coacción alguna, así:

Entonces, quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente, sin que su patrono pueda interferir la manifestación pristina del renunciante porque, si así lo hace, ya no habrá la espontaneidad esencial en cualquier dimisión sino una especie de orden que el empleador le imparte al subalterno suyo para que se retire del servicio. (...)

La renuncia pedida o insinuada en los términos de su presentación por aquél que debe resolver sobre ella, no es renuncia verdadera sino apariencia simple de una dimisión que, de consiguiente, no es equiparable jurídicamente a un retiro voluntario del servicio por parte del empleado cuando se trata de esclarecer las circunstancias en que feneció un contrato de trabajo. (Corte Suprema de Justicia, 1889, Rad.: 69)

La renuncia del trabajador, siguiendo con los lineamientos establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo, puede ser con justa causa o sin justa causa. A su vez, de la lectura del doctor Mario J. Moreno, podemos inferir una sub - clasificación de la renuncia; esto es, la renuncia motivada, inmotivada y condicionada, con la variante de que cada una de ellas se lleve a cabo con el respectivo preaviso legal, establecido en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, por las partes; ello con el fin de que el empleador y el trabajador tengan el suficiente tiempo para prever la búsqueda de su reemplazo o de un nuevo trabajo.

El preaviso para dar por terminado unilateralmente el contrato laboral a término indefinido, no puede ser inferior a treinta (30) días calendario. Sin embargo, su falta de cumplimiento no genera indemnización, a partir de la expedición de la Ley 789 de 2002, puesto que esta, en su artículo 28, modificó el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, no incluyendo el tema relacionado con la indemnización ante la ausencia del preaviso legal. No obstante, la exigencia del preaviso conmina a que la renuncia -a excepción de la renuncia provocada-, sea presentada por escrito con el fin de comprobar que se entregó dentro del plazo legal establecido. (Moreno, 2003)

Así, el trabajador puede terminar unilateralmente el contrato de trabajo con justa causa, mediante la renuncia motivada, también denominada *despido indirecto, renuncia provocada o auto despido*, entendida como la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, por causas imputables al empleador.

Entre las justas causas que pueden ser alegadas por el trabajador, están las estipuladas en el artículo 7°, literal b del Decreto Legislativo 2351 de 1965, que modificó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. Adicionalmente, el doctor Mario Moreno agrega la imposición constante de sanciones disciplinarias injustas o ilegales; la violación del honor, la dignidad o los derechos humanos, tengan o no relación con el ejercicio del *ius variandi*, entre otras. La fundamentación de la renuncia provocada, no puede basarse en motivos o causas ajenas no relacionadas con las mencionadas. (Moreno, 2003).

La renuncia provocada o despido indirecto, no exige la formalidad de ser presentada por escrito, pero, para efectos probatorios, consideramos pertinente se efectúe de esta manera, puesto que en un eventual proceso el trabajador tiene la carga de demostrar: primero, que llevó a cabo este tipo de renuncia, y segundo, la justa o justas causas invocadas. Aunado a lo anterior, además de las causas legales, el trabajador debe esbozar la causa o motivo de la terminación de manera precisa, en circunstancias de tiempo, modo y lugar, en un término prudencial, a partir de que se produjeron los hechos que dieron origen a este acto jurídico. También, es importante resaltar que acarrea las mismas consecuencias jurídicas que el despido sin justa causa, es decir, el pago al trabajador por parte



del empleador de la respectiva indemnización, establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, dependiendo del tipo de contrato mediante el cual estuvo vinculado. (Moreno, 2003).

Por otro lado, la renuncia condicionada, es definida como:

(...) una forma de dar fin a la relación laboral por mutuo acuerdo, consiste en la aceptación por parte del patrono de la renuncia presentada por el trabajador. Sin que nada impida que la renuncia esté condicionada al reconocimiento de una contraprestación, siendo de potestad limitada del empleador aceptarla con esa limitación; lo anterior es lícito, aun en el evento de que la renuncia provenga de la iniciativa del patrono; siempre y cuando el consentimiento del renunciante no esté afecto por la fuerza, el dolo o la inducción en error. (Moreno, 2003, p. 64)

A su vez, dicho autor señala que la renuncia, sea está motivada, inmotivada o condicionada, puede configurarse en una terminación unilateral del vínculo de trabajo por parte del empleado, cuando es pura y simple, es decir, solo hay un proponente, el trabajador, adquiriendo la virtud por sí sola de terminar el contrato laboral, teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal h, numeral 1° del artículo 61 del Código Sustantivo Laboral, o sea, por *decisión unilateral* o configurarse en una terminación por mutuo acuerdo o resciliación, cuando la renuncia está sujeta a aceptación por parte del empleador, puesto que, en este caso, existe un oferente y un aceptante, dándose por terminado el vínculo laboral mediante la causal de *mutuo consentimiento*, establecida en el literal b, numeral 1°, del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. Incluso, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la terminación por mutuo acuerdo puede darse aun cuando la renuncia sea condicionada, siempre que no se vicie el consentimiento del trabajador, por parte del empleador. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, del 5 de septiembre de 1985, Rad.11543)

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado también que la renuncia presentada por el trabajador cuyo consentimiento haya sido viciado, carece de efectos, dando pie para que se declare la nulidad del acto jurídico, y configurándose así consecuencias para las partes en cuanto el restablecimiento del vínculo contractual. Por lo tanto, a continuación, abordaremos algunos apartes sobre la validez del acto jurídico y los vicios del consentimiento.

Al respecto, según lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, en lo concerniente a los requisitos para que toda persona pueda obligarse, aplicables por analogía al contrato laboral y al acto jurídico de renuncia, se requiere que la persona: "(...) a) *Sea legalmente capaz; b) Que consienta en dicho acto de declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; c) Que recaiga sobre un objeto lícito; d) Que recaiga sobre una causa lícita*".

En cuanto al consentimiento, el artículo 1508 del Código Civil, señala los vicios de los que puede adolecer la voluntad del contratante; esto es: error, fuerza y dolo. En relación con sus significados, la Corte Constitucional ha señalado que:

La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma (...).

El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él (...).

El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento (C. C., Sentencia C-993 de 2006).

Cuando existen estos vicios que afectan el consentimiento y, por ende, la voluntad del trabajador, como presupuesto de validez del acto jurídico, en este caso frente a la renuncia, se configura la nulidad relativa.

Así, en virtud del artículo 1741 del Código Civil, se presenta nulidad absoluta del acto o negocio jurídico cuando existe causa ilícita, objeto ilícito, omisión de algún requisito o formalidad que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos y en los actos celebrados por personas absolutamente incapaces, indicando a su vez que se presenta nulidad relativa en cualquier otra especie de vicio no consagrado en este artículo, generándose, en este caso, el derecho a pedir la rescisión del acto o contrato.

Entendida la nulidad relativa o anulabilidad, como aquella institución que protege el interés privado o particular, y en concepto de Núñez Cantillo & Vargas Laverde, este tipo de nulidad se presenta cuando existe incapacidad relativa, vicios del consentimiento aunado a los actos jurídicos en los que se exijan por ley determinados requisitos, en consideración a las personas que los celebren.

La nulidad relativa, según artículo 1743 del Código Civil, solo procede a petición de parte, en cuyo beneficio la haya establecido la ley; se sana con el paso del tiempo y ratificación de las partes.

Así, cuando existen vicios del consentimiento que afectan la renuncia del trabajador, ya sea mediante error, fuerza o dolo, sea que estos hayan sido propiciados por el empleador o uno de sus representantes sobre la voluntad del trabajador, se configura el derecho a pedir la anulabilidad relativa del acto, con el fin de restar los efectos nocivos de la renuncia en la relación laboral para el trabajador afectado.

### 3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

A continuación, siguiendo los lineamientos de López Medina, sobre la elaboración de una línea jurisprudencial, daremos aplicación a sus preceptos en torno a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, proferida respecto a los efectos otorgados a la renuncia viciada en el consentimiento. Para ello, en primera medida, definiremos el problema jurídico, como ruta de orientación que nos permitirá direccionar la investigación jurisprudencial.

#### **Problema jurídico**

¿La advertencia previa de despido al trabajador por parte del empleador, tiene la virtud de viciar el consentimiento del primero, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1508? A la vez, se debe resolver si, ¿en caso de presentarse renuncia posterior a ser irremediabilmente despedido esta puede considerarse nula?

Para la construcción de la línea jurisprudencial, consideramos pertinente establecer la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la ineficacia de la renuncia con vicios en el consentimiento y sus efectos, para, posteriormente, identificar las subreglas que se encuentran vigentes con respecto al patrón fáctico mencionado en el problema jurídico.

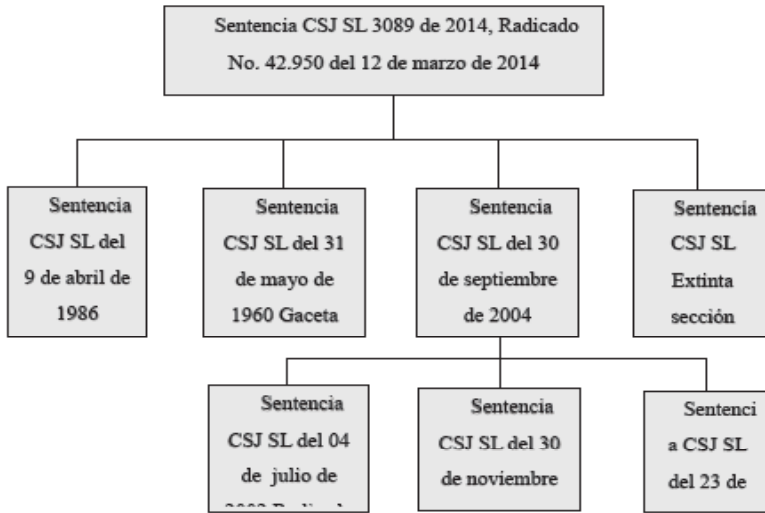
Respecto de las técnicas de investigación de una línea jurisprudencial, se identifica un punto arquimédico o de apoyo, la ingeniería reversa la construcción de una telaraña o nicho e identificación de los puntos nodales de la misma; y, por último, la elaboración de un balance que, en este caso, sería solo jurisprudencial y no constitucional, puesto que las sentencias a analizar únicamente estarán limitadas a las proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

#### **Punto arquimédico o de apoyo**

El punto arquimédico, debe tener las siguientes características: ser una sentencia relativamente reciente, contener un escenario similar al planteado en el problema jurídico y contener citas jurisprudenciales en cantidad sobre la situación fáctica planteada en el problema jurídico. Tenemos, por tanto, en este caso, que uno de los fallos que cumple con estos requisitos, es la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL3089 del 12 de marzo de 2014, Radicado No. 42.950, Magistrado Ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, pronunciamiento del cual partiremos para la construcción de esta línea jurisprudencial.

#### **Ingeniería en reversa – Nicho**

**Tema:** Efectos de la Declaratoria de Nulidad o Ineficacia de la Renuncia con vicios en el consentimiento



Artículo 140 Código Sustantivo del Trabajo;  
 artículo 6° Ley 50 de 1990; artículos 1508, 1513,

**Nicho - Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia**

<b>BALANCE JURISPRUDENCIAL SALA LABORAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</b>		
<p>¿La comunicación de advertencia previa de despido al trabajador por parte del empleador, tiene la virtud de viciar el consentimiento del primero, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1508, en caso de presentarse Renuncia posterior con motivo en la angustia del empleado a ser irremediamente despedido y las consecuencias que puede acarrearle dicho despido, especialmente cuando se da con justa causa, en el ámbito laboral?</p>		
<p>La comunicación por parte del empleador del posible despido al trabajador, tiene la virtud de viciar el consentimiento del segundo, bajo circunstancias determinadas y con la demostración por parte del actor de la posible vulneración de su voluntad, mediante error,</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia 6 de agosto de 2014. Radicado No. 46702</li> <li>• Sentencia 12 de marzo de 2014. Radicado No. 42950</li> <li>• Sentencia del 21 de agosto de 2013. Radicado No. 44128</li> </ul>	<p>La sola demostración de haberse informado al trabajador previamente de su despido con justa o sin justa causa no constituye vicio en el consentimiento, sino que se debe probar que el consentimiento del trabajador fue efectivamente afectado, suponer lo contrario equivaldría a considerar que el empleado no tiene capacidad de</p>

<p>fuerza o dolo, según el artículo 1508 del Código Civil. Aspecto determinante en la toma de una decisión libre y espontánea por parte del empleado al dimitir de su trabajo, y, por tanto, en estos casos, debe declararse la nulidad del acto jurídico de renuncia con los efectos jurídicos que ello acarrea.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia del 30 de septiembre de 2004. Radicado No. 22842</li> <li>• Sentencia del 20 de junio de 2003. Radicado No. 20074</li> <li>• Sentencia del 4 de julio de 2002. Radicado No. 18299</li> </ul>	<p>decisión, lo que a todas luces cercenaría la dignidad del mismo y le impediría tomar cualquier decisión en la resolución del conflicto, mediante autocomposición. Sin por ello dar a entender que el consentimiento no puede verse viciado, en virtud del artículo 1508 del Código Civil.</p>
---	---	--

### Gráfico No. 2. Línea jurisprudencial

Al respecto, en sentencias del 12 de marzo de 2014, SL 3089, radicado 42950, sentencia del 30 de septiembre de 2004, radicado 22842 y sentencia del 27 de junio de 2003, radicado No. 20074, entre otras, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dado vía libre al hecho de que la manifestación previa a la renuncia de despido con justa o sin justa causa al trabajador, vicia el consentimiento del mismo, influyendo en la decisión de dimitir de su trabajo.

En el primer caso, en proceso ordinario laboral adelantado por Ángela Herrera Jiménez contra Brinks de Colombia S.A., el Tribunal Superior de Pasto, Sala Laboral fundamentó el fallo en la declaración de parte del representante legal del empleador, señor Portacio Mercado, y en la contestación de la demanda, dando por establecida la decisión de la accionada de desvincular a la empleada y comunicada previamente a la misma, ante lo cual, la trabajadora, teniendo en cuenta las consecuencias que se derivaban de ser despedida con justa causa en su profesión, vio viciado su consentimiento. En este caso, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que esta interpretación del Tribunal constituía un indicio que no contradecía el texto de la carta de renuncia, ni el texto de la contestación de la demanda. Por lo tanto, se configuró una inferencia válida que no es prueba apta de examen en casación para estructurar un yerro manifiesto, como lo pretendía el apoderado de la empresa, en virtud del artículo 7° de la Ley 16 de 1969, por lo tanto, la Corte no casó la sentencia del tribunal. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, del 12 de marzo de 2014, Radicado 42950).

En el segundo caso, en proceso ordinario laboral adelantado por Ana Isabel Duarte y Luz Mercy Barrios, quienes laboraban como impulsadoras de la Compañía Nacional de Chocolates, S.A., señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el Tribunal no incurrió en un error ostensible en la sentencia, al determinar que les fue viciado el consentimiento a las trabajadoras como consecuencia de su comunicación previa de despido, puesto que, a pesar de haber hablado el representante legal de la accionada de un plan de retiro

voluntario, el testimonio de una de las trabajadoras fue trascendental en la resolución del caso y efectivamente se configuró una situación irregular en la presentación de la renuncia de las trabajadoras. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, del 30 de septiembre de 2004, Radicación 22842)

Uno de los puntos nodales del fallo se centró en el testimonio de una de las empleadas que estuvo presente en la reunión convocada y que la Corte consideró debía tenerse en cuenta, dando visos de las irregularidades presentadas en el acto jurídico de renuncia de las accionantes, entre ellas, el hecho que les limitaran su derecho a la movilidad a todos los empleados presentes en la reunión, incluyendo a una de las trabajadoras quien había decidido no firmar, no permitiéndoles salir del recinto hasta tanto no firmaran la renuncia voluntaria. También, el hecho de que la carta de renuncia fuera suscrita el mismo día en que se convocó a la reunión extraordinaria, no permitiéndoles tomarse el debido tiempo para meditar su decisión; además, ponerles de presente que para ellas era conveniente aceptar la oferta económica para que renunciaran, pues con ello obtendrían más ventajas, entre otras cosas la recomendación por parte de la empresa. Aunado a lo anterior, una de las accionantes se encontraba en estado de embarazo en el momento de los hechos; por lo tanto, gozaba de fuero de maternidad y estabilidad laboral reforzada, situación que no fue tomada en cuenta. Por tanto, la comunicación previa de despido injusto, con las irregularidades que se presentaron, constituyeron motivos fundantes de la renuncia presentada por las trabajadoras, viciando así su consentimiento.

En el tercer caso, en proceso ordinario laboral, adelantado por Luis Armando Barachi Rosa contra Celular Móvil de Colombia, S.A.–Celumóvil, S.A. – y Celumóvil de la Costa, S.A. (Unión Temporal), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo, señaló que en virtud del testimonio de la entonces gerente de Celumóvil en Sincelejo, analizado bajo los principios de la sana crítica, observó que el trabajador fue compelido a renunciar bajo la amenaza de dañarle su hoja de vida y hacerle un seguimiento para despedirlo, situación que le convenía a la gerente, pues le quitaba la preocupación de su desempeño ante sus superiores, en virtud de la relación cercana que tenía con el empleado; teniendo en cuenta además, la “colaboración” que ella menciona, le brindó al señor Barachi en la elaboración de su carta de renuncia. Al respecto, señala la Sala Laboral de la Corte Suprema que el camino elegido por el censor en representación de la demandada, en el recurso extraordinario, esto es la vía directa, adolecía de fallas técnicas, puesto que difería de la valoración probatoria que el Tribunal hizo sobre los hechos, circunstancia que no está permitida en el camino elegido de ataque a la sentencia, impidiéndosele infirmar el testimonio de la gerente que fue determinante en la decisión del Tribunal de considerar nulo el acto de renuncia y por ende de la Sala Laboral de la Corte de NO CASAR la sentencia.

En las decisiones anteriormente mencionadas, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la comunicación, por parte del empleador del

posible despido injusto o con justa causa a los trabajadores, bajo las circunstancias mencionadas en cada caso y con la demostración, por parte de los accionantes de la posible vulneración de su libre decisión, mediante vicios del consentimiento, han sido determinantes en la toma de una decisión libre y espontánea de los empleados al dimitir en sus empleos y, por tanto, ha declarado además de estas, en otras oportunidades, la nulidad del acto jurídico de renuncia, como consecuencia de ello.

No obstante, en otras oportunidades, la Sala Laboral de la Corte Suprema en decisiones como en Sentencia del 04 de julio de 2002, radicado 18299; Sentencia del 21 de agosto de 2013, radicado No. 44128; en Sentencia del 06 de agosto de 2014, radicado No. 46702, entre otras, ha señalado que la sola demostración de haberle informado al trabajador previamente de su despido con justa o sin justa causa, no constituye vicio en el consentimiento, sino que se debe probar que el consentimiento del trabajador fue efectivamente afectado; suponer lo contrario equivaldría a considerar que el empleado no tiene capacidad de decisión, lo que a todas luces cercenaría la dignidad del mismo y le impediría tomar cualquier decisión en la resolución del conflicto mediante autocomposición, sin dar a entender que no puedan presentarse vicios en el consentimiento del trabajador.

En este sentido, la Sala Laboral de la Corte, en Sentencia del 04 de julio de 2002, radicado No. 18299, también se pronunció sobre la posibilidad que tienen las partes de revocar la decisión de despido por parte del empleador y la de renuncia del trabajador, siempre que esta última no haya sido aceptada por el empleador, es decir, que el contrato de trabajo se encuentre vigente, para reemplazar esa decisión, por la terminación por mutuo acuerdo, cuidando que no se afecten derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores. Ello, en virtud de la capacidad de autodeterminación que tiene el trabajador, siempre que se cumplan determinadas subreglas jurisprudenciales para que se puedan dar estos supuestos, entre otras, por ejemplo, que la remuneración cancelada por mutuo acuerdo sea superior o por lo menos equivalente a la que habría recibido el empleado como consecuencia del despido injusto.

En este aparte, Mario Moreno cita algunas sentencias de antaño, como la Sentencia del 5 de septiembre de 1985 o Sentencia del 18 de octubre de 1990, en las que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó su posición respecto de la terminación condicionada del contrato de trabajo, indicando que es lícito que esta se lleve a cabo aun cuando la gratuidad no sea el móvil determinante de su consentimiento para cualquiera de los contratantes, siempre que la persona que reciba la propuesta de un beneficio o ventaja de su contraparte, sea libre de aceptar o no el halago prometido. Por ejemplo, en caso de que el trabajador decida renunciar condicionadamente expresando su libre voluntad supeditada al pago de una indemnización por parte del empleador, este último tiene a su albedrío determinar si acepta o no la renuncia del empleado, para dar por terminado el contrato de trabajo, sin que ello sea contrario a la ley, menos aún, si el ofrecimiento proviene por parte del empleador. Lo importante, es no coaccionar la voluntad de los contratantes en su libre determinación.

Existen, además, otros pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha viciado la libre voluntad del trabajador por parte del empleador por causas distintas a la comunicación previa del despido con justa o sin justa causa. Así, por ejemplo, en Sentencia del 23 de octubre de 1995, radicado 7782, la Sala Laboral no casó sentencia, puesto que a pesar de que el trabajador se encontraba amparado por el ordinal 5º, artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y puesto que a la época del despido contaba con más de 10 años al servicio del mismo empleador a 1990, efectivamente, con las amenazas e insultos mediante los cuales fue obligado por la empresa a suscribir la carta de renuncia vio viciado su consentimiento. No obstante, aquí la Corte corrige un error en la doctrina de la sentencia del tribunal, puesto que este dedujo la existencia de despido indirecto por vicio en el consentimiento en el acto de la renuncia.

Es por esta razón, que la Sala Laboral de la Corte, en la misma sentencia, precisa las diferencias entre la renuncia viciada en el consentimiento y renuncia provocada o despido indirecto, indicando, lo siguiente:

(...) debe la Corte advertir que del vicio en el consentimiento en el acto de la dimisión no deriva el despido indirecto; éste último se presenta cuando el trabajador acredita que se vio compelido a renunciar por una de las justas causas que establece el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y que así lo manifestó en el momento de la terminación del contrato de trabajo; sus efectos jurídicos son los mismos del despido sin justa causa. En cambio, el desconocimiento del valor legal del acto de la renuncia trae consigo la restitución completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto anulado, o sea la existencia del contrato de trabajo y el reconocimiento de todos los salarios dejados de percibir, tal y como lo ordena el artículo 140 del C. S. T., puesto que el trabajador no ha prestado servicio por culpa del empleador (...) (C. S. J. Laboral, 23 oct. 1995, Rad. 7782).

En este sentido, tenemos que el despido indirecto se presenta cuando el trabajador dimite de su empleo por las justas causas contempladas en el literal b) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, derivándose las mismas consecuencias que para el despido sin justa causa, es decir, el pago de la respectiva indemnización. No obstante, de la declaratoria de nulidad relativa de la renuncia presionada, procede el restablecimiento del vínculo contractual, como si nunca hubiese sido interrumpido, más el respectivo pago de salarios, en virtud del artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

*También, la Corte en esta sentencia, señaló que el solo hecho que el trabajador mencione que se encontraba en pleno uso de sus capacidades legales al momento de presentar su dimisión al empleador, no permite inferir que su consentimiento no fue viciado, puesto que no puede equipararse el consentimiento a la capacidad para obligarse; ambos concurren en el acto o declaración de voluntad, teniendo en cuenta lo dispuesto por artículo 1502 del Código Civil, de hecho es*



necesario que el trabajador goce de plena capacidad para que los vicios puedan afectar su voluntad. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, del 23 de octubre de 1995, Radicación 7782)

Con respecto, a los efectos de los fallos analizados, observamos que la figura usada por la Corte para invalidar el acto jurídico de la renuncia presionada, ha sido la nulidad relativa. Jurídicamente, esto responde a que la nulidad es definida como un castigo o sanción civil que se impone por la omisión de los requisitos legales indispensables para la validez del acto o contrato, lo que conlleva a la ineficacia del mismo, en términos generales (C. C., C-597 de 1998). Al respecto, el artículo 1740 del Código Civil, aplicable por analogía al Código Sustantivo del trabajo, en virtud de lo dispuesto en su artículo 19, señala que esta puede ser de dos tipos: Nulidad absoluta y Nulidad relativa.

El artículo 1741 del Código Civil, indica que la nulidad absoluta se presenta cuando hay causa ilícita, objeto ilícito, omisión de algún requisito o formalidad que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de los mismos, y también se considera existe en los actos o contratos celebrados por personas absolutamente incapaces, mencionando que la nulidad relativa se configura en cualquiera otra especie de vicio no consagrado en este artículo y da derecho a pedir la rescisión del acto o contrato. Por lo tanto, cuando existen vicios en el consentimiento, se configura la nulidad relativa del acto que, al proteger el interés privado o particular, solo procede a petición de parte, como lo señala el artículo 1743 del Código Civil, puede sanearse con el paso del tiempo o ratificación de las partes.

Respecto de los efectos de la nulidad, el artículo 1746 del Código Civil, indica que su declaración judicial da derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, generándose a su vez, el derecho a las restituciones mutuas en los casos en que proceda.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte ha optado por ordenar el reintegro del trabajador, en su esfuerzo por volver las cosas a su estado anterior, así, en sentencia del 12 de marzo de 2014, radicado 42950, en contraposición a lo expuesto por el casacionista, señaló que la orden de reintegro o reinstalación, como resultado de la declaratoria de nulidad de la renuncia por vicios en el consentimiento, no contraría lo dispuesto en el artículo 6, parágrafo transitorio de la Ley 50 de 1990, puesto que esta norma retiró del ordenamiento jurídico el reintegro del trabajador en los casos de despido sin justa causa, cuando este llevara al servicio de la empresa 10 años o más, pero no se pronunció respecto a la figura jurídica de la renuncia; por lo tanto, es perfectamente viable su uso en estos casos.

Adicionalmente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dado aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se indica que en los casos en los cuales haya estado vigente el contrato laboral, el

trabajador tiene derecho a percibir salario, aun cuando no se haya prestado el servicio, por culpa del empleador.

Por lo tanto, el reintegro se ha entendido sin solución de continuidad, ordenando el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde la desvinculación del trabajador, mediante la renuncia presionada, en sentencias como la del 12 de marzo de 2014, radicado No. 42950, sentencia del 30 de septiembre de 2004, radicado 22842, entre otras. Por otro lado, ordenando el pago de salarios dejados de percibir, sin pronunciarse sobre las prestaciones sociales, en sentencias del 27 de junio de 2003, radicado 20074; Sentencia del 23 de octubre de 1995, radicado 7782, entre otras.

Sin embargo, entendemos que, si las cosas vuelven a su estado anterior, como si el hecho nunca se hubiese producido, el empleador está en la obligación de cancelar el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos, dejados de percibir durante el tiempo que no se prestó el servicio por su culpa, en virtud del artículo 140 del Código Sustantivo.

Así mismo, la Sala Laboral de la Corte Suprema, en Sentencia del 30 de noviembre de 2000, radicado 14640, indicó que la aplicación del artículo 140 del Código Sustantivo también procede en aquellos casos en los que se hayan llevado a cabo despidos improcedentes por ley, como es el caso de despidos colectivos sin autorización del Ministerio de Trabajo, obligando al empleador a cumplir el contrato y pagar los salarios dejados de percibir desde el despido, como consecuencia de la no prestación del servicio por parte del empleador.

En esta sentencia, la Sala también señaló que la diferenciación entre el uso de los términos reintegro y reinstalación, no tiene relevancia, indicando lo siguiente:

(...) Conforme lo dispone el artículo 28 del Código Civil, salvo cuando haya de dárseles “su significado legal” porque el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”; y como ocurre que el legislador no le ha dado un significado legal a la palabra “reintegro”, debe ella entenderse en su sentido natural y obvio, que para estos efectos no puede ser otro diferente al uso general registrado en el Diccionario de la Lengua Española, en donde dicho sustantivo está definido como “acción y efecto de reintegrar”, y “reintegrar” es verbo transitivo que en la acepción pertinente significa “volver a ejercer una actividad, incorporarse de nuevo a una colectividad o situación social o económica”. Como uno de los ejemplos del correcto uso de la palabra se da el de “reintegrarse a sus funciones. (...)”

Quiere decir lo anterior que le asiste entera razón a la recurrente cuando afirma que gramaticalmente la palabra “reintegro” no puede significar otra cosa diferente a incorporar de nuevo a alguien a su trabajo, por lo que desde el punto de vista de la prevalencia del derecho sustancial resulta irrelevante que en los

casos en que un patrono ha efectuado un despido colectivo, así determinado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para hacer efectiva la protección de los trabajadores y realizar el derecho que tienen “a percibir el salario”, el trabajador, quien por ministerio de la ley está autorizado para considerar que se encuentra vigente su contrato de trabajo, bien puede demandar que se le reintegre al empleo, o que se le reincorpore a la empresa, o que se le instale en su empleo, o que se le reinstale en su actividad laboral, pues, independientemente de cuál sea la expresión que utilice en su demanda, en la medida en que acredite el hecho de haber sido afectado por un despido determinado como colectivo por la autoridad administrativa competente, para que se cumpla la voluntad de legislador y tenga consecuencias prácticas la protección que le otorgan el artículo 40 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 y el artículo 40 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978, de no producir ningún efecto el despido colectivo de trabajadores efectuado por el patrono, el juez debe ineludiblemente ordenar la reinstalación del trabajador a su empleo con todas las consecuencias que se derivan de dicha decisión judicial (...). (C. S. J. Laboral, 30 nov. 2000, Rad. 14.640).

Por lo tanto, independientemente de cómo lo llamemos, sea reintegro o reinstalación, lo importante es la prevalencia del derecho sustancial y el trabajador que por ministerio de la ley esté autorizado para considerar que su contrato de trabajo se encuentra vigente, bien puede demandar que se le reintegre al empleo, se le reincorpore o se le reinstale; independientemente de la palabra que utilice, está autorizado para solicitarlo.

A su vez, respecto de las consecuencias derivadas del reintegro, como consecuencia del despido que va en contravía de lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, relacionadas con el artículo 140 del Código Sustantivo, la Sala Laboral de la Corte, señaló que, en estos casos, el reintegro trae aparejado el pago de salarios dejados de percibir, debido a la ausencia del servicio, originada en una determinación del empleador, con los aumentos y reajustes que se produzcan en el interregno, pago de salarios que se proyectará hasta que se produzca la reinstalación física del trabajador, junto con el consecuente pago de los derechos prestacionales que la ley señala, a cargo directamente del empleador y las obligaciones de este frente a la seguridad social, en relación con el trabajador correspondiente. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, del 30 de septiembre de 2004, Radicación 22842)

Por último, continuando con el análisis de los efectos de la declaratoria del reintegro o reinstalación, se observó que, en la mayoría de las sentencias analizadas, luego de ordenar el reintegro, el respectivo pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, se descontó el dinero cancelado al trabajador al momento de su liquidación, cuando presentó la renuncia, del valor de los salarios y prestaciones dejados de percibir a cancelar con el consecuente reintegro ordenado. Circunstancia que se presentó en sentencias como la proferida el 23 de octubre de 1995, radicado No. 7782; Sentencia del 30 de

noviembre de 2000, radicado 14640, en esta como consecuencia del reintegro de la trabajadora despedida colectivamente sin autorización del Ministerio de Trabajo; Sentencia del 30 de septiembre de 2004, radicado 22842, entre otras.

#### 4. CONCLUSIONES

No siempre se vicia el consentimiento del trabajador, cuando se le comunica previamente sobre la posible decisión de despido. Sin embargo, en caso que llegue a demostrarse que se presentaron determinadas circunstancias específicas, que implicaron algún tipo de *error, fuerza o dolo*, en la voluntad del trabajador, es procedente la declaración de nulidad sobre el acto jurídico de renuncia.

En los casos analizados, en los que se vició el consentimiento, existieron testimonios, confesiones, indicios, esto es, elementos materiales probatorios que permitieron al juez llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, a determinar que efectivamente fue viciada la voluntad de los empleados con la comunicación previa.

El despido indirecto o renuncia provocada, se configura cuando el trabajador renuncia por causas imputables al empleador, específicamente las estipuladas en el literal b) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. Como consecuencias jurídicas, éste acarrea los mismos efectos del despido sin justa causa, es decir, el pago de indemnización por despido injusto.

La renuncia ineficaz, se presenta cuando alguno de los requisitos esenciales del acto jurídico ha faltado; en este caso, su consentimiento se encuentra viciado, por lo que su declaratoria de nulidad genera el consecuente reintegro y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, por culpa del empleador.

La diferenciación entre reintegro o reinstalación es irrelevante; lo importante, es la prevalencia del derecho sustancial. Por lo tanto, siempre que un trabajador se encuentre amparado por la ley, y esté prohibido su despido o su renuncia sea ineficaz, tendrá derecho a pedir el reintegro o reinstalación, con todas las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

El hecho de que el trabajador haya manifestado que, al momento de presentar su renuncia, se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales y gozaba de plena capacidad, no quiere decir que su consentimiento no haya sido viciado, puesto que capacidad y consentimiento son dos requisitos para obligarse totalmente distintos, y no puede existir consentimiento viciado si antes el sujeto no goza de plena capacidad.

# EL CONTRATO REALIDAD FRENTE A LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Kelly Sofía Gastelbondo Chaljub\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento de la era moderna y el nacimiento de la Revolución Industrial, se dieron diversos cambios dentro de la sociedad. Uno de ellos fue el aumento de la demanda de servicios, con el cual las personas, para poder satisfacer sus necesidades básicas y las de quienes se encontraban a su cargo, ofrecían su capacidad de trabajo, renunciando parcialmente a su autonomía, siguiendo las directrices de quien sería el encargado de dirigir el trabajo y remunerar el servicio recibido, es decir, el empleador. Desde ese momento, la subordinación se transforma en un hecho social permanente en toda relación laboral, en la cual se da una dependencia social, jurídica y económica por parte del trabajador<sup>112</sup>.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, se iniciaron en el país procesos de apertura económica, con el fin de llevar al Estado colombiano hacia la carrera capitalista que exigían las tendencias mundiales de la globalización. Sin embargo, con esta apertura económica se gestó una aciaga crisis financiera, que llevó al Estado a la más grande crisis de desempleo sufrida en su historia; dicha crisis de desempleo fue el resultado de las inescrupulosas decisiones de los empleadores que, con la finalidad de reducir costos recortaban la nómina, realizando despidos masivos.

En la historia reciente, se han retomado las prácticas laborales implementadas en la era industrial, con la novedad del surgimiento de nuevas modalidades o disfraces de contratación de labores diferentes a las presentadas en la legislación laboral y la aceptación e implementación de estas modalidades, por parte de las entidades del Estado, despojando al trabajador de las garantías y derechos de que podría gozar al vincularse a través de una relación laboral legal y reglamentaria

Para autores como el profesor uruguayo Plá Rodríguez, existen ciertos principios laborales inherentes a toda relación laboral, a saber: el principio

---

\* Abogada de la Universidad del Sinú. Secretaria del Juzgado Tercero Civil Municipal de Descongestión de Montería. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre.

<sup>112</sup> Como parte del empleo el DANE. Metodología Informalidad Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH), diciembre 30 de 2009.

protector, la irrenunciabilidad de derechos, la continuidad de la relación laboral, la primacía de la realidad, la razonabilidad, la buena fe y la no discriminación. (Oviedo, 2006, p. 119)

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente la existencia de una dependencia por parte de los trabajadores, a la hora de obtener los recursos necesarios para su subsistencia, razón por la cual se han emprendido políticas estatales para la protección de estos, como la creación e implementación de asociaciones sindicales, la promulgación de derechos básicos laborales y la expedición de principios constitucionales, cuya única finalidad es proteger la parte débil de la relación laboral, garantizando el trato justo e igualitario de los mismos, en acompañamiento de organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo.

Pese a lo anterior, el Estado, a su vez, ha continuado implantando políticas tendientes a la deslaboralización de los contratos de trabajo, a través de modalidades de prestación de servicios, ordenes de prestación y hasta el contrato sindical, por lo que surgen los siguientes interrogantes, a desarrollar en el presente documento: ¿Se ven amenazados los derechos laborales de las personas vinculadas bajo la modalidad de prestación de servicios con entidades públicas? ¿Es viable la aplicación del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas frente a las diferentes modalidades de contratación de trabajadores por parte de las entidades estatales, en el entendido de que dicha potestad de contratación se encuentra permitida por el mismo Estado?

El presente artículo se aborda desde la normatividad nacional, la jurisprudencia de las Cortes y el concepto internacional de la deslaboralización, pretendiendo contextualizar el concepto de las relaciones empleador-trabajador.

## 2. CONTENIDO

Con la llegada de la globalización y las políticas mercantilistas, el hombre se convirtió en un eslabón más en la cadena de producción, despersonalizándolo y hasta deshumanizándolo, al ser tenido en cuenta solo como un objeto de uso, siendo esta una práctica muy común dentro de la economía privada. Sin embargo, es preocupante cómo estas prácticas mercantilistas, poco a poco han ido ganando cancha en las prácticas administrativas de las entidades estatales, las cuales se encuentran encargadas de proteger los intereses de los miembros de la sociedad y el bien común, fomentando la creación y uso de figuras jurídicas cuya única finalidad es deslaborar el trabajo.

Sin embargo, contrario a esto, la jurisprudencia de las altas cortes, desde sus primeras sentencias han amparado el concepto de trabajo esbozado por la Constitución de 1991, respetando el estatus de derecho social y económico que esta le otorga, velando porque estos derechos sean protegidos, permitiendo una realización práctica amparada en los principios de igualdad, libertad y dignidad humana. (Corte Constitucional de Colombia, C-606 de 1992)

Es precisamente este enfoque, considerar al trabajo desde los derechos humanos, el que va ligado más exactamente a la dignidad humana, y del cual se pueden resaltar tres aspectos importantes:

En primer lugar, de conformidad con lo expresado en los artículos 25 y 26 de la Constitución, el derecho al trabajo tiene el carácter de derecho fundamental, lo cual implica la necesidad del libre desempeño de una actividad personal legítima, tendiente a obtener los patrimonios que contribuyan a solventar las necesidades de los trabajadores y su núcleo familiar, para que, de esta forma, se mantenga siempre una calidad de vida en condiciones dignas y justas.

Esto quiere decir, que los Estados deben adoptar medidas tendientes a proteger el mínimo vital de los trabajadores, es decir, se deben garantizar las condiciones laborales acordes con las garantías mínimas de subsistencia de cada trabajador.

Como segundo aspecto, el concepto de autonomía personal, contemplado en el artículo 16 de la Constitución Política, el cual, dado su carácter intrínseco a la dignidad humana, no puede ser satisfecho con medidas accesorias, como sucede con el principio del mínimo vital, que, pese a su condición necesaria al derecho frente a la dignidad, puede ser suplido por otros entes u organizaciones; un ejemplo de ello puede apreciarse con las familias de bajo estrato, para las cuales, viéndose amenazado el principio del mínimo vital, el Estado ha implementado programas sociales y les ha otorgado el acceso a subsidios para suplir sus necesidades básicas. Sin embargo, es imposible que éste satisfaga las aspiraciones de autonomía de los individuos, puesto que esta es una condición inherente a la dignidad de la persona.

Finalmente, por encima de los términos del mínimo vital y de los requerimientos de la autonomía, el artículo 25 de la Constitución Política, establece que: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. De lo anterior se colige la relevancia del trabajo en el contexto del desarrollo social, y la importancia de éste para el desarrollo del individuo, dentro de un marco equitativo y decoroso.

### **Concepto del derecho al trabajo y las responsabilidades del Estado**

Dentro del marco de las obligaciones del Estado con los derechos de los trabajadores, y en concordancia con lo expresado en el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, el Estado se encuentra obligado a garantizar que las personas accedan a un empleo. Esto involucra por un lado, promover las condiciones que permitan a las personas acceder al empleo o conservar el que ya tienen, constituyendo unas garantías formales de estabilidad laboral; esto en consonancia con lo expresado por los principios contemplados en la Constitución Política, sustentado además por el artículo 54 de la misma, el cual expresa la obligación del Estado de generar acciones encaminadas a favorecer, facilitar

y estimular políticas, estrategias y planes para la generación de empleos y la promoción o activación del mercado de trabajo, de tal forma que existan buenas posibilidades para los individuos de obtener un empleo.

De acuerdo con lo expresado en el Decreto 2503 de 1998 en su artículo 2, el empleo público se define como:

El conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las respectivas entidades, con sujeción a los generales que establezca el Gobierno nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 5° de este decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales.

Posteriormente, el Decreto 770 del año 2005, en sus artículos 1 y 2, definió la noción de empleo; además, estableció cuáles eran las entidades que debían someterse a este régimen, incluyendo a las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) y por lo cual, se entiende que siempre se debe cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos, las funciones, tareas y responsabilidades asignadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, y según lo expresado por la Organización Internacional del Trabajo, al tratar de reunir los diferentes conceptos de trabajo, en consonancia con las obligaciones que tienen los Estados, establece un concepto nuevo de trabajo: el de Trabajo Decente. Este concepto, según el Nobel de Economía Amartya Sen constituye un programa visionario de la OIT, del cual una de sus principales particularidades es la formulación de un objetivo general, que se describe como: “promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”

La Organización Internacional del Trabajo, expresa que el concepto de trabajo decente debe enfocarse hacia cuatro fines principales:

- a) La promoción de los derechos laborales;
- b) La promoción del empleo;
- c) La protección social contra las situaciones de vulnerabilidad, y
- d) El fomento del diálogo social.

Sin embargo, el hecho de que se garanticen las condiciones laborales de los trabajadores de acuerdo con el derecho a la dignidad humana, no se puede resumir en el simple evento en el que el Estado solo cumpla los objetivos y



deberes que la Constitución le obliga, sino también debe tener en cuenta otros aspectos de confrontación social, tales como, los distintos puntos de vistas que tiene el individuo en correspondencia con el trabajo ejercido.

Tales aspectos varían, dependiendo de las condiciones laborales en que se encuentre el trabajador. Sen expresa que no es posible que: "... por favorecer los intereses y reivindicaciones de un sector, queden postergados los intereses y reivindicaciones de otros". (Sen, 2012, p. 130). Quiere esto decir, que aun cuando el Estado trate de cumplir sus deberes y garantice óptimas condiciones laborales a los trabajadores, estas pueden ser desiguales al dársele más prioridad y favorecimiento al empleador, el cual en algunos casos puede ser el mismo Estado, presentando un equilibrio a intereses tan contradictorios, siempre y cuando las estrategias empleadas por este, para reducir las cifras de desempleo, no se basen en maniobras que busquen disminuir las condiciones laborales de los trabajadores.

### **Prohibición legal expresa de contratación misional en entidades públicas**

Desde un punto de vista legal, la prohibición de las modalidades de contratación por prestación de servicios de personal en misión, por parte de las instituciones del Estado, ha sido una constante dentro del marco jurídico colombiano, encontrándose absolutamente prohibida la celebración de contratos con personal por prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público.

En primer lugar, es bueno referir lo plasmado en el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, el cual dispuso: "*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*".

Entrando en concordancia con lo expresado en el artículo 7° del Decreto 1950 de 1973, prevé que en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, caso en el cual se crearán los empleos correspondientes, es decir, toda función pública, en la que se ejerza una autoridad administrativa, no puede delegarse bajo la modalidad de prestación de servicios.

Posteriormente, se promulga la Ley 80 de 1993, la cual regula el régimen de contratación estatal, y que en su artículo 32, inciso 3, prevé que los contratos de prestación de servicios personales, sólo se celebrarán por el término estrictamente indispensable, y cuando el personal de planta no pueda realizar la actividad requerida. Es bueno resaltar que, para efectos de evitar el reconocimiento de contratos realidad, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas, la ley declara expresamente que las modalidades de contratación por prestación de servicios "*en ningún caso... generan relación*

*laboral ni el pago de prestaciones sociales*”. Sin embargo, esta en ningún momento se consagró como una presunción de iure o de derecho, por lo cual se entiende que esta estipulación es una presunción de hecho, que admite prueba en contrario, por lo cual el afectado puede optar por la vía judicial para el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, y, consecuentemente, el pago de una indemnización por los derechos laborales vulnerados.

La Ley 909 de 2004, en su artículo 19, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública en materia de empleo público, establece, además, que para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público, es decir, una vinculación laboral con el Estado a través de una relación legal y reglamentaria, es necesario que dicha vinculación se dé conforme a los requisitos preestablecidos en la ley; esto es, puede darse en las modalidades de nombramiento o elección, y posteriormente una posesión.

La Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 195 numeral 5, el régimen jurídico al cual se ven sometidas las Empresa Sociales de Salud: —Régimen jurídico. *Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...).5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.*

El artículo 5° de la Ley 190 de 1995, declarado exequible por la Corte Constitucional, en Sentencia C-672 de 2001, “establece la nulidad del contrato de prestación de servicios por el no cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o para su celebración, por lo que, si se demuestra que verdaderamente se trataba de una relación laboral, el contrato debe dejarse sin efectos”.

### **Conceptos jurisprudenciales frente a la deslaboralización**

El Consejo de Estado, en ponencia de la M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 19 de febrero de 2009, Rad. 3074-05, establece que, al configurarse los elementos de juicio necesarios para que se declare una relación laboral, entre quien prestó sus servicios y la empresa que se vio favorecida con éstos, es necesaria la indemnización de los mismos, a título de reparación por la negación de sus derechos laborales, en especial la relacionada con las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

*Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios...*  
En ese orden de ideas, el derecho a recibir los salarios dejados de cancelar,

y sus prestaciones sociales, no admite discusión a la hora de reconocerse un contrato realidad bajo la aplicación del principio de la “Primacía de la realidad sobre las formalidades.

El Consejo de Estado, a través de Sentencia del 21 de febrero de 2002, en expediente 3530-2001, expresó que:

*El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo... la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste. La Sala conforme a la preceptiva de que trata el artículo 85 del C. C. A. considera que en este caso específico hay lugar a la reparación del daño, en razón a que la actora tiene pleno derecho a devengar los mismos salarios y prestaciones que devengan los empleados públicos del municipio. Lo cual quiere decir también que las sumas que se causen en su favor habrán de expresarse como reparación del daño causado, tal como lo autoriza el artículo 85 del C. C. A. Así las cosas, resulta procedente reconocer en favor de la demandante, a título de indemnización, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los empleados públicos ... de conformidad con el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968 y el artículo 6o. y 7o. del Decreto 1950 de 1973, no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento por mandato constitucional, y el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes. Así las cosas, dirá la Sala que las funciones públicas de carácter permanente asignadas por la ley a los cargos públicos solo las puede ejercer una persona natural, que así adquiere el carácter de trabajador estatal, y para ello debe prestar personalmente el servicio.*

La Corte Constitucional en Sentencia 614 de 2009, estableció la **prohibición de contratación de funciones permanentes** en las entidades públicas, para lo cual señaló que:

*...independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato, ... existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando:*

*i) Se acuerde la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; ii) No se pacte subordinación*

*porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; iii) Se acuerde un valor por honorarios prestados, y iv) La labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.*

*Esta prohibición, cuya condición es necesaria para suscribir contratos de prestación de servicios, quiere decir que en ningún momento podrán requerir servicios labores ocasionales, extraordinarios o que temporalmente excedan su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual, y tampoco podrán contratar por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente, se asignan a los empleados públicos, para lo cual más adelante en la misma jurisprudencia, la Corte Constitucional reitera lo siguiente: "... la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.*

Más adelante, en la misma jurisprudencia, la Corte Constitucional establece cuáles son los criterios necesarios para definir cuándo nos encontramos frente a una labor permanente ejercida ante una entidad pública, que, sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para establecer una relación laboral a través de la figura del contrato realidad, basándose en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades; es decir, que a través de este concepto la Corte definió los límites existentes entre una relación laboral y una relación por prestación de servicios, las cuales se clasifican de la siguiente manera:

- a. **Criterio funcional:** Este criterio se da cuando las funciones ejercidas por los trabajadores vinculados por prestación de servicios con entidades públicas son innegablemente del ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública, en concordancia con lo fundamentado en la aplicación del artículo 121 de la Constitución Política, para lo cual dicha vinculación se debe generar a través de una vinculación laboral legal y reglamentaria, en concordancia con lo expresado, el Consejo de Estado expresó: *... no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes.* (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia No. 0370-2003 del 21 de agosto de 2003)
- b. **Criterio de igualdad:** Al cumplirse los tres elementos de la relación laboral, es evidente que los trabajadores por prestación de servicios

deben estar vinculados bajo una relación laboral legal y reglamentaria de acuerdo con lo expresado por el artículo 53 de la Constitución Política; esto en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Segunda en la Sentencia expediente número 2152-06.

- c. **Criterio temporal o de la habitualidad:** El cual se configura cuando a los trabajadores vinculados con las entidades públicas, a través de las modalidades de prestación de servicios, se les realizan contrataciones sucesivas, disfrazando una relación de carácter permanente y generándose en la realidad una verdadera relación laboral. Esto, en concordancia con lo expresado por el Consejo de Estado, en Sentencia radicado 2776-05.
  
- d. **Criterio de la excepcionalidad:** Frente a este, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expresó: *existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, .... la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados.* Teniendo en cuenta lo referido por la Corte, es claro que, al momento de contratarse personal por prestación de servicios, las actividades a desarrollar deben requerir conocimientos especializados y temporales; es decir, si la actividad que se requiere por la entidad pública, se encuentra relacionada con su misión o con los servicios que ofrece, esta debe concernir a una relación laboral.
  
- e. **Criterio de la continuidad:** Con este criterio la Corte expresa que es de suma importancia tener en cuenta si los contratos por prestación de servicios son de carácter sucesivo y no transitorio, para lo cual el Consejo de Estado, en Sentencia del 21 de agosto de 2003 expresó que: *no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este.*

Teniendo en cuenta lo anteriormente citado, es evidente que uno de los fundamentos esenciales para desvirtuar una vinculación con el Estado por la modalidad de prestación de servicios, es el ejercicio mismo de las labores contratadas, y si estas se encuentran relacionadas con los servicios misionales

ofrecidos por las entidades estatales, es decir, si son del giro mismo de la entidad; y que si las funciones sean ejecutadas por personal de planta o se requieran conocimientos especializados, pueden, entonces, celebrarse contratos de prestación de servicios, ampliando la planta de personal para celebrar contratos laborales cuando sea necesario.

### **Celebración de contratos de prestación de servicios con un tercero**

La Corte Constitucional en Sentencia T-500 de 2000, manifestó que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es aplicable a los contratos cuya prórroga se extiende indefinidamente en el tiempo, generando una relación laboral sin solución de continuidad, de lo contrario *“dicha situación generaría en el trabajador una inestabilidad frente a su relación laboral”*. Así mismo, frente a la contratación realizada por cooperativas de trabajo asociado, la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009, al momento de realizar un análisis de la Ley 79 de 1988, la cual regula las Cooperativas de Trabajo Asociado, manifestó que: *“todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”*.

El Consejo de Estado en Sentencia de fecha 15 de junio de 2011, Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10), M. P. Manuel Alejandro Fula Rojas, respecto a la celebración de contratos de prestación de servicios con un tercero, expresó que: *“La existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios, no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores”*.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional, en Sentencia C-614 de 2009, ha reiterado, de manera enfática:

La abierta inconstitucionalidad y las graves consecuencias administrativas y penales que conllevan los procesos de deslaboralización en las relaciones de trabajo que, a pesar de utilizar formas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo, desdibujando las relaciones laborales, para lo cual indicó que: el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.

## **Prohibición de contratación de terceros con Empresas Sociales del Estado**

A pesar de que las Empresas Sociales del Estado (ESE) se encuentran facultadas para contratar con terceros, la Ley 1429 de 2010<sup>113</sup>, en su artículo 63, establece una prohibición expresa a todas las empresas públicas, entre las cuales se destacan las citadas ESE, para realizar contrataciones bajo la figura de intermediación laboral, para lo cual reza: ... *El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral... se impondrán multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas.* De lo anterior, se puede colegir que existe un precedente legal, por el cual se establece una sanción destinada a las entidades públicas, entre ellas las ESE; esto, debido a que, para estas instituciones, la figura de intermediación laboral se ha convertido en una buena opción para evitar gastos laborales.

De igual manera, en la Sentencia T-171 de 2012, la Corte Constitucional expresó que se deben “respetar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios, sean utilizados como formas de intermediación laboral, de deslaboralización, o de tercerización como regla general, de manera que deben ser obligados a responder jurídica y socialmente por la burla de la relación laboral...”.

Teniendo en cuenta lo anterior, dentro de la misma jurisprudencia, la Corte Constitucional consideró que el artículo 59 de la Constitución Política es exigible, siempre y cuando se entienda su aplicabilidad: “para la contratación por prestación de servicios con terceros, solo es dable cuando estas no se traten de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la empresa o cuando requieran conocimientos especializados”.

Es de resaltar el caso publicado en los medios noticiosos del departamento de Córdoba, en el cual se han visto implicadas varias ESE, y un gran número de empresas intermediadoras, en alarmantes casos de intermediación laboral, las cuales recientemente han sido sancionadas por el Ministerio de Trabajo en Córdoba, puesto que, durante muchos años, estas entidades practicaban y participaban en modalidades de contratación tendiente a la deslaboralización del personal de la salud de esta región, siendo evidente que el personal vinculado por contratos de prestación de servicios superaba en un número mucho mayor a la que poseían las entidades del Estado en su planta de personal. La gran mayoría de este personal contratado, se vinculó a través de medios de intermediación

---

<sup>113</sup> Revisar también la Ley 1468 de 2012.



laboral o tercerización por cooperativas, estableciéndose nóminas paralelas, y siendo evidentemente desmejorados y vulnerados en sus derechos laborales.

### **Derecho fundamental de la primacía de la realidad sobre las formalidades**

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-556 de 2011, elevó el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades a la categoría de derecho fundamental, para lo cual pronunció que: “En primer lugar, la consecuencia más notoria de la decisión atacada, es su repercusión en el goce efectivo del derecho fundamental del actor a la primacía de la realidad sobre las formas laborales (art. 53, C. P.)” y, posteriormente, decidió “*CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la primacía de la realidad sobre las formas*”. Teniendo en cuenta lo anterior, para el autor dicha providencia no debió otorgar el carácter de derecho fundamental al principio de la realidad sobre las formalidades, debido a que dicho privilegio no se encuentra relacionado directamente con la condición de ser humano, siendo a la vez necesario que la persona sobre la cual recae el derecho, sea un trabajador, excluyendo a las demás personas que no ostentan las condiciones ni la capacidad para buscar, obtener y/o mantener un trabajo, como los menores, los incapaces, los ancianos, etc. Es decir, para poder adquirir la primacía de la realidad sobre las formalidades como un derecho, primero es necesario haber desempeñado una labor, en la cual como bien lo expresa el profesor Plá Rodríguez: a) Se haya fingido una situación jurídica diferente a la real; b) Se haya presentado un error; c) No existan la información o los datos que lo respalden, y d) Cuando no se cumplan los requisitos formales para el ingreso o el ascenso. (Hidalgo & Goyes, 2006).

### **3. CONCLUSIONES**

La Constitución Política en conjunto con la legislación laboral, tratan en lo posible de plasmar los convenios suscritos entre el Estado colombiano y los diferentes organismos internacionales como la ONU, la OEA y la OIT, además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, es evidente que aún algunos de estos derechos y garantías parecen letra muerta, al confrontarse con la realidad misma de la situación laboral de la sociedad colombiana. Esta indudable contradicción se evidencia al analizar las políticas estatales, las cuales, por un lado buscan fomentar y garantizar la protección del Estado social de derecho, y por el otro, también fomentan y garantizan la práctica de políticas neoliberales dentro de la política interna, a tal punto, que se le han integrado principios de libre competencia e independencia económica a entes territoriales y descentralizados, conllevando con ello al abuso por parte de estas, como por ejemplo, las Empresas Sociales del Estado del Departamento.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, es claro que los trabajadores se ven afectados de manera negativa, al ser vinculados bajo modalidades de



contratación por servicios prestados, siendo estos ajenos al derecho laboral y, por ende, desconociendo los derechos y garantías a los que los mismos tienen derecho, renunciando a derechos tan vitales como el salario y las prestaciones sociales, la seguridad social y, a la vez, desconociendo el hecho de que nuestra Carta Magna les da el estatus de irrenunciables.

Sin embargo, es bueno reconocer la importante labor social ejercida por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, a la hora de establecer directrices tendientes a proteger la actividad laboral de los trabajadores, de acuerdo con los principios constitucionales y los derechos laborales, amparando el contrato realidad bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, y el cumplimiento de la finalidad de este, que no es más que la satisfacción de la igualdad social, bajo los ideales de una administración de justicia fundamentada en la verdad real, por encima de un mero formalismo, puesto que una sentencia basada en la realidad siempre será una sentencia justa.



# JÓVENES SIN TRABAJO, DEMOCRACIA DE PAPEL. EXCURSUS LEGALES SOBRE EL TRABAJO PARA JÓVENES EN COLOMBIA\*

Oscar Andrés López Cortés\*\*

*Si usted tiene reservas sobre el sistema y quiere cambiarlo, dice el argumento democrático, hágalo dentro del sistema: preséntese como candidato a un cargo político, sométase al escrutinio y al voto de sus conciudadanos. La democracia no permite una política fuera del sistema democrático. En ese sentido, la democracia es totalitaria.*

*Si usted discrepa de la democracia en una época en la que todo el mundo afirma ser en cuerpo y alma demócrata, corre el peligro de perder el contacto con la realidad. Afín de recuperar el contacto, en todo momento debe recordarse lo que supone enfrentarse al estado, el estado democrático o cualquier otro, en la persona del funcionario estatal. Entonces pregúntese: ¿quién sirve a quién?*

J. M. Coetzee, 2009.

## 1. INTRODUCCIÓN

Si preguntáramos hoy a las personas que recién están ingresando al mercado de trabajo, qué significado tiene para ellas la democracia, nos encontraríamos posiblemente con respuestas como las siguientes: la posibilidad de elegir y ser elegido. El gobierno del pueblo. Ejercicio del poder político contrario a la dictadura. Pero también podríamos encontrar la siguiente respuesta: no significa nada.

Esta última sería quizás la más realista. Y no porque una persona que responde de tal manera sea incapaz de definir la democracia, sino porque carece de suficientes experiencias materiales acerca de la misma, porque convivimos en un sistema social que niega los principios en los que se supone está fundada la democracia.

---

\* Este texto es una reflexión preparada como parte de la documentación previa adelantada para la creación del Observatorio de Trabajo Juvenil, en el que se encuentra trabajando el autor.

\*\* Ph. D. en Antropología Universidad del Cauca. Magíster en Derecho, Especialista en Derecho del Trabajo y Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de jornada completa, en el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Libre; coordinador del grupo de investigación de Estudios Interdisciplinarios del Derecho Social y del Mundo del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

En el desarrollo de una investigación, en la que se buscó examinar los significados que los jóvenes otorgan al sindicalismo y al trabajo (Vargas et al., 2015), jóvenes habitantes de la ciudad de Bogotá fueron invitados a narrar sus historias laborales.

En el análisis, fue posible detectar diversos discursos sobre el trabajo, entre los cuales se destacan: trabajo como medio de progreso y ascenso social, trabajo como forma de subsistencia, y finalmente, trabajo como elemento valioso en la construcción de la trayectoria del sujeto. En cuanto a este último, (Vargas et al., 2015), destacan que, si bien se puede apreciar una valoración del trabajo, que permite a los entrevistados encontrar sentido en lo que hacen, pese a las precarias condiciones de labor vividas por muchos de ellos, en una situación socioeconómica como la experimentada en Colombia, este discurso “puede llegar a sostener y justificar condiciones laborales extremas, sin permitir un cuestionamiento ni la búsqueda de transformación de las mismas. El (discurso) permite mantener así la motivación hacia el trabajo, incluso bajo condiciones precarias y difíciles.” (Vargas, en prensa).

Lo anterior, nos advierte acerca del efecto que pueden tener los discursos cargados de positivismo y esperanza sobre el trabajo que circulan socialmente, y la manera como, a través de ellos, se puede llegar a subestimar la importancia de las condiciones objetivas del trabajo, en la realización de construcción de una ciudadanía libre e igualitaria. Este proceso de sobrevaloración de la capacidad individual generada a través del discurso, es analizada por Witke (2005), quien argumenta que las personas son constituidas como organizaciones autónomas del trabajo, es decir, como empresa, instadas, por ende, a hacerse responsables de sí mismas a través de mecanismos como la internalización del control; en este proceso, los sujetos son inducidos a soslayar las condiciones económicas mediante la “revalorización intrínseca y la desvalorización extrínseca”, o apreciación subjetiva conferida a la labor, prescindiendo de las condiciones en las que esta se realiza.

De modo que sería necesario preguntar a los jóvenes por la relación entre trabajo (no como categoría abstracta, sino en cuanto a los significados que este adquiere dadas las condiciones socioeconómicas concretas) y los valores propios de la democracia. Quizás las respuestas serían aún menos claras. Esto se debe probablemente a que, como afirma Méda (1998), el razonamiento económico ha cooptado el lugar de lo político.

A primera vista, pueda que el trabajo y la democracia no aparezcan vinculados. No obstante, el trabajo en la sociedad liberal es el escenario, por excelencia, de realización de los valores democráticos, y sobre todo de su interiorización subjetiva o apropiación personal; en otras palabras, un trabajo en condiciones dignas y justas, es condición de posibilidad para que el individuo desarrolle plenamente su ciudadanía. Se supone que el trabajo nos iguala o, como lo ha expresado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, nos permite

expresar nuestra dignidad mediante la afirmación de la libertad y de la posibilidad de diseñar un proyecto de vida y determinarse conforme a las características del mismo. (Sentencias T-881 de 2002, T-629 de 2010).

¿Pero podríamos afirmar eso de todas las formas de trabajo, especialmente de aquellas que experimentamos actualmente? ¿Constituye el trabajo en Colombia, particularmente para las personas que intentan acceder, por primera vez, al mercado laboral, un lugar donde se pueden aprehender materialmente los valores y principios que fundan la sociedad democrática? ¿Se han construido, en la legislación colombiana, mecanismos adecuados en defensa del trabajo como escenario de realización de la democracia, en especial para quienes apenas están ingresando al mundo del trabajo?

En las líneas que siguen, trataré de responder a estas inquietudes. Para ello, comenzaré por hacer una breve presentación de la relación que existe entre trabajo, democracia y Estado social de derecho. En la segunda parte, y bajo los presupuestos teóricos desarrollados en el primer segmento, aproximaré la discusión a una práctica concreta: dos leyes expedidas en los últimos quince años, relativas al trabajo, en particular en aquellas partes de esta legislación concerniente a las personas que están ingresando, por primera vez, al mundo laboral en Colombia. Por último, presentaré algunos balances, que no pretenden ser concluyentes, sino meramente indicativos. Toda la reflexión, en sus diferentes partes, está atravesada, en mayor o menor medida, por una metodología de análisis del discurso legal, en tanto me aproximo a dos piezas legislativas: la Ley 789 del 2002, y más detenidamente a la Ley 1429 del 2010, para determinar, desde las técnicas de regulación allí presentes, si existe en Colombia la posibilidad de que las personas más jóvenes puedan aprehender, de manera práctica en el trabajo, los principios que sostienen una democracia o si, por el contrario, la ausencia de un referente material hace imposible comprender lo que implica vivir en una sociedad democrática.

## 2. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y TRABAJO

En marzo de 2006, Dominique de Villepin propuso la Ley del contrato de primer empleo en Francia, según la cual el empleador quedaba facultado para despedir a un trabajador sin justa causa. Aquellos que ingresaban por primera vez al mercado de trabajo, carecerían de estabilidad laboral durante los dos primeros años, en aras de generar más empleo para la población joven, aquejada, por entonces, de una tasa de desempleo del 23%.

Esto provocó manifestaciones populares intensas, huelgas, bloqueos de universidades y jornadas nacionales de protesta, que se prologaron durante varias semanas y se replicaron en más de 160 pueblos y ciudades del país gallo. Los medios de comunicación registraban en las calles, día a día, las diversas reacciones de manifestantes, miembros del gobierno, de los partidos políticos y espectadores. Llama la atención la manera como diversos grupos etarios participaban en las

protestas. Las manifestaciones de apoyo, que implicaban la intervención masiva de personas no afectadas por la reforma legal, hacían evidente los lazos de solidaridad intergeneracional de la sociedad francesa.

Otra muestra de la solidaridad intergeneracional en Francia, ocurrió en octubre de 2010, cuando el gobierno de Sarkozy propuso la reforma al sistema de pensiones, elevando la edad de jubilación de 60 a 62 años, lo que provocó una masiva protesta, especialmente de jóvenes estudiantes, pero también de las principales centrales obreras en ese país.

La democracia francesa parece ejercerse, en primer lugar, en la calle. En este modelo, las reformas regresivas -entendidas como aquellas que disminuyen las garantías sociales ya alcanzadas y reconocidas en la legislación- son impugnadas directamente en las calles, sin esperar a una reacción tutelar del poder judicial o del legislador. Esto no significa la desconfianza absoluta en la capacidad de intervención garantista de los jueces, ni del Estado en general, simplemente refleja una tradición histórica arraigada en Francia: la defensa directa de los derechos, mediante uno de los mecanismos más antiguos y propios de una sociedad democrática: la protesta popular.

Este episodio tiene, además, una segunda causa histórica: el reconocimiento del trabajo digno y justo como principio y valor fundamental de las sociedades liberales, constituido en los modelos jurídico-políticos heredados de las revoluciones ocurridas en los siglos XVIII y XIX, y de las transformaciones constitucionales del siglo XX. El trabajo se supone que es, desde entonces, el lugar por antonomasia de realización de la democracia y de los valores que esta dice encarnar: dignidad humana, solidaridad, igualdad y libertad.

Por eso, las garantías jurídicas para los trabajadores, se constituyeron dentro de la democracia como una forma de limitar el poder otorgado al capital por las libertades económicas y las garantías a la propiedad privada, consagradas en los mismos ordenamientos jurídicos, y así alcanzar el anhelado equilibrio entre libertad e igualdad, entre derechos sociales y derechos patrimoniales individuales, entre democracia y capitalismo.

Desde el punto de vista axiológico, el trabajo debería colocar a las personas en un plano de igualdad, liberarlas de la opresión y las humillaciones, permitirles expresar su humanidad, desarrollar su proyecto de vida y acceder a los bienes básicos para la existencia digna. El trabajo digno es, entonces, una conquista de las sociedades democráticas y, a la vez, presupuesto fundamental de las mismas, una condición de posibilidad para alcanzar una sociedad justa e incluyente.

Como sabemos, el modelo de democracia francesa influyó de manera decisiva en el diseño político de muchos Estados suramericanos durante el siglo XIX y, en menor medida, durante el XX (López, 2005; García, 2008; García y Rodríguez 2003; Botero, 2010). Colombia no fue la excepción. Por supuesto, no se trata

de establecer una simple comparación entre la democracia francesa y la que tenemos en Colombia. Es obvio que, a pesar de la similitud de los modelos jurídico-políticos –producida, en buena medida, por la imitación que en estas latitudes se ha hecho del europeo–, existen experiencias históricas y tradiciones culturales radicalmente distintas entre una y otra sociedad.

Podríamos, entonces, tomar ejemplos diferentes. Bolivia y Ecuador, mucho más cercanos histórica y culturalmente (Clavero, 2008), han protagonizado movilizaciones populares en defensa de los derechos fundamentales que han llegado, incluso, al derrocamiento de gobiernos y a reformas políticas profundas. Pero ¿cómo podríamos definir la democracia en un entorno como el colombiano, más allá de las comparaciones con otros países?

Resulta muy complejo definir qué es la democracia. Definitivamente, no se trata simplemente del acto de elegir y ser elegido. Hoy, la democracia implica la publicidad de todas las actuaciones, la garantía de los derechos civiles y políticos, la visibilidad del poder, la satisfacción igualitaria –o cuando menos– imparcial de las demandas sociales, las garantías para la oposición, la vigencia de los derechos fundamentales como derechos de las minorías, entre otros.

Norberto Bobbio (2001) sostiene que la existencia de una democracia requiere, en primer lugar, de un número muy alto de ciudadanos con poder de participación –directo e indirecto– en la toma de decisiones colectivas; segundo, reglas procedimentales que permitan tomar decisiones, por ejemplo, la regla de mayorías, el consenso, las garantías del disenso, o cualquier otra; por último, libertad de opinión, expresión, reunión asociación y demás, para quienes eligen a aquellos que deben decidir por todos, de modo que los primeros puedan encontrarse en libertad de seleccionar entre diferentes opciones.

En una postura diferente, se encuentra lo propuesto por Amartya Sen (2000). Al respecto, es preciso señalar que la realización de los derechos civiles y políticos, requiere la satisfacción de los derechos sociales, y no solo su garantía formal o consagración positiva, sino la dotación efectiva de las prestaciones que hacen posibles estos derechos.

Para Bobbio, la democracia es aneja al Estado social de derecho, aspecto en el cual coincide con Sen y con autores que, desde mediados de siglo XX –como Abendroth (1986)– no han dejado de defender la misma postura (Contreras, 1994; Abramovich y Courtis, 2002; Ferrajoli, 2003; Pisarello, 2003 y 2007). Para estos autores, con sus matices, los principios propios de una democracia son posibles de forma sustantiva, a través de esa forma de Estado. Lo anterior, comporta la formulación de garantías constitucionales realizables mediante medidas concretas, que se hacen efectivas mediante un entramado de instituciones, procedimientos y normas que el Estado social de derecho pretende edificar, en particular, a través de la exigibilidad de los derechos fundamentales en plano de igualdad, tanto legislativa como judicialmente.

Pero ¿qué valor, entonces, le damos en Colombia a expresiones como democracia o Estado social de derecho? ¿Qué significado pueden tener, para una persona joven que está intentando ingresar al mercado de trabajo, estas mismas expresiones?

Si se supone que el trabajo nos libera y, a la vez, nos iguala al permitirnos desarrollar nuestro proyecto de vida y satisfacer las necesidades básicas, mediante la experiencia vivida ¿cómo esperar que las personas más jóvenes comprendan e incorporen, de manera práctica, valores como dignidad, solidaridad, igualdad o libertad, sin garantías laborales, sin ambientes de trabajo seguros, incluyentes e igualitarios? ¿Cómo construir una sociedad más igualitaria, libre e incluyente, si hacemos que quienes están comenzando a aprender el sentido de los valores democráticos, en la experiencia cotidiana del trabajo, tengan que prescindir de garantías para insertarse en el mercado laboral?

Estas preguntas no se pueden formular, y mucho menos contestar, de manera formal o meramente teórica. Se requiere verificar prácticas concretas, técnicas y mecanismos presentes en una época y espacio determinados cultural e históricamente. En lo que sigue, me dedicaré a exponer algunos de esos mecanismos legales concretos y sus posibles incidencias para los jóvenes.

### 3. TRABAJADORES JÓVENES EN COLOMBIA

Según el DANE, la tasa de desempleo de las personas entre los 14 y los 26 años de edad, durante el trimestre de noviembre de 2011 a enero de 2012, fue del 19.3%<sup>114</sup>, casi el doble de la tasa general de desempleo en Colombia para ese mismo periodo. Durante el trimestre móvil de junio-agosto de 2012, en las trece ciudades y áreas metropolitanas del país, el desempleo juvenil fue del 20.9%<sup>115</sup>, conservando la tendencia con un ligero aumento. Para el trimestre de febrero a abril de 2015, la tasa de desempleo juvenil fue de 17.2%<sup>116</sup>, una de las más bajas registrada en los últimos años. No obstante, si se toma un lapso de tiempo más amplio y se observan las cifras correspondientes a las últimas dos décadas, el panorama resulta bastante desalentador. De acuerdo con las mediciones de la CEPAL (2010), Colombia reportó la tasa de desempleo juvenil más alta de los

<sup>114</sup> Ver: Resumen ejecutivo Bogotá 16 de marzo de 2012, Mercado laboral de la juventud (14 a 26 años) Trimestre móvil noviembre 2011-enero 2012. (s.f.) Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/RE\\_trim\\_nov\\_ene12.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/RE_trim_nov_ene12.pdf) Recuperado 26 de marzo de 2012.

<sup>115</sup> Ver: Resumen ejecutivo Bogotá 10 de octubre de 2012, Mercado laboral de la juventud (14 a 26 años) Trimestre móvil junio-agosto 2012. Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/RE\\_trim\\_jun\\_ago12.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/RE_trim_jun_ago12.pdf) Recuperado el 19 de noviembre de 2012.

<sup>116</sup> Ver: Resumen ejecutivo, Bogotá 10 de junio de 2015, Mercado laboral de la juventud (14 a 28 años) Trimestre móvil febrero-abril de 2015 Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/Bol\\_eje\\_juventud\\_feb\\_abr\\_15.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/Bol_eje_juventud_feb_abr_15.pdf). Recuperado el 27 de junio de 2015.



países continentales de Suramérica, durante el periodo 2000-2010; tendencia que se mantuvo, como muestra el informe, según el cual, para el año 2012, Colombia registraba una tasa de desempleo de 22.8% entre la población de 15 a 24 años de edad, cifra superada únicamente por países del Caribe anglófono (CEPAL, 2014).

De acuerdo con la información estadística, cabe preguntarse si son los trabajadores más jóvenes en Colombia un grupo con menor autonomía dentro de la sociedad, dada su condición de vulnerabilidad –por las escasas oportunidades de acceso al empleo–, y de ser así, qué implicaría esa condición, desde el enfoque garantista del Estado social de derecho.

Si tenemos en cuenta la dificultad que tienen las personas entre 14 y 28 años de edad<sup>117</sup>, para ingresar al mercado laboral, podríamos decir que se trata de un grupo en condición de vulnerabilidad, y, por tanto, de menor autonomía para decidir en qué campo y en qué condiciones emplearse. En ese mismo sentido, podríamos afirmar que son personas cuya libertad se halla restringida, si tenemos en cuenta –como afirma Gerardo Pisarello– que la libertad no es otra cosa que: “(...) el conjunto de recursos que capacita a las personas para participar en la vida social y escoger planes de vida propios” (Pisarello, 2007, p. 49).

Si son los trabajadores más jóvenes del país un grupo con menor autonomía, el Estado deberá –si es que lo entendemos bajo la forma del *social de derecho*– corregir la situación de desigualdad estructural y, de esa manera, garantizar los derechos fundamentales de dicho grupo. En una democracia, donde las decisiones deben ser tomadas mediante procesos deliberativos, que garanticen la participación más amplia posible de todos los sectores involucrados en el diseño de las políticas, será el legislador quien debe asumir la tarea de construir mecanismos correctivos de las desigualdades, bien que estas sean naturales o creadas artificialmente por el mercado.

Al haber sido contemplado en la Constitución Política un catálogo axiológico, del que se deriva un conjunto de derechos sociales con el carácter de fundamentales, se introduce una serie de deberes específicos para el Estado como garante de esos derechos; deberes dirigidos, en primer lugar, al poder legislativo como escenario de la democracia.

Según Pisarello (2003), tales deberes pueden sintetizarse de la siguiente manera:

---

<sup>117</sup> Como señalan Vargas et al., ha existido durante años un amplio debate acerca de la manera de determinar quién hace parte de este grupo etario. La categoría joven es histórica y no puede ser tomada como universal. Para efectos de los argumentos que aquí serán planteados, propongo tomar por jóvenes aquellas personas entre los 14 y 28 años de edad, conforme lo establece la Ley 1622 de 2013, lo que no quiere decir que de esta manera se encuentre cerrado el debate respecto de quién puede hacer, o no, parte de lo que consideramos la población juvenil en Colombia.

- Obligación negativa de respeto: alude al deber de abstenerse de interferir en la libertad de acción y uso de los recursos o servicios básicos que los individuos o los grupos se hayan procurado por sí mismos, a través de terceros o del propio Estado. Esto implica un deber de no regresividad de los derechos.
- Obligación positiva de promoción: entendido como el deber de progresividad encaminado a asegurar de manera positiva y gradual, pero impostergable, los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos, ya mediante la creación de estructuras institucionales, ora mediante el otorgamiento de prestaciones concretas.
- Por último, mediante la obligación de protección de las personas y grupos más vulnerables frente a las afectaciones provocadas por agentes privados con capacidad de disponer de los recursos necesarios para la satisfacción de los derechos sociales.

Revisemos, entonces, dos leyes aprobadas por el Congreso de la República en Colombia, durante la primera década de este siglo, encaminadas, supuestamente, a generar más empleos; una de ellas concretamente dirigida a los jóvenes del país.

#### 4. EXCURSUS LEGALES

Si tomamos el periodo correspondiente a la primera década del siglo XX, podremos identificar dos producciones legislativas centrales, que describen la posición tomada por el Estado colombiano, en cuanto al trabajo de los jóvenes se refiere. La primera de ellas es la Ley 789 de 2002, conocida por todos como la reforma laboral introducida en el primer gobierno de Uribe, y que recordamos por su carácter regresivo, dado que disminuyó el pago de la indemnización por despido sin justa causa, la remuneración de horas extras y recargos por trabajo en dominical y festivo, amplió la jornada diurna hasta las 10:00 p.m., y claro, lo más relevante para efectos de esta reflexión, le quitó el carácter de contrato de trabajo a las vinculaciones de las personas más jóvenes, considerando la relación regida por el contrato de aprendizaje.

Desde diferentes perspectivas metodológicas e ideológicas, ya se han elaborado bastantes análisis, a propósito de los efectos de la Ley 789 (CID, 2007; Guataquí, 2009; Guataquí y García, 2009; Núñez, 2005; Gaviria, 2004; Montes y Sánchez, 2010; Universidad Externado de Colombia, 2004), por lo que no entraré a precisar cada uno de los alcances de esa reforma. Basta señalar que, desde una perspectiva teleológica, la intención del legislador era crear 640.000 nuevos empleos a través de esa reforma; la lógica de sus proponentes no estaba fundada en las teorías económicas neoclásicas, según las cuales la producción de nuevas fuentes de trabajo es posible en tanto el empleador pueda reducir costos de producción, lo que en la ley se pretendía conseguir, mediante la disminución de garantías sociales para los trabajadores.

Hoy se cuenta con varias ideas claras de lo ocurrido. Pese a que el Gobierno Nacional consiguió mantener a salvo su reforma, pues encontró una Corte Constitucional complaciente con su política de disminución de derechos sociales, que en dos oportunidades (Sentencia C-038 de 2004 y C-257 de 2008) declaró ajustada a la Constitución Política la Ley 789, según diversos análisis la ley no consiguió crear los 640.000 nuevos puestos de trabajo. Solamente disminuyó los derechos sociales de los trabajadores colombianos y, para el asunto que estamos discutiendo, eliminó las protecciones legales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo, en el grupo poblacional correspondiente a los trabajadores que ingresaban a laborar por primera vez, mediante lo que se denominó “contrato de aprendizaje”.

Vale la pena señalar el argumento central de los ponentes de la reforma producida en la Ley 789 de 2002:

La evidencia empírica muestra que un factor importante en la explicación del desempleo estructural colombiano es la rigidez que aún caracteriza el mercado laboral.

En los diferentes mercados que conforman un sistema económico es natural observar cómo en los períodos de crisis y de reducción de la demanda, los precios se ajustan hacia abajo para poder realizar o vender el bien ofrecido. Esa capacidad de ajuste de los precios hace viables y sostenibles a los mercados, al mismo tiempo que aumenta el bienestar de los oferentes y los demandantes.

El mercado laboral no es la excepción. Sin embargo, las trabas que aún persisten en el país no han permitido que los salarios y en general los costos de contratación reflejen la verdadera situación del mercado de trabajo. A pesar de la caída en la demanda por mano de obra de los últimos años, el salario promedio de la economía y el salario mínimo legal medidos en términos reales se han incrementado bastante. (Gaceta del Congreso No. 579 del 10 de diciembre de 2002, p. 7).

Es claro que, para el legislador de 2002, como para el de 2010, el trabajo es una mercancía. De acuerdo con Polanyi, se pueden definir “empíricamente las mercancías como objetos producidos para su venta en el mercado” (Polanyi, 2003, p. 122). Nos encontramos, entonces, frente a un legislador que actúa como si efectivamente el trabajo, que no es otra cosa que los seres humanos, hayamos sido creados para ser intercambiados en el mercado.

En concordancia con el argumento general, los ponentes del 2002 señalaban específicamente lo siguiente, frente a la reforma relativa al contrato de aprendizaje:

No puede desconocerse que la forma como se ha caracterizado al contrato de aprendizaje hasta el momento ha desnaturalizado su finalidad, convirtiéndose en una carga que no responde a los requerimientos empresariales contemporáneos,

y que se cumple como una obligación para evitar costosas multas y no como una herramienta útil que agrega valor a las empresas. (Gaceta del Congreso No. 444 de 2002, p. 35).

Como sucedió en el 2002, ocho años después se expidió una legislación laboral cuyo fundamento, nuevamente, era la generación de empleo a partir de los beneficios recibidos por los empleadores de manos del legislador. Fue así como, una vez instalado el gobierno de Juan Manuel Santos, se presentó al Congreso de la República el proyecto de Ley 053 de 2010 Cámara 187 de 2010 Senado, al cual se le acumularon otra cantidad de proyectos de ley, que tenían como finalidad la generación de condiciones adecuadas para el primer empleo y la formalización del empleo en Colombia.

Fue así como se expidió la Ley 1429 de 2010. Aunque el proyecto de ley original se encaminaba a la generación de nuevos empleos para los más jóvenes, en la práctica terminó regulando una multiplicidad de aspectos inicialmente no contemplados, como la renovación de la matrícula mercantil de las empresas, la simplificación de trámites comerciales en materia de liquidación de empresas (20 artículos) y, principalmente, mecanismos para entregar beneficios tributarios a los empresarios, en nombre de la generación de empleo, tales como: exenciones y alivios en el pago de los impuestos de renta, de industria y comercio, parafiscales, en la matrícula mercantil, y otras contribuciones de nómina.

Más en detalle, los artículos 4 al 8 están dedicados al otorgamiento de exenciones tributarias para las pequeñas empresas. Pero ¿qué se entiende por pequeña empresa en la Ley 1429? Según el artículo 2 de la misma, se trata de empresas cuyo personal no sea superior a 50 trabajadores; criterio que para efectos hermenéuticos no resulta útil, pues dependiendo el tipo de actividad económica existen empresas pequeñas en las que 50 trabajadores pueden ser muy pocos, por ejemplo, una empresa de vigilancia; como existen empresas de elevada rentabilidad en las que 50 trabajadores son demasiados, por ejemplo, una empresa de tecnología. Luego el criterio del número de trabajadores no permite establecer un rasero adecuado, para distinguir una pequeña empresa de una grande.

El segundo criterio puede ser aún más polémico. Según esta ley, se consideran pequeñas empresas aquellas cuyos activos no superen los 5.000 SMLMV. De manera que una empresa cuyos activos superan los tres mil millones de pesos, es una empresa pequeña, y, por tanto, beneficiaria de las exenciones tributarias contempladas en la Ley 1429.

El legislador contempló una abundante serie de beneficios tributarios, no tanto para quienes proporcionen trabajo a los jóvenes, sino para los jóvenes que generen nueva empresa, que evidentemente son dos circunstancias muy distintas. De hecho, el propósito fundamental de la reforma es promover la creación de empresas mediante el diseño y la promoción de “programas de

microcrédito y crédito orientados a empresas del sector rural y urbano creadas por jóvenes menores de 28 años”, empresas a las que, además, se les beneficiará con simplificación en los trámites para el acceso a créditos.

Promover la creación de “pequeñas empresas”, por parte de los más jóvenes, es sin discusión un objetivo loable y legítimo. En tal propuesta no existe la vulneración de ningún presupuesto constitucional. No obstante, analizando la reforma desde una perspectiva política y no simplemente desde la hermenéutica constitucional, se puede afirmar que esta reforma da continuidad al neoliberalismo característico de las últimas décadas, mediante el cual se busca generar ingresos para los más privilegiados, antes que trabajo para todos. Se trata, igualmente, del desarrollo de los postulados fundados en los derechos patrimoniales y las garantías para el ejercicio de las libertades económicas, móviles legítimos dentro de una democracia, pero que, como lo pone en evidencia la experiencia histórica heredada por el neoliberalismo, aumentan la desigualdad y la exclusión.

El problema no es la ilegitimidad de la propiedad privada, o de la promoción de empresa. El reparo radica en que los incentivos que se entregan a los particulares en una posición privilegiada, como los jóvenes empresarios con 3.200 millones de capital, deben simultáneamente equilibrarse con una serie de garantías para aquellos grupos poblacionales que se encuentran en mayor condición de vulnerabilidad y que no tienen acceso al capital necesario para generar una pequeña empresa.

Vale la pena recordar lo que plantea Pisarello (2007) al respecto: “Para ser coherentes con su voluntad de ampliar la autonomía y de evitar la arbitrariedad, las limitaciones impuestas a las diversas formas de poder privado deben ser ellas mismas, en todo caso, restricciones proporcionales al tamaño y la capacidad de actuación de éstos.” (p. 45).

Lo que equivale a sostener que: entre mayores sean los beneficios entregados a los sectores que pueden ejercer poder, por encontrarse en una posición privilegiada, más fuertes deben ser las garantías para aquellos grupos en condición de vulnerabilidad. De lo contrario, no solo no se reduce la brecha entre los dos, sino que incluso se profundiza.

La ley es completamente retórica tratándose de la generación de empleo para jóvenes. Contrario a lo que sucede para la creación de empresas por personas jóvenes, sector al cual realmente se le entregan estímulos concretos, tan solo dos de los 65 artículos de la ley apuntan a la generación de empleo para los jóvenes: el artículo 3 y el artículo 9. El 3º en una dimensión estrictamente formal:

Dentro de los (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional bajo la coordinación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, deberá: literal e) Mejorar la ocupabilidad de los/as jóvenes, diseñando, gestionando y evaluando una oferta que contemple todas las necesidades

formativas de una persona en situación de exclusión y que cubra todas las etapas que necesite para su inserción social y laboral. (Artículo 3° de la Ley 1429).

De otro lado, el 9° luce muy incipiente:

Los empleadores que vinculen laboralmente a nuevos empleados que al momento del inicio del contrato de trabajo sean menores de 28 años, podrán tomar los aportes al SENA, ICBF, y Cajas de compensación familiar, así como el aporte en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga y el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima correspondiente a los nuevos empleos, como descuento tributario para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios. (Artículo 9 de la Ley 1429).

Esto implica que el empleador recibe un beneficio tributario adicional en el impuesto sobre la renta y complementarios, y otras contribuciones de nómina, impactando negativamente el recaudo general de impuestos, cuyos recursos están precisamente destinados a una mejor distribución por vía de inversión social. Sin embargo, hoy la discusión respecto a la eficacia de este estímulo dirigido a los empresarios que generen empleo para los más jóvenes, carece de relevancia. El Gobierno nacional, en el año 2012, promovió una reforma tributaria que desmontó los parafiscales, por lo que en la práctica no existe el incentivo basado en el descuento tributario para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios de aquellos empleadores que decidan contratar nuevos trabajadores menores.

La ley también contempla la creación de un organismo que se denomina Sistema Nacional de Información de Demanda Laboral (SINIDEL), para llevar a cabo la tarea señalada en el artículo 3° antes leído. La debilidad de este organismo se encuentra en su conformación, pues se trata de un órgano no democrático, en tanto cuenta con una comisión asesora en la que no aparecen los beneficiarios del sistema, únicamente delegados de diferentes dependencias y entidades del Gobierno Nacional: ministerios de Trabajo, Educación, Comercio, Hacienda, el DNP, el DANE, el SENA, el Consejo Privado de Competitividad, y las instituciones de educación superior. En la comisión Asesora del SINIDEL, los trabajadores, los pensionados, los informales, los desempleados, los estudiantes, los aprendices, no tienen cabida.

## 5. LOS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DE LA REFORMA

Como si se tratara de un *deja vu*, los argumentos esgrimidos en la reforma de 2002, no son muy distintos a los planteados en el 2010. Estas son las palabras de uno de los ponentes de la última reforma laboral:

Si usted es beneficiado y recibe 100 pesos, va a seguir recibiendo los mismos 100 pesos. Pero si usted es un empleador, al cual pagarle a ese trabajador le vale 160 pesos, con un régimen prestacional de aproximadamente 1.6, para

el empleador se va a reducir eso alrededor de 1.4, uno punto cuarenta y pico. Entonces, es economía muy básica, que cuando reduce el costo laboral, en este momento para el empleador, no para el empleado, vamos a tener un aumento en la cantidad de trabajo. (Intervención del senador ponente Juan Mario Laserna Jaramillo. (Gaceta 78 de 2010, p. 176).

Al parecer, lo único que ha cambiado es la capacidad de expresión verbal de los protagonistas, porque la ideología que subyace a la reforma es la misma. Aún se sostiene, contra toda evidencia fáctica, que reducir los costos de trabajo, disminuyendo los derechos laborales, genera más empleo en Colombia. Como ocurrió en el 2002, los trabajadores más jóvenes fueron fuertemente castigados.

Pero la opinión del senador Laserna no es la única. Esto decía otro de los ponentes: “Este proyecto que ofrece beneficios a las empresas ya consolidadas, como por ejemplo la exención (sic) en el pago de parafiscales por esos jóvenes (...) va a ofrecer la posibilidad de que se creen nuevos empleos y que esos empleos estén enfocados a ese sector de la sociedad.” (Intervención de José Darío Salazar, senador ponente. (Gaceta 78 de 2010, p. 175).

Definitivamente, no se trata de una posición aislada. En la plenaria del Senado, durante la última discusión parlamentaria del proyecto, votaron favorablemente 53 senadores, y solo 6 se opusieron. La votación de la ley fue nominal, lo cual -en principio- permite a los electores hacer valoraciones, juicios políticos a los representantes del pueblo. A través de la valoración, se puede calificar a unos, como opositores de los derechos sociales, y a otros, como defensores de esos derechos. Pero tal valoración sería, por demás, simplista e ingenua.

Al mirar con atención los debates en el Congreso sobre la Ley 1429, tras la votación nominal subyace la renuncia a la acción política, en aras de la representación de intereses. De un lado, defensores de los intereses gremiales sostenían que la generación de empleo tiene como condición la reducción de costos laborales y el aumento de exenciones tributarias a los empresarios, que en últimas significa detrimento del patrimonio recaudado para la garantía de los derechos sociales. Del otro lado, unos pocos opositores a la reforma, paradójicamente coinciden con los promotores, en tanto sustentan la posición de intereses de un gremio, principalmente de los trabajadores sindicalizados.

Un ejemplo de esto se advierte en la manera como el proyecto de ley, que inicialmente estaba destinado a la adopción de medidas para formalizar el empleo y promover el primer empleo, terminó siendo un proyecto de ley dirigido a otros grupos de intereses: personas vinculadas a través de cooperativas de trabajo asociado, trabajadores en informalidad, mujeres mayores de 40 años, trabajadores de bajos ingresos, personas discapacitadas y población desplazada.

Indiscutiblemente, los derechos sociales de todos estos grupos son relevantes y ameritan mecanismos eficaces para su plena garantía. No obstante, se trata

de grupos que requieren del legislador medidas de fondo y concretas, y no que sus derechos se “cuelguen” de otros proyectos de ley, en principio no planeados para esos grupos. Hacer una intervención en contra de los abusos cometidos a través de las falsas Cooperativas de Trabajo Asociado, o dejar una constancia histórica en el debate a favor de los explotados, aunque dicha intervención o constancia no transforme nada en la práctica, es rentable electoralmente, pero hace un pálido favor a la democracia.

Lo que inicialmente promovía la ley -ese fue su objetivo central- era formalizar el empleo y generar empleo para los trabajadores más jóvenes. El problema es que este es un grupo que -pese a ser muy numeroso- no está organizado, no es identificable como grupo de presión política y no es fácilmente cooptado electoralmente.

Una reforma que se justificaba como mecanismo de generación de empleo para los más jóvenes, terminó siendo un debate sobre cooperativas de trabajo asociado, discriminación, desplazamiento, entre otros temas. En este juego cayeron, incluso, quienes se oponen a la flexibilización laboral, como aquellos que representaban los intereses de algunas centrales sindicales<sup>118</sup>, omitiendo la representación política de aquellos que no están organizados en ningún grupo de interés.

Los opositores de la reforma introducida en la Ley 1429, defendían principalmente intereses de su propia corporación: organizaciones sindicales, trabajadores explotados mediante cooperativas de trabajo, y quizás otros grupos más o menos organizados a través de diversas formas asociativas. ¿En dónde quedaron representados los intereses políticos de los trabajadores jóvenes, generalmente dispersos, y que representan un caudal electoral volátil?

Según Bobbio (2001), uno de los principios fundamentales de la democracia es el de la representación política, contrapuesto al que sostiene la representación de intereses. En una sociedad caracterizada por la presencia de múltiples grupos, reunidos alrededor de intereses y relativamente autónomos, cada uno tiende a hacer valer sus propios intereses como los más generales, en contra de los otros grupos. Pero, como se pregunta Bobbio (2001) “¿existe algún criterio general que permita distinguir el interés general del interés particular de este o de aquel grupo, o de la combinación de intereses particulares de grupos que se ponen de acuerdo entre ellos en detrimento de otros?” (p. 31). Y agregaría, ¿qué sucede entonces con los intereses de aquellos que no se identifican con ningún grupo? Quizás, a lo que asistimos es a la configuración de lo que algunos, incluido Bobbio, denominan un sistema social neocorporativo. Se trata del fracaso de la democracia representativa, escenario en el cual la representación política se

---

<sup>118</sup> Como se puede verificar en las actas que recogen las intervenciones respecto del proyecto de ley, el senador Alexander López del Polo Democrático, férreo defensor de los derechos laborales, terminó pidiendo que se adicionara al proyecto artículos relativos a las cooperativas de trabajo asociado, lo que en la práctica desvió la atención de la discusión central: la generación de empleos dignos para los más jóvenes.



sacrifica por la representación de intereses. En el debate entre grupos de intereses contrapuestos (por ejemplo, representantes de empresarios y de trabajadores organizados) se llega, cuando mucho, a acuerdos entre grupos o, como sucede en Colombia, a la imposición de intereses de unos grupos ante los cuales poco y nada puede hacer una oposición gremial debilitada. Quienes no pertenecen a ningún grupo, carecen de representante político.

Se trata, entonces, de un escenario contrario a la democracia, y al revés de lo que la teoría constitucional dice. Si la concepción de un Estado social de derecho y democrático señala que el legislador tiene el deber de proteger mediante acciones legislativas a los grupos más vulnerables, para corregir situaciones estructurales que vulneran la igualdad en el acceso a los bienes básicos, en Colombia se hace justamente lo contrario. No solo no se producen normas para mejorar la situación de los grupos más vulnerables, en este caso los trabajadores expuestos a un menor índice de oportunidades de acceder al mercado de trabajo, sino que además se empeora su situación haciendo más precaria su oportunidad de acceso a un trabajo digno.

## 6. CONCLUSIONES

Sinteticemos lo planteado hasta este punto. Para que un sistema pueda considerarse democrático se deberían reunir los siguientes elementos:

- a. La posibilidad de que un número muy alto de ciudadanos pueda participar en la toma de decisiones colectivas.
- b. La existencia de reglas procedimentales que permitan la toma de decisiones.
- c. Que los electores puedan encontrarse en libertad de seleccionar entre diferentes opciones, y para ello es indispensable garantizar la libertad de opinión, expresión, reunión, asociación, entre otros.
- d. La satisfacción efectiva de los derechos sociales, para que así las personas se encuentren libres de presiones e impedimentos en el ejercicio de los derechos civiles y políticos.
- e. La configuración política de un Estado social y democrático de derecho, lo que implica la formulación de garantías constitucionales realizables mediante un entramado de instituciones, procedimientos y normas que esa forma de Estado debe edificar, en particular, a través de la exigibilidad de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad.

Ahora bien, para considerar a un Estado como social y democrático de derecho, se requiere que cumpla tres condiciones básicas: obligación negativa de respeto, entendida como prohibición de regresividad de los derechos fundamentales; obligación positiva de promoción, entendida como el deber de progresividad

que permite asegurar de manera positiva, gradual e impostergable, los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos; y finalmente, la obligación de protección de las personas y grupos más vulnerables frente a las afectaciones que pueden causar agentes privados que disponen, en su propio beneficio, de los recursos necesarios para la satisfacción de los derechos sociales.

Si tenemos en cuenta que los jóvenes en Colombia son un grupo con menor autonomía dentro de la sociedad, dada su condición de vulnerabilidad en el acceso a las oportunidades laborales dignas, el Estado debería tomar las medidas necesarias para mejorar su situación y permitirles superar la desventaja creada por el mercado, mediante acciones legislativas concretas que garanticen su igual libertad.

El trabajo digno y justo es un principio y valor fundamental de las sociedades liberales; es el lugar, por antonomasia, de realización de la democracia y los valores que la integran. No obstante, el legislador colombiano ha promovido una serie de reformas laborales regresivas, impactando negativamente los derechos de los grupos más desaventajados, profundizando el desequilibrio en las condiciones de acceso a los recursos por parte de grupos de intereses enfrentados.

El sistema jurídico colombiano ha propiciado una forma de democracia neocorporativa, pero desequilibrada, al entregar a los gremios con poder económico beneficios de diferente índole, que les permite aumentar la ventaja económica histórica en la disputa por los recursos necesarios para satisfacer los derechos sociales.

Las reformas legales en Colombia han invocado, de manera retórica, la protección de los derechos laborales, pero en su nombre han disminuido las condiciones de protección de los trabajadores, especialmente de aquel grupo ubicado entre los 16 y 28 años de edad, con fuerte tendencia a la vulnerabilidad.

# GOBERNABILIDAD CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EN COLOMBIA -UNA APROXIMACIÓN\*

*Jorge Ricardo Palomares García\*\**

## 1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la Especialización en Derecho constitucional, se ha cuestionado cómo la gobernabilidad se ha convertido en un concepto discutido en el derecho constitucional colombiano, y en la formulación de políticas y acciones gubernamentales. En esta pregunta, una de las tareas propuestas consiste en la identificación o elaboración de un concepto de gobernabilidad. La tarea en sí misma no es sencilla. Por una parte, el término de gobernabilidad como tal, ha tenido en su historia varias concepciones, en las cuales, no solo hay distintos actores en juego, sino que también existe una relación variable entre la gobernabilidad y la democracia. Por otra parte, la gobernabilidad, especialmente desde los trabajos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), juega un papel esencial para la consolidación de los procesos de igualdad y justicia en América Latina. Teniendo en cuenta estas dificultades, el presente escrito tiene como finalidad, más que presentar o elaborar una definición del término gobernabilidad, hacer una propuesta que tiene en cuenta dos puntos. El primero de ellos, es la identificación de las convergencias conceptuales entre los distintos aportes hechos por los autores al término gobernabilidad. El segundo, consiste en la comprensión de la gobernabilidad, en el marco de la Constitución Política de Colombia de 1991. Estos elementos permitieron plantear la siguiente pregunta: ¿Cómo definir la gobernabilidad bajo los contextos de Constitución y democracia en el contexto colombiano a partir de 1991?

Para responder a esta pregunta de investigación, el escrito está dividido en tres puntos. El primero de ellos (I) aborda un primer estado del arte “desde lo institucional”, es decir, desde los estudios que se han hecho en el marco de organizaciones, tales como la Comisión Trilateral (en adelante ComTri), el PNUD, la CEPAL y la Comunidad Andina de Naciones. Posteriormente, se aborda un estado del arte desde las discusiones académicas (II), a fin de

---

\* Escrito elaborado para la asignatura Teoría Política del posgrado en Derecho Constitucional de la Universidad Libre-Seccional Bogotá.

\*\* Candidato a Doctor en Derecho de la Universität Kosntanz-Alemania. Magister en Derecho (LL. M.) de la Universität Konstnaz-Alemania. Abogado. Docente-investigador de la Universidad Libre-Seccional Bogotá y miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la misma Universidad.

identificar cuáles han sido las tendencias entre cada uno de los autores, y si dichas tendencias se encuentran en “sintonía” con las propuestas que se han denominado “institucionales”. Es necesario aclarar que, en estos dos puntos, el abordaje que se hizo no es exhaustivo, sino preliminar, es decir, que no se aborda el universo total de la literatura en el tema. Ello se debe, por una parte, a que existen varios estudios de gobernabilidad, en los cuales no se hace una precisión conceptual del mismo, sino que, partiendo de una aparente base clara, abordan de forma puntual temas relacionados con la gobernabilidad. Por otra, a que algunos de los trabajos consultados no ofrecen un estudio sistemático del término. Ante estas situaciones, el criterio inicial de selección de literatura se centró en la existencia de un estudio sistemático del término, de tal forma que se pudiesen identificar los elementos constitutivos de la definición aportada y las formas en que éstos se relacionan. Abordada la literatura, el documento propone una definición de *governabilidad constitucional democrática* (III), teniendo como ejes el valor normativo de la Constitución Política de Colombia y el papel de la democracia en el Estado colombiano. Finalmente, se presenta una síntesis y algunas cuestiones para el debate.

## 2. ESTADO DEL ARTE I: LA PROPUESTA INSTITUCIONAL DE LA GOVERNABILIDAD

### A. Informe a la Comisión Trilateral en 1975 (ComTri).

El primer trabajo, entendido como un estudio sistemático de la gobernabilidad, ha sido el elaborado por Crozier, Hungtington y Watanuki, presentado en 1975 a la ComTri, y titulado “*The crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*”. La pregunta fundamental del mismo, es si la democracia, tal y como estaba concebida desde los años 20, así como la política democrática que de ella derivaba, eran viables para el ejercicio del gobierno en los “países industrializados”, (Crozier et al., 1975) a saber: Estados Unidos, Japón y los países de Europa Occidental. Dicha inquietud surge, en opinión de Crozier et al., por el inconformismo o pesimismo hacia la democracia por parte de ciertas corrientes políticas y académicas. (Crozier, 1975)

Para resolver la pregunta propuesta, los citados autores estructuran su estudio en tres partes. En la primera, se plantean los tipos de problemas que afronta un gobierno democrático y que pueden llegar a considerarse las razones que sustentan la percepción negativa que se tiene sobre la democracia. Posteriormente, cada uno de los autores analizan la situación de la gobernabilidad y la democracia en cada uno de los “países industrializados”. (Crozier et al., 1975)

La literatura que analiza el informe presentado a la ComTri, ha sostenido que en él no se ofrece una definición concreta de gobernabilidad, así como tampoco una definición clara sobre democracia. Ello se debe, al parecer, a que los autores del informe presentado a la ComTri, abordan directamente los problemas que,

desde la democracia, afrontan y pueden afrontar los gobiernos de los países industrializados. A partir de esos problemas, identifican las *disfuncionalidades de la democracia*. (Crozier et al., 1975). Asimismo, la ausencia de un concepto único de gobernabilidad o democracia se debe, aparentemente, a que la percepción de gobierno democrático, así como sus problemas –bien sean contextuales, de estructura o tendencia social– varían significativamente de un país a otro, debido a factores como tamaño, historia, ubicación geográfica, cultura y nivel de desarrollo. (Crozier et al., 1975). Pese a la ausencia de estas definiciones en el texto, es posible identificar algunos elementos de conceptualización, tanto de gobernabilidad y democracia, así como la relación existente entre ambos.

En este sentido, la literatura ha sostenido que, del estudio hecho por Crozier et al., la gobernabilidad es entendida simplemente como la capacidad del gobierno de satisfacer las necesidades –o demandas– de la sociedad. De acuerdo con esta definición, y según el estudio de los tres casos, así como de las conclusiones obtenidas por los autores para la ComTri, la gobernabilidad puede ser entendida, bajo una primera lectura, como una característica del gobierno, es decir, no como un elemento esencial de este, sino como la cualidad del ejercicio de gobernar. Ello significa, en principio, que el gobierno está facultado, a través de sus instituciones, para tomar decisiones y realizar acciones que las hagan efectivas. La viabilidad y éxito de las decisiones, así como de las acciones, son variables que evalúan las instituciones, en un primer momento, y la sociedad, en una segunda instancia. La gobernabilidad, según el informe presentado a la ComTri, consiste en esa característica del gobierno. En concordancia con la parte introductoria del informe, el problema central –de estudio– de la gobernabilidad, parte de la pérdida de capacidad gubernamental. (Crozier et al., 1975)

Este elemento de gobernabilidad se mantiene a lo largo del documento. Por ejemplo, para Crozier, el problema de esta, en los países de Europa Occidental, radica en la relativa capacidad del gobierno frente a la sobrecarga y complejidad de responsabilidades sociales. Huntington, en términos similares a Crozier, identifica el problema de la gobernabilidad en la capacidad del gobierno, al manifestar que, a partir de 1970, se ha incrementado la acción gubernamental, pero, a su vez, ha disminuido la autoridad gubernamental. Watanuki, sin construir una definición concreta del término, pero sí a partir de una construcción más sistemática, sostiene que la gobernabilidad, como tal, es una función de tareas a resolver, impuestas desde afuera y generadas desde dentro, así como de capacidades, tanto de las élites como de las mayorías (Watanuki, 1975, p. 119). Sin embargo, Watanuki hace como los demás autores, un énfasis en la capacidad de gobierno al expresar que, el problema de la gobernabilidad en Japón, se debe a la presión sobre quien toma las decisiones gubernamentales de asumirlas –en cuanto a políticas–, como derivadas del conflicto entre factores externos e internos (Watanuki, 1975, 119 s.).

La capacidad del gobierno, en el contexto de la gobernabilidad, no abarca todas las dimensiones de la misma, sino que se centra únicamente en la dimensión de la

satisfacción de necesidades o demandas sociales. La cuestión que surge, al seguir el informe presentado a la ComTri, es determinar qué entienden los autores por *necesidades o demandas*. En principio, podría decirse que por *necesidades* se entienden todas aquellas tareas o asuntos derivados, por una parte, del sistema democrático en sí y, por la otra, de los problemas contextuales, de estructura y tendencias sociales, así como de problemas intrínsecos. Crozier ejemplifica esto a través del caso francés, en el cual, el gobierno debía optar entre la construcción del primer subterráneo parisino o la de un sistema de tránsito interregional. Dicha decisión estuvo influenciada, además de un fuerte *lobby*, por factores sociales, financieros y económicos. Por su parte, Huntington explica a través de una evolución histórica, cómo la acción gubernamental se ha enfocado, en cuatro grandes ejes: gastos gubernamentales, gastos de defensa, gastos ajenos a la defensa, y adquisición de bienes y servicios (Huntington, 1975, p. 66 y ss.), los cuales han tenido una mayor relevancia en distintos momentos y, por tanto, han creado necesidades propias para el gobierno estadounidense. Si la gobernabilidad es entendida como la capacidad del gobierno de tomar decisiones y hacerlas efectivas, para la satisfacción de necesidades de tipo intrínseco, extrínseco y de estructura y tendencia sociales, la siguiente cuestión que debe resolver, se estructura en dos momentos: a) Qué se entiende por democracia, y b) Cómo la democracia influye o determina la gobernabilidad.

La democracia, como se mencionó anteriormente, no es definida concretamente en el informe presentado a la ComTri. Sin embargo, en la parte introductoria, Crozier *et al.*, identifican los elementos que la representan. Dentro de la sistematización que hacen los autores sobre los problemas que enfrenta un gobierno democrático, enuncian los denominados retos intrínsecos. (Crozier *et al.*, 1975). Dichos retos son inherentes al funcionamiento del sistema democrático y determinan la viabilidad del ejercicio de la acción gubernamental. (Crozier *et al.*, 1975) Estos problemas se caracterizan no solo por ser fuerzas o tendencias que, si no son supervisadas por alguna institución gubernamental, pueden llegar a erosionar la democracia en sí misma. (Crozier *et al.*, 1975.) Esta característica parece, sin embargo, confusa. Por ello, los autores hacen una aclaración posterior. Los problemas intrínsecos, son aquellos que generan una ruptura en el control social, la pérdida de la legitimidad democrática de la autoridad gubernamental y la sobrecarga gubernamental. (Crozier *et al.*, 1975.)

Las descripciones de los problemas intrínsecos, permiten entender el modo en que es tratada la democracia. Para los autores, democracia resulta ser un escenario. En dicho escenario, se sostiene a partir de la existencia de instituciones que respalden el sistema de pesos y contrapesos o, como es denominado por los autores, *self-correcting equilibrium*. En este escenario existen, a su vez, instituciones que regulan las acciones gubernamentales, a fin de que las mismas no desconozcan las situaciones que pueden llegar a erosionar la legitimidad democrática, la autoridad y la confianza en las instituciones. A partir de estas situaciones, los autores establecen la relación entre la gobernabilidad y la democracia, partiendo de un supuesto esencial: una gobernabilidad deseable, depende del funcionamiento adecuado de la democracia. (Crozier *et al.*, 1975.)

Un gobierno democrático, cuyo funcionamiento podría considerarse deseable desde el contexto de la gobernabilidad, depende de una democracia “ideal”, en la cual los diversos partidos políticos, compiten en igualdad de condiciones en las contiendas electorales, así como tienen la oportunidad de constituir oposición. Los ciudadanos pueden organizarse en grupos y participar activamente en la vida política de su respectiva sociedad; los derechos fundamentales (o *civil Rights*) son garantizados y protegidos de manera más firme; y surgen nuevas instituciones de colaboración internacional con metas no solo de carácter económico, sino también político. Bajo estas circunstancias, un gobierno puede tener un margen de acción adecuado y obtener resultados que no solo corresponden a las necesidades o demandas sociales, sino que los mismos reportan un amplio margen de satisfacción (véase Crozier).

Sin embargo, cuando no se dan las condiciones ideales enunciadas anteriormente, un gobierno se encuentra, en términos de los autores, ante una *disfunción de la democracia*. Por *disfunción de la democracia*, se entiende, la presencia de aquellos problemas intrínsecos –que afectan la democracia en sí misma y su funcionamiento– que impiden el accionar adecuado del gobierno. Dentro de estos problemas, los autores identifican cuatro que, para ese momento, se consideraban comunes en los países trilaterales.

El primero de ellos, es la pérdida de legitimidad de la autoridad, entendida como la confianza y apoyo de la comunidad hacia el gobierno, sus líderes, y de la comunidad en sí misma. Debido al incremento de las exigencias individuales de derechos, los autores identificaron un distanciamiento del ciudadano con la comunidad y sus derechos, así como una falta de identidad entre esos derechos y los derechos individuales. Ese distanciamiento permitió que los dirigentes gubernamentales fuesen vistos como detentores del poder y no como líderes, y, por tanto, surgen conflictos que no permiten el adecuado funcionamiento del gobierno. El segundo problema, es la sobrecarga gubernamental, es decir, el incremento de tareas y necesidades por atender de un gobierno con una capacidad limitada. Las razones que atribuyen los autores a la sobre carga gubernamental son: a) el crecimiento de la población en la actividad política; b) el surgimiento de nuevos grupos, con ideologías propias, que actúan por separado de los movimientos tradicionales, tales como grupos juveniles, grupos regionales y minorías étnicas; c) la diversificación de las ideas y estrategias políticas de los grupos –tanto clásicos como emergentes– para la consecución de sus metas; d) el aumento de la expectativa social sobre la responsabilidad del gobierno en materia de satisfacción de necesidades y; e) la cuestión sobre determinar cuál necesidad debe ser entendida como necesidad social y, por tanto, ser atendida por el gobierno.

El tercer problema es la disgregación de intereses. Debido al surgimiento de nuevos movimientos políticos y movimientos de oposición se ha llegado a una atomización de intereses sociales. Esa atomización impide, por una parte, la ejecución de una política propuesta por los líderes políticos que asumen cargos de decisión, y, por otra parte, la construcción mancomunada de políticas (véase Crozier), pues cada grupo tenderá a posicionar sus intereses.

El cuarto problema, consiste en la dicotomía entre las relaciones internacionales y las decisiones nacionales o, como lo denominan los autores, el *parroquialismo* en asuntos internacionales. Por una parte, el gobierno democrático busca, para la consecución de metas orientadas a las necesidades sociales, el establecimiento de relaciones diplomáticas que permitan nuevos escenarios para la obtención de recursos o alternativas de las necesidades sociales. Por la otra, las comunidades locales, afectadas por problemas como la inflación, ven en la búsqueda de los vínculos diplomáticos un efecto nocivo o perjudicial para sí. Ello produce un conflicto entre las instituciones democráticas internas y el gobierno.

Estos problemas, entendidos como disfunciones de la democracia, no permiten o restringen el margen de maniobra gubernamental que, a su vez, lo encierra en una paradoja. Las necesidades sociales incrementan las exigencias y expectativas hacia el Gobierno, pero, al mismo tiempo, las herramientas con las que cuenta este no son aceptadas, son criticadas, o son aceptadas luego de varias dificultades. Esta paradoja trae consigo unos resultados no óptimos y, por tanto, un conflicto entre la sociedad y quienes lideran las instituciones gubernamentales.

En síntesis, la gobernabilidad es entendida por el informe a la ComTri, como la capacidad (o cualidad) gubernamental de satisfacción de necesidades o demandas sociales. Esta figura depende, sin embargo, de la existencia de unos presupuestos básicos, entre ellos, la democracia. En este sentido, pareciese que, a diferencia de lo propuesto por las lecturas posteriores que se han hecho al informe, la democracia condiciona la gobernabilidad. Ello significa que, en un país determinado, no puede hablarse de gobernabilidad, sin antes atender el escenario democrático. El problema que surge, en realidad, en el informe a la ComTri, consiste en determinar cuándo se está ante una “*democracia ideal*” y cuándo ante una “*disfunción de la democracia*”. Por ejemplo, para el citado informe, es importante la participación política y el ejercicio de la oposición. Sin embargo, es nocivo que haya una fragmentación de intereses debido a la participación atomizada de nuevos grupos, que representan identidades generacionales, regionales, étnicas –entre otras–. Por ello, habría que cuestionarse, a la luz del informe en cuestión, si identidades étnicas, por ejemplo, deberían adherirse a movimientos políticos tradicionales –para así mantener un equilibrio– o si, por el contrario, debería existir un movimiento único que represente este tipo de intereses.

## **B. La gobernabilidad democrática vista desde las Naciones Unidas (PNUD)**

Otros estudios significativos en torno a la gobernabilidad democrática, o a la relación gobernabilidad-democracia, pueden encontrarse en el marco del programa “*gobernabilidad democrática*”, llevado a cabo por el PNUD. Dos características son de especial mención en los trabajos del PNUD. La primera de ellas, consiste en su enfoque local. Ello significa, como lo había plantado



anteriormente el informe a la ComTri, que la cuestión de la gobernabilidad, si bien puede tener núcleos comunes, depende del contexto de cada país. Por ello, los estudios presentados en el marco del proyecto de promoción de la gobernabilidad democrática del PNUD tienen un enfoque diferenciado, dependiendo el país. Ejemplo de ello, puede verse en los distintos documentos que se han elaborado, en países como Bolivia, Chile, Colombia, España, México y Panamá. La segunda característica del trabajo del PNUD, en torno a la gobernabilidad democrática, consiste en el cambio de enfoque de la relación gobernabilidad-democracia. A diferencia del informe a la ComTri, la democracia no es considerada, en los trabajos del PNUD, como un condicionante de la gobernabilidad, sino que, por el contrario, la democracia está condicionada por la gobernabilidad. Ello significa que, los elementos y metas propios de una democracia no pueden realizarse sin la existencia de una gobernabilidad. En este sentido, el objetivo del PNUD (2013) consiste en trabajar con los socios –países– nacionales, para que los gobiernos sean más eficaces, y así permitir que las personas tengan voz y voto en las decisiones que afectan sus vidas. A partir de esta aclaración, se hace necesario invertir, en este punto, el abordaje de los términos. Primero, se presentará a la luz de los estudios realizados de forma general y diferenciada, en América Latina, el concepto de democracia y sus presupuestos, para posteriormente obtener una conceptualización de gobernabilidad que corresponda a la consecución de dicha democracia.

Para O'Donnell, la conceptualización de democracia, en términos del PNUD, debe realizarse a partir del informe titulado “La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos” (PNUD, 2004, p. 51). En este documento, que explora las transformaciones y retos de la democracia en América Latina, la democracia es entendida no únicamente como un conjunto de condiciones para elegir y ser electo –democracia electoral– sino como una manera de organizar la sociedad, con el objeto de asegurar y expandir los derechos, de los cuales son portadores los individuos –democracia ciudadana–. Los fundamentos que sostienen esta concepción de la democracia, son de acuerdo con el PNUD, (2004) cuatro: a) el ser humano, desde el fundamento jurídico y filosófico, debe concebirse como un sujeto portador de derechos; b) la democracia, como forma de organizar y promover la expansión de la ciudadanía, establece reglas para las relaciones políticas y para la organización del ejercicio del poder; las cuales son conscientes del ser humano como sujeto de derechos; c) los componentes esenciales, mas no únicos, de la democracia son las elecciones libres, competitivas e institucionalizadas, así como las reglas y los procedimientos de la formación y el ejercicio del gobierno, y d) la democracia constituye una experiencia histórica única, caracterizada por los procesos de construcción de la nación y de las sociedades latinoamericanas, incluyendo sus diversas identidades culturales. (p. 51 y s.)

Para que el concepto de democracia ciudadana tenga vigencia en cualquier sociedad, especialmente latinoamericana, el PNUD establece el cumplimiento de un requisito esencial y la existencia de unas condiciones óptimas. La diferencia

entre aquel y estas consiste en que, sin el cumplimiento del requisito esencial, no es posible hablar de democracia ciudadana; mientras que las condiciones, si bien son necesarias, pueden combinarse en distintos grados y alcances.

El requisito esencial de la democracia ciudadana es el cambio del concepto “elector” por “ciudadano”. El ciudadano es entendido por el PNUD, como el portador de derechos subjetivos que son sancionados y garantizados por el sistema legal. Los derechos, de los cuales goza el ciudadano, se derivan de su capacidad de comprometerse, voluntaria y responsablemente, a cumplir con las obligaciones que libremente asume. Esos derechos –entendidos por la PNUD como ciudadanía gozan de ciertos atributos, a saber: a) carácter expansivo –se basa en la concepción, moral y legalmente respaldada del individuo como ser humano responsable, razonable y autónomo; b) condición legal –estatus que se le reconoce al individuo como portador de derechos legalmente sancionados y respaldados–; c) sentido social o intersubjetivo –pertenencia a un espacio social común–; d) carácter igualitario –sustentado en el reconocimiento universal de los derechos y deberes de todos los miembros de la sociedad organizada–; e) inclusividad –ligada al atributo de nacionalidad, que implica la pertenencia de los individuos a los Estados nacionales, y f) carácter dinámico, contingente y abierto. (PNUD, 2004). De estos atributos, el PNUD ha sostenido que el ciudadano, visto desde la democracia ciudadana, se proyecta en tres dimensiones. Dichas dimensiones son tratadas con mayor profundidad en el documento del PNUD y la OEA, titulado Nuestra democracia. La primera de ellas es la ciudadanía civil, compuesta por los derechos para la libertad individual, a saber, libertad de expresión, pensamiento y religión, derecho a la justicia y derecho a la propiedad y a establecer contratos válidos. La segunda, es la ciudadanía política, que consiste en el derecho a participar en el ejercicio del poder como miembro de un cuerpo investido de autoridad política o como elector de sus miembros. La tercera, es la ciudadanía social, que abarca desde el derecho a un mínimo de bienestar económico, hasta el de compartir plenamente la herencia social y vivir conforme a los estándares predominantes en la sociedad. (PNUD, 2010) Si el Estado no cumple con el requisito de reconocimiento de ciudadano, así como de ciudadanía, no se estaría ante una democracia ciudadana, sino quizá ante una democracia simplemente electora –o quizá ante una no democracia.

Las condiciones de la democracia ciudadana son, a su vez, cinco. La primera de ellas, consiste en la existencia de un régimen político que contiene un conjunto de instituciones y procedimientos que definen las reglas de juego y los canales de acceso a las principales posiciones del Estado, el ejercicio del poder estatal y el proceso de toma de decisiones públicas. La segunda condición es el acceso sustantivo al poder del Estado, es decir, que no haya en el territorio otra organización –formal o no– con poder igual o superior al mismo Estado. La tercera condición es la vigencia del Estado de Derecho. La cuarta es la existencia de una forma de organizar el poder en la sociedad (PNUD, 2004, p. 54), es decir, las relaciones de poder entre el Estado y los ciudadanos, los ciudadanos entre sí,

y entre el Estado, las organizaciones y los ciudadanos, deben estar enmarcadas en el ejercicio de los derechos políticos, civiles y sociales de tal manera, que la imposición de una conducta no vulnere esos derechos. La quinta es la garantía de opciones ciudadanas efectivas para abordar cuestiones sustantivas. Ello significa que los ciudadanos puedan, a través de reglas y condiciones de competencia, elegir entre candidatos y programas de gobierno.

La identificación, tanto del requisito esencial de la democracia ciudadana, como de las condiciones de realización de la misma, han hecho que los estudios del PNUD, bien sea desde un plano general o diferenciado –por región o país en concreto– se centren, a diferencia del informe a la ComTri, no en el análisis de la crisis de la gobernabilidad, sino en el déficit democrático y cómo a partir de una acción de Estado –que se entenderá posteriormente como gobernabilidad–, puede ser atendido según las necesidades de cada país, especialmente en Latinoamérica. Bajo esta orientación, se podría decir que surge la primera diferencia esencial entre la concepción de la ComTri y el PNUD. La democracia ya no es entendida como un reto o problema intrínseco para la gobernabilidad, sino que, es la gobernabilidad uno de los factores determinantes de la realización de la democracia contemporánea. Por ello, el déficit democrático surge, entre otras causas, por el ejercicio inadecuado del poder y de la toma de decisiones impropias por los órganos estatales. En este sentido, se hace necesario, antes de abordar el concepto de gobernabilidad en términos del PNUD, identificar el concepto déficit democrático, pues es en el contexto de este en el cual se desenvuelve la gobernabilidad.

El concepto déficit democrático, en términos del PNUD, debe construirse a la luz tanto del documento *La democracia en América Latina*, como del documento *Nuestra democracia*. En el primero, el PNUD ofrece un concepto negativo del déficit democrático, así como los factores determinantes del mismo; mientras que, en el segundo, el PNUD presenta una definición amplia del término, así como los escenarios en los cuales se presenta.

La democracia, carente de déficit, es entendida por el PNUD como aquella que instala la expectativa de expansión de la libertad, la igualdad, la justicia y el progreso. Si la democracia no cumple con la realización de esta promesa de expansión, se crearán, al interior de la misma, problemas sociales y déficits democráticos, entendidos estos últimos como la percepción de pérdida de confianza ciudadana en los representantes políticos, por la no promoción de intereses y demandas. La causa de esta percepción negativa –o déficit democrático– se debe, de acuerdo con el PNUD, a la conjunción de tres factores. El primero de ellos, es catalogado como los poderes fácticos, es decir, la limitación del poder de decisión de los gobiernos, a través de la acción de agentes tales como las empresas, el sector financiero, los medios de comunicación, la iglesia, los sindicatos, entre otros. El segundo factor, son los poderes ilegales, los cuales, mediante la práctica de acciones ilegales –tráfico de drogas, de armas, entre otros–, además de condicionar

el funcionamiento normal y adecuado de las relaciones sociales –como la actividad económica, – demuestran la existencia de un Estado con instituciones débiles y desprotegidas. El tercero es denominado como los poderes institucionales, especialmente el excesivo poder ostentado por el presidencialismo y la influencia de las fuerzas armadas en el funcionamiento de la democracia.

En el tercer factor es donde se desenvuelve el concepto de gobernabilidad. Si bien el PNUD, ni en los dos documentos presentados ni en los documentos particulares de cada país, ofrece una definición concreta de gobernabilidad. Sin embargo, ofrece dos elementos para su conceptualización. El primero es la inclusión concreta a la gobernabilidad. De acuerdo con el PNUD, el objetivo central de la construcción de una agenda para Latinoamérica, la cual es desarrollada por la gobernabilidad, consiste en la consolidación del poder democrático. En este sentido, el PNUD establece que el Estado debe estar en la capacidad de actuar de modo efectivo frente a los problemas, para expandir la ciudadanía. Dicha capacidad está de acuerdo con el PNUD, no solo en el Gobierno. Por ello, el segundo elemento para la construcción del término gobernabilidad es la estatalidad. Por estatalidad, se entiende a la luz del PNUD, que la gobernabilidad no es solo una cuestión de la acción gubernamental, sino que, en realidad es una cualidad de la acción estatal. La actuación estatal se concreta a su vez en la participación de tres actores: a) los partidos políticos, que proponen los caminos para abordar los temas clave de la sociedad; b) el Estado, que a través de las instituciones representativas y de gobierno, se constituye en el principal instrumento para la ejecución de las propuestas de acción de los partidos políticos, y c) la sociedad civil, que constantemente crea nuevas organizaciones de voluntarios, que aumentan la participación para la expansión de la ciudadanía, y consiguientemente de la democracia.

De estos dos elementos es posible identificar un cambio esencial entre la ComTri y el PNUD, respecto a la concepción de gobernabilidad, a saber: que la misma no se limita a una acción de gobierno sino al Estado. Ello se refleja en documentos posteriores, en los cuales el PNUD ha propuesto alternativas para la expansión de la ciudadanía. Uno de ellos es *La Ley: la clave para el desarrollo sin exclusiones* (2008). En este documento, el PNUD explica que: para la superación de los problemas como la pobreza y déficit democrático, es necesario que se construya un orden jurídico más inclusivo y eficaz, (PNUD, 2008), a través de acciones como la reforma de la legislación laboral. (Linares, 2008). El segundo documento es *Herramientas para construir un programa de gobierno*, (PNUD, 2011) en el cual se establece, como herramienta para la expansión de la ciudadanía, los programas de gobierno. Por programas de gobierno se entiende la opción de futuro que el candidato o candidata ofrece al electorado, conformada por un conjunto de iniciativas encaminadas a la superación de los problemas y al aprovechamiento de los potenciales, y recursos para generar opciones de desarrollo y bienestar integral de la población del territorio que aspira a gobernar. (PNUD, 2011) La necesidad de implementar acciones legislativas y gubernamentales, implica que la gobernabilidad deja de ser un asunto simplemente del gobierno a cargo de

líderes como el presidente, y requiere de la participación de las demás ramas del poder. En este sentido, la expansión de la ciudadanía se convierte en una responsabilidad estatal y, a diferencia del informe a la ComTri, las discusiones al interior de los órganos representativos, deja de considerarse como un problema intrínseco para el ejercicio de la gobernabilidad y se convierte en un instrumento de realización de la misma.

En síntesis, la gobernabilidad es entendida como la capacidad del Estado para resolver problemas y para lograr la expansión de la ciudadanía. La relación que surge entre la gobernabilidad así concebida y la democracia, es que esta deja de ser un condicionante de la gobernabilidad, sino que, por el contrario, la democracia es la meta última de la gobernabilidad y, por tanto, toda la acción estatal debe estar encaminada a la garantía del requisito esencial de la democracia ciudadana, así como la consecución no de estándares ideales, sino de estándares óptimos para la realización de las condiciones de la democracia.

### **C. La gobernabilidad desde la CEPAL y la Comunidad Andina de Naciones (CAN)**

El interés por la conceptualización y proyección de la *gobernabilidad*, no se ha *concentrado únicamente* en instituciones internacionales de tipo global. El concepto de gobernabilidad ha captado la atención de otras instituciones de carácter regional; ejemplo de ello son la Conferencia Episcopal Latinoamericana (CEPAL) y la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN).

La CEPAL, en distintos documentos de trabajo, y otros, se ha interesado progresivamente por la gobernabilidad en los Estados latinoamericanos. A partir de este interés, se han publicado estudios en torno a la gobernabilidad y la cuestión de género, la gobernabilidad fiscal y la gobernabilidad del agua. Sin embargo, es el primer documento enunciado donde la CEPAL aborda las cuestiones conceptuales de la gobernabilidad.

En el documento *Gobernabilidad democrática y género*, una articulación posible, se hace una aproximación histórica del concepto en mención, identificando, como punto de partida, el informe a la ComTri, en el cual se entiende la gobernabilidad como un concepto que reacciona de forma conservadora frente al crecimiento y diversificación de las demandas ciudadanas. Sin embargo, a la luz del documento este concepto evoluciona por dos factores. El primero de ellos es la globalización, que reorganiza las relaciones de poder, que le restan capacidad al Estado y desbordan la capacidad de sus instituciones, por la emergencia de nuevas prácticas sociales a nivel nacional e internacional. El segundo es el incremento de la conflictividad asociada a la marginalidad urbana, el desempleo y la informalidad. Estos dos factores, combinados con otros, pueden llegar a producir riesgos para los países de la región latinoamericana de caer en situaciones de crisis de gobernabilidad de distinta intensidad. Por

ello, en opinión del documento, la prevención de la crisis de gobernabilidad democrática requiere de reformas institucionales profundas y la consolidación de una cultura democrática, que amplíe la participación hacia nuevos actores sociales y debilite los mecanismos que generan desigualdad conforme refiere (Guzmán, 2003).

Bajo este contexto, el documento abarca distintas definiciones de gobernabilidad democrática e identifica los posibles puntos comunes entre cada una de ellas para, a partir de ellos, construir un concepto propio de gobernabilidad. Dichos elementos son: “a) el núcleo central de la gobernabilidad es la calidad de las relaciones entre el gobierno y la sociedad; b) el concepto de gobernabilidad se refiere así no solo a cambios de régimen político dentro de un mismo modelo de desarrollo, sino a reformas del régimen político para impulsar cambios en el modelo de desarrollo que aseguren el crecimiento y la estabilidad económica de los países, y c) como resultado de los dos elementos, para el logro de la gobernabilidad democrática, es necesario avanzar, por lo menos, en tres direcciones, a saber: profundización del régimen democrático, la institucionalización y las mayores capacidades de rendimiento social” (Guzmán, 2003, p. 12).

A partir de estos tres elementos, el documento entiende la gobernabilidad como la estabilidad de las instituciones democráticas, a pesar de la incertidumbre de los resultados del juego político, es decir, de las negociaciones y los acuerdos entre los actores políticos y a las capacidades de las instituciones políticas y sociales para agregar y articular intereses, así como para regular y resolver los conflictos que se susciten entre ellos. (Guzmán, 2003). Cómo se realiza la gobernabilidad democrática, en cada uno de los escenarios o cuestiones sociales, depende de las condiciones que cada uno plantea. Por ejemplo, en el caso del orden de género, la gobernabilidad debe estar orientada a garantizar espacios de igualdad efectivos y disminuir los márgenes de discriminación. Por ello: “Si las mujeres no están en los espacios donde se debate y se construyen las bases de una nueva gobernabilidad, de acuerdo con el documento, no es seguro que las instituciones públicas den cabida a sus diferentes necesidades y valores, las incluyan en procesos de capacitación de destrezas y habilidades, y les reconozcan el mismo grado de agencia que a los demás actores en el terreno público” (Guzman, 2003).

La segunda institución regional que aborda la cuestión de la gobernabilidad es la CAN. A partir de la XVI reunión del Consejo Presidencial Andino (en adelante CPA), se iniciaron los trabajos de identificación de los escenarios de fortalecimiento de la gobernabilidad en los países miembros de la CAN (CPA, 2005), trabajos que se concretaron en el documento de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante SGCAN), titulado La gobernabilidad democrática y el problema del empleo en la Subregión Andina (SGCAN, 2005). En este documento es importante mencionar el trabajo presentado por Nieto M., titulado Gobernabilidad y cohesión social.

En este documento, más que un abordaje al término gobernabilidad, Nieto M. presenta, por una parte, la historia del término a la luz del problema del “reduccionismo” y por otra, una evolución con una mirada crítica del término. A partir de estos dos puntos, Nieto M. concluye que, para hablar de gobernabilidad, es necesario que ella aluda a un proceso de construcción de un orden político legítimo y eficaz. (Nieto, 2005). Bajo este presupuesto, dicho autor considera la gobernabilidad como una relación de gobierno entre el Estado y la sociedad y sus distintos componentes, una relación que permite formar coaliciones de poderes legales y fácticos con viabilidad política. Esta definición se nutre, aunque no de una forma explícita, de las reflexiones contenidas en los documentos del PNUD. Ello se puede sostener, pues para el autor los conceptos de poderes fácticos y legales coinciden con los presentados en el documento La democracia en América Latina. Por ejemplo, las múltiples combinaciones entre los poderes fácticos y los poderes legales, para el autor, encuentran un acicate para su crisis en un contexto general de ausencia de confianza en la sociedad, en los gobiernos, en la política, en las instituciones, que se deriva de una situación de extrema desigualdad y de altos niveles de pobreza. (Nieto, 2005)

Sin embargo, lo interesante del trabajo presentado por Nieto M., consiste en que, al parecer existe una dicotomía entre gobernabilidad y democracia, en la cual cada uno de los conceptos pareciese ir en direcciones contrarias. Para el autor, frente a la democracia se tiene un voto, cuyo valor es el mismo sin importar la calidad de la persona. Pero desde el punto de vista de la gobernabilidad, ninguno de los votantes tiene un poder equivalente. Cada uno de estos cuenta con un poder fáctico, que tiene capacidad de influir en el proceso del poder. De esta forma, pareciesen surgir dos lógicas. Por un lado, la lógica de la democracia y, por el otro, la lógica de la gobernabilidad. Estas dos lógicas, a su vez, construyen escenarios graduales, en los cuales se pueden encontrar distintos niveles, tanto de gobernabilidad como de democracia, y, para el autor, el objetivo ideal sería encontrar un escenario, en el cual, haya una convergencia de un nivel alto, tanto de gobernabilidad como de democracia, que es denominado gobernabilidad democrática. Según el autor, se pueden encontrar los siguientes escenarios: a) países con alta gobernabilidad y baja democracia; b) países con baja gobernabilidad y baja democracia; c) países con baja gobernabilidad y con alta democracia, y d) pero el casillero vacío sería el de países que tuvieran al mismo tiempo alta gobernabilidad y alta democracia. Es decir, aquellos que tenemos la expectativa de construir: países con gobernabilidad democrática, reseña Nieto.

En síntesis, la gobernabilidad constituye parte de la agenda regional latinoamericana, en la cual se pueden encontrar dos percepciones. La primera de ellas es, como se ha hecho desde el PNUD, construir una gobernabilidad democrática orientada a la expansión de la ciudadanía. La segunda, propia de la CAN, es lograr encontrar el punto común que permita a un Estado asegurar estándares altos de gobernabilidad, por una parte, y de democracia, por otra. En



este sentido, pareciese que el concepto de la CAN no realizase, como lo hace la PNUD o el BID, una subordinación entre la gobernabilidad y la democracia, sino que cada uno de ellos representase intereses independientes y, por tanto, sería necesario encontrar un punto conciliador entre ellos, a lo que podría llamarse gobernabilidad democrática.

### 3. ESTADO DEL ARTE II: PROPUESTAS TEÓRICAS

Uno de los autores que ha trabajado, a profundidad, las relaciones entre la democracia y la gobernabilidad es O'Donnell. Entre sus trabajos, es de mencionar el titulado *Hacia un Estado de y para la democracia*. En este (O'Donnell, 2008) asume como concepto básico la democracia ciudadana, propuesta por el documento *La democracia en América Latina*, en el cual se reconoce que el requisito esencial de dicha democracia es precisamente el ciudadano, entendido desde sus dimensiones civil, social y cultural. (O'Donnell, 2008). Así mismo, esta democracia ciudadana, siguiendo los criterios del citado documento, reconoce las condiciones sociales propuestas por el PNUD. En este documento, a su vez, O'Donnell no habla de gobierno, como actor único de la extensión de la ciudadanía, en el sentido del PNUD, sino del Estado. Y, aunque no ofrece una definición expresa de gobernabilidad, sí brinda, como supuesto esencial para la realización de la democracia, que es equiparable al término gobernabilidad. Para este autor, un buen Estado, es decir, un Estado consistente con la democracia, es aquel que se inscribe en su propia legalidad, implementada por medio de sus burocracias, y, junto con una sociedad civil presente y activa, apunta a consolidar y expandir los derechos de ciudadanía implicados y demandados por la democracia.

Sin embargo, el aporte central de O'Donnell, en el documento *Hacia un Estado de y para la democracia*, consiste en la nueva connotación implícita que le da a la gobernabilidad. Ella ya no es considerada simplemente como la cualidad del Estado para la expansión de la ciudadanía, sino que, actualmente, es un derecho ciudadano que puede ser exigido. Para él, los ciudadanos tenemos un derecho público e irrenunciable al Estado, pero no a cualquier Estado, sino a uno consistente con la democracia, un Estado de y para la democracia. Entender la gobernabilidad democrática como un derecho, implica un giro esencial en las relaciones entre el Estado y el ciudadano, pues la gobernabilidad democrática ya no podrá ser vista simplemente como un esfuerzo del Estado, bien sea de conciliar los intereses y necesidades de la sociedad con los intereses propios de la acción de la gobernabilidad, en términos de Nieto M., o bien sea la expansión de la ciudadanía en términos del PNUD. La gobernabilidad democrática, si se siguiese el criterio de O'Donnell, sería un derecho exigible y justiciable por los ciudadanos, es decir, ya no puede considerarse simplemente como una propuesta de política estatal, sino que los ciudadanos pueden, a través de acciones, tanto de índole participativo democrático como de índole jurisdiccional –acciones procesales–, exigir el cumplimiento de los planes de gobierno, los cuales fueron construidos a partir no solo del consenso de partidos políticos sino del consenso de las necesidades sociales.



Otro autor, de especial mención en el debate académico en torno a la gobernabilidad, es Valadés (2005). Para él, la gobernabilidad ha sido vista desde la ciencia política y económica, mas no en un contexto constitucional (p. 27). Para Valadés (2005), adoptando el Estado de derecho en su más amplia acepción, aún habría que remontarse a la base de todo ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución. En este sentido, un estudio sobre la gobernabilidad, requiere una óptica desde el estudio constitucional, pues la gobernabilidad depende de la Constitución y la positividad de esta depende de la gobernabilidad. En términos del autor, sin su aplicación efectiva, la Constitución sería solo una declaración política (Valadés, 2005). Por otra parte, el ejercicio del poder, sin la sujeción a lo preceptuado por su estatuto jurídico, no corresponde a un Estado constitucional, y, por lo mismo, tampoco pertenece al ámbito del estudio de la gobernabilidad democrática. Bajo este supuesto, el autor deja a un lado el término gobernabilidad democrática y opta por el término gobernabilidad constitucional, la cual supone la racionalización del ejercicio del poder (Valadés, 2005: XIV). La gobernabilidad constitucional es definida por Valadés como el proceso de toma de decisiones tomadas de manera legal, razonable y eficaz, adoptadas por autoridades legítimas, para garantizar a la población el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, sociales y culturales, en un ámbito de libertades y de estabilidad política y para atender requerimientos informados de la sociedad mediante prestaciones y servicios regulares, suficientes y oportunos. Aunque la definición de Valadés no difiere esencialmente del criterio del PNUD –pues aborda las tres dimensiones de ciudadanía–, son dos los aportes esenciales que ofrece esta definición.

El primero de ellos, consiste en que la gobernabilidad, e implícitamente la democracia, están circunscritos a la Constitución. Ello significa, por una parte, que no cualquier práctica que pueda denominarse “democrática”, puede ser considerada como constitucional. En este sentido, Valadés ofrece un replanteamiento implícito del término disfunción de la democracia, creado en el informe a la ComTri, pero que deja algunas dudas, como se ha planteado anteriormente. Si se hiciese una lectura a la luz del trabajo de Valadés, la disfunción democrática se entendería como las acciones que surgen al interior de la democracia y que, además de afectar su funcionamiento normal, son contrarias a la Constitución. En otras palabras, la democracia estaría supeditada a la Constitución. Por otra parte, la gobernabilidad no solo está orientada a la protección de los derechos ciudadanos, sino que está soportada y limitada por la norma constitucional. En este sentido, la acción estatal debe estar orientada en la reserva constitucional y legal. Ello significa que, incluso existiendo una necesidad que el Estado puede atender, el mismo no puede hacerlo si, por una parte, carece de facultad constitucional –factor competencial–, y, por la otra, si la acción a realizar implica contrariar reglas propias del sistema constitucional. El segundo aporte de Valadés, radica en que la acción estatal no solo se restringe a la política legislativa –reformas legales y construcción de reglas legales de juego en términos del PNUD– ni de políticas públicas –como lo ha sostenido

la mayoría de la literatura—. La gobernabilidad, en términos de Valadés, se constituye a partir de toda forma de acción estatal, desde el diseño de políticas legislativas, hasta la prestación de servicios públicos. Ello obedece a que, desde una perspectiva del constitucionalismo contemporáneo, todas las acciones de los poderes públicos, no están dirigidas a crear situaciones o crear derechos, sino que, por el contrario, van orientadas a, por una parte, garantizar y hacer realizables los derechos reconocidos como constitucionales —no solo derechos fundamentales, sino también derechos colectivos, y, por otra a cumplir con las tareas impuestas por la Constitución.

Un tercer autor, por mencionar, es Roa, quien, además de ofrecer un estudio sistemático de la gobernabilidad democrática, aplica los conceptos construidos al ámbito colombiano. Aunque en su obra *La gobernabilidad hoy: aportes a un debate*, no hay un análisis de relación entre la democracia y la gobernabilidad, Roa ofrece una definición para la primera. Para el autor, la gobernabilidad, que debe entenderse como democrática, es la capacidad del sistema político para ejecutar políticas públicas, dirigidas a la realización de un proyecto que permita: a) la satisfacción de las necesidades fundamentales de la mayoría de la población; b) asegure la estabilidad de un orden político democrático (Roa, 2011, p. 43); c) facilite la comunicación ética del gobernante con la comunidad (Roa, 2011, p. 43), y d) permita una acción eficiente y eficaz. Esta definición, que parece irradiada, entre otros, tanto por los estudios de O'Donnell, como del PNUD, ofrece un elemento interesante para la discusión, a saber: la comunicación ética. En principio, Roa no define qué se entiende por comunicación ética. Sin embargo, se podría decir que la misma parte de un supuesto esencial planteado por él: el de que los gobiernos democráticos deben justificar su existencia colocándose al servicio de los ciudadanos (Roa, 2011, p. 51). Ello significa, que la identificación de necesidades, planteada en la definición de gobernabilidad democrática, es un proceso de diálogo entre el gobierno y la ciudadanía, la cual deberá en primera instancia, exigir la protección de sus derechos constitucionales mediante la acción gubernamental, y, en segunda, manifestar las necesidades que, si bien no gozan del rango de derechos constitucionales, constituyen tareas propias del gobierno. Esto implica que, el primer elemento de la comunicación ética consiste en la escucha de todos los actores de la sociedad. Asimismo, la comunicación ética implicaría que las instituciones estatales ofrecen los medios o canales de escucha y transmisión de ideas y decisiones. Lo dicho se ve reflejado en el análisis que hace Roa (2001) *sobre la gobernabilidad y la cibernética* (p. 73 y ss.), en el cual se sostiene que las tecnologías de la información, están colocadas al servicio de la inteligencia, el conocimiento y la transformación de los distintos sistemas políticos contemporáneos. Asimismo, Roa (2011) sostiene que los gobernantes deben crear las condiciones para que la política facilite la comunicación entre los ciudadanos, mediante la información oportuna y la institucionalización de la participación en el proceso de toma de decisiones (p. 84). Ello implica que la comunicación ética tiene, como segundo elemento,

la creación de escenarios y la implementación de medios de comunicación que amplíen la participación política de la ciudadanía.

Sin embargo, un elemento de esta definición de Roa, a su vez, deja algunas dudas. Para el autor, la gobernabilidad está al servicio de la mayoría. Pero, en el contexto del estudio de la gobernabilidad democrática, podría cuestionarse qué se entiende por mayoría. Por una parte, podría decirse que, por mayoría, debería entenderse lo que, en el derecho constitucional colombiano, se conoce como bien común. En este sentido significaría que las instituciones, en la toma de decisiones, deberán hacer una ponderación de necesidades, para poder determinar cuál favorece más al conglomerado social y no a un grupo particular. Por otra parte, podría entenderse por mayoría aquella representada por órganos decisorios –como el Congreso– o representada en grupos significativos. Esta segunda acepción de mayoría puede llegar a ser, empero, peligrosa. Si se entendiese mayoría bajo la segunda acepción, significaría que aquellos grupos que no han logrado escaños en los órganos deliberativos, no podrían tener una solución a sus necesidades. Asimismo, bajo la segunda acepción de mayoría, podría ocurrir que aquellos ciudadanos que no encuentran una identidad con los grupos, movimientos o partidos políticos representativos, tampoco serían escuchados y, por tanto, si sus necesidades no llegasen a coincidir con los intereses mayoritarios, no serían respaldados. La única observación hecha en el contexto de la comunicación, es que la protección de las minorías tiene la especial ventaja de que se pueda “evitar que las tasas de cambio impuestas por la mayoría quiebren la integridad, la dignidad de los individuos o grupos disidentes (...)”. Sin embargo, en esta afirmación no existen criterios de ponderación de identificación de las necesidades de la mayoría. Por ello, queda expuesto al debate, cómo debe entenderse el término de mayoría.

Aunque existen otros autores, podemos decir que ellos se mueven, en cierta medida, dentro de los criterios planteados, bien sea desde un plano institucional o desde uno de debate teórico. Por ejemplo, Córdova L. (2005), siguiendo los criterios de gobernabilidad planteados por el informe a la ComTri, explica que la gobernabilidad de un sistema político determinado, depende de que las condiciones políticas, institucionales, económicas y sociales, tanto nacionales como internacionales, sean favorables para que las decisiones colectivas puedan ser aplicadas sin complicaciones ni contratiempos. En la misma dirección, Borja (2005), hace una presentación de los distintos conceptos que han surgido de gobernabilidad, y los resume como la posibilidad de conducir un Estado en medio de tantos problemas. Por su parte, Guzmán y Romero (2008), sostienen que la gobernabilidad democrática, sin dar una definición propia, está compuesta por los elementos de estabilidad política y democracia, entendida esta última como aquella compuesta por: a) participación efectiva; b) igualdad de voto; c) posibilidad de entendimiento informado, y c) ejercicio de control final sobre la agenda y la inclusión de asuntos. Otro autor que asume, en cierto sentido, el criterio del informe presentado a la ComTri, es Moreno (2004), para quien

la gobernabilidad se entiende como el equilibrio entre las demandas de actores estratégicos y la capacidad del gobierno para responder de manera eficiente, como resultado de procedimientos democráticos institucionalizados, y en un proceso donde los puntos de vista de los actores son considerados. De forma similar, Lasagna (2004) entiende la gobernabilidad como la calidad de un sistema institucional, para generar una acción colectiva para enfrentar los retos y desafíos del desarrollo.

Camou (2000), para quien la gobernabilidad es un término multidimensional articulado, ella es entendida como el grado de gobierno eficaz/eficiente. La gobernabilidad, así entendida, se diferencia de otros términos como gobernación, que lleva implícita parámetros de evaluación de la acción gubernamental, ya sean intrínsecos, como la percepción del ciudadano frente al gobierno, o extrínsecos, como estándares fijados por observadores internacionales (Para Medellín, Pardo, Infante y Mariñez, (2007) la gobernabilidad democrática, siguiendo los criterios de Camou, entre otros, es el estado en donde la eficiencia y la legitimidad de las acciones de un gobierno están enmarcadas en el desarrollo de una institucionalidad de política democrática, para el sustento de la estabilidad política y social. Para Castelazo (2004), la gobernabilidad se refiere a un proceso de adaptación dinámica, capaz de dar respuestas idóneas a la constante evolución social. Asimismo, la gobernabilidad está regida, de acuerdo con el autor, por unos principios que otorgan legitimidad a la toma de decisiones públicas, y se regula por unas normas que parten de la Constitución –criterio semejante a Valadés–, en la cual se establecen y se comprometen los principios rectores, se determinan los derechos y obligaciones con el fin de distribuir responsabilidades institucionales y personales, tanto al gobierno como a la sociedad.

Algunos autores como Straface y Basco (2006), si bien hacen un recorrido por las distintas definiciones que se le otorgan al concepto de gobernabilidad, no asumen una en concreto, sino que se limitan a presentar los elementos que se pueden encontrar en ella. Para estos autores, dichos elementos son: a) la selección de quienes ejercen la autoridad en una sociedad mediante métodos democráticos que provean una base de legitimidad popular asociada a la soberanía del voto; b) la vigencia del Estado de derecho; c) la eficiencia en la provisión de servicios públicos; d) el control de la corrupción; e) la capacidad del gobierno para desarrollar e implementar políticas, y f) el involucramiento de la participación ciudadana y control del gobierno.

#### **4. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL TÉRMINO GOBERNABILIDAD CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA**

Teniendo en cuenta los estudios presentados, es necesario aclarar, por una parte, que la conceptualización del término gobernabilidad, según Camou, no será única. La carencia de unanimidad se debe, como lo ha explicado el informe a la ComTri, a que la construcción del concepto de gobernabilidad depende

de algunos elementos que, en ciertas regiones, pueden presentarse, así como de la intensidad en que éstos se manifiestan en tales regiones. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, si bien no es posible un concepto único o unánime, los estudios analizados ofrecen algunos elementos comunes, los cuales no pueden ser desconocidos.

Bajo estas premisas, es necesario aclarar que el término de gobernabilidad, que se propone a continuación, tiene un enfoque local. Por ello, los elementos constitutivos de la definición de gobernabilidad serán vistos desde el desarrollo institucional colombiano. Asimismo, se debe tener en cuenta que, así como ha ocurrido en la mayoría de los países latinoamericanos, la gobernabilidad no puede ser vista solo desde una perspectiva democrática, sino que se hace necesario verla también a la luz de la Constitución Política de Colombia de 1991 (en adelante C. P.), pues en virtud de esta, las relaciones de poder han adquirido, con el paso del tiempo y con la jurisprudencia constitucional, un carácter de interdependencia, que impide pensar en la gobernabilidad como una simple acción de gobierno, y exige pensarla como una acción estatal. Por esta razón es que, en este escrito, no se propone una gobernabilidad democrática, sino una *governabilidad constitucional democrática*. Para construir conceptualmente este término, será necesario, en primera instancia, explicar cómo se entienden los tres elementos constitutivos del término bajo la óptica colombiana, es decir, cómo se entiende la C. P., la democracia y la gobernabilidad. Hecha esta precisión se procederá, en segunda instancia, a una propuesta de significado del término.

Pensar en una gobernabilidad sin una referencia a la C. P., no es posible. Ello se debe, desde la perspectiva teórica, a que las constituciones, después de la Segunda Guerra Mundial, se han convertido en un instrumento que permea todo el ordenamiento estatal, afectando no solo las actuaciones de las instituciones, sino la vida social misma. (Cruz, 2009). Asimismo, las constituciones contemporáneas han adquirido un valor normativo que, a diferencia de las constituciones anteriores a la Segunda Guerra Mundial, impone a todos los órganos, como tarea principal, respetar y hacer efectivas las normas contenidas en ellas. Dichas normas, a su vez, contienen derechos civiles y colectivos, así como tareas y reglas de comportamiento, que ni las instituciones ni la sociedad pueden desconocer.

Estas premisas teóricas no son ajenas al contexto colombiano. De acuerdo con el art. 4 inc. 1° de la C. P., la Constitución es norma de normas. Ello significa, por una parte, que no puede existir decisión estatal alguna que esté por encima de la C. P., pues ella es la fuente que subordina toda norma. Esta idea se refuerza en el mismo art. 4 inc. 1° C. P., al establecer que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. En este sentido, la Corte Constitucional (en adelante C.C.) ha señalado que la fuerza normativa de la Constitución, en la versión amplia de la noción que incluye todas las normas que integran el bloque

de constitucionalidad, impone a todos los poderes constituidos (art. 121 C. P.) del Estado; sin excepción de ninguna clase, el deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que viole la Constitución, o contrario sensu, los obliga a cumplir sus funciones conforme a lo que ella establece (Corte Constitucional, Sentencia C-192 de 2006).

Las normas contenidas en la C. P. son de dos tipos. El primero de ellos, es el conjunto de normas que consagran derechos constitucionales, así como los mecanismos de protección de los mismos. El segundo tipo, son las normas que consagran la estructura y funcionamiento del Estado. Entre estas normas, es necesario recalcar que la Corte Constitucional ha establecido una jerarquía. Para la C.C., las normas que consagran derechos constitucionales gozan de un rango superior, que aquellas que consagran las cuestiones orgánicas. Ello se debe a que el art. 2 inc. 2° C. P. establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En este sentido, la C.C. ha sostenido, desde sus primeras decisiones, que la Constitución está concebida de tal manera que, la parte orgánica de la misma, sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992)

Al ser la C. P. la fuente principal que legitima las acciones estatales y las circunscribe al límite del respeto y garantía de los derechos constitucionales, significa que la gobernabilidad, la cual se concreta en la acción del Estado, debe, por una parte, encontrar un soporte constitucional que le permita tomar una decisión y, por otra, que la decisión asumida debe estar encaminada a garantizar y hacer efectivos los derechos constitucionales, así como a cumplir con las tareas y fines que la C. P. establece. Es por ello, que la gobernabilidad debe estar complementada por la connotación de “constitucional”.

Si la C. P. es el fundamento de la gobernabilidad, la democracia es su motor. Ello significa, por una parte, que las instituciones deben estar respaldadas democráticamente, bien sea porque los cargos de las mismas se caractericen por ser de elección democrática, o bien porque, aunque no ostenten esa calidad, sus funciones y límites están consagrados en la ley, la cual es una expresión de la participación democrática. Por otra parte, la democracia, como motor

de la gobernabilidad, significa que las decisiones estatales solo son posibles, si son impulsadas y controladas de forma democrática. Ello implica que, en el Estado, deben existir tanto herramientas de participación que permitan la toma de decisiones conjuntas, como mecanismos de control, que posibiliten el seguimiento de la ejecución de dichas decisiones.

Bajo estas premisas, es necesario aclarar que la democracia es un término bidimensional. Ella es un derecho de rango constitucional, así como un sistema de funcionamiento estatal.

La democracia como derecho, puede entenderse como el conjunto de libertades ciudadanas y colectivas de participar en la toma de decisiones públicas y en el control de ejecución de las mismas. Dentro de este conjunto de libertades, se encuentran<sup>119</sup>: a) el derecho a poder elegir y ser elegido; b) el derecho a constituir partidos y movimientos políticos; c) el derecho a ser reconocido y protegido como minoría, es decir, como actor perteneciente a comunidades indígenas, a comunidades afrodescendientes, o como perteneciente a un grupo de género –protección igualitaria de la mujer del movimiento LGTBI–; d) el derecho a manifestar libremente, bien sea como ciudadano o como cuerpo colectivo, sus ideas y opiniones; e) el derecho a ejercer oposición y, entre otros; f) el derecho de veeduría bien sea por iniciativa propia o a través de instituciones facultadas para ello, ejercer control de la actividad estatal. Sin embargo, si se siguiesen los criterios de la definición de Roa, es necesario tener en cuenta que existe un derecho esencial dentro del conjunto de libertades abarcadas por la democracia. Este es el derecho a la información. Para la C.C., el fortalecimiento de una democracia constitucional guarda una estrecha relación con la garantía del derecho de todas las personas a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley.

La publicidad de la información permite que la persona pueda controlar la gestión pública, en sus diversos órdenes: presupuestal, grado de avance en los objetivos planteados, planes del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad, entre otros. (Corte Constitucional, Sentencia C-872 de 2003)

---

<sup>119</sup> La Corte Constitucional sintetiza este conjunto de derechos de forma similar al PNUD. Para la Corte, el derecho a constituir partidos y movimientos políticos, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional, atribuido a todo ciudadano colombiano, con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Este derecho es una manifestación activa del estatus de ciudadano, el cual comprende un conjunto de derechos y deberes que, en su conjunto, dan cuerpo y califican la relación de los nacionales con el poder político y describen una faceta de las personas como partícipes actuales o potenciales de la organización del Estado. La limitación del derecho analizado que se descubre en el artículo, se deriva, pues, de la relatividad de los derechos políticos que la misma Constitución establece (Corte Constitucional, S-C 089/1994).



La democracia como sistema, es entendida como la expresión de la soberanía popular, la cual le permite a la sociedad en términos de la Corte Constitucional, en ejercicio del poder constituyente originario, dictar una Constitución, mediante la cual organiza un modelo de Estado alrededor de la adopción de una forma de organización, de un sistema de gobierno y de un régimen político. De acuerdo con el art. 3° de la Constitución Política la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. Asimismo, el art. 3° de la C. P., establece que el pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. La forma que, adoptado el Estado colombiano, no es una democracia simple, sino una democracia constitucional. De acuerdo con la Corte Constitucional, el Estado colombiano, a partir de la Constitución de 1991, adoptó la democracia constitucional como su régimen político, alrededor de los principios, valores y mandatos del Estado social de derecho (C. P., art. 1°). Dicha decisión la tomó el pueblo colombiano, en un acto de libre ejercicio de su soberanía e independencia política. (Corte Constitucional, Sentencia T-644 de 2004)

La connotación de democracia constitucional, trae consigo dos implicaciones. La primera, es que la democracia debe funcionar, como sistema, de acuerdo con los criterios constitucionales, entre los cuales se encuentra, en virtud del principio de igualdad, el reconocimiento de la diversidad y la necesidad de incluir dentro del debate de la toma de decisiones, a aquellos grupos que se puedan considerar, bien como minoría o bien como sujetos que requieren de especial atención, como son los casos de partidos minoritarios y la protección de género. Asimismo, la connotación de constitucional implica que la democracia debe respetar los límites constitucionalmente consagrados, y no puede suplantarlos normas o principios consagrados en ellos. (Ugarriza, 2012). Sobre la sustitución a la Constitución Política, la Corte Constitucional ha establecido que al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991, por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes, para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos. (Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005)

La democracia como sistema, a su vez, implica la existencia de mecanismos de control. Ejemplo de ello, en el caso colombiano, son las veedurías ciudadanas. Para la Corte Constitucional las veedurías son organizaciones de naturaleza privada, pero encargadas de velar por la transparencia en la gestión pública, particularmente en la correcta utilización de los recursos estatales y por la debida prestación de los servicios públicos. Asimismo, la C.C. advierte que las veedurías ciudadanas se inspiran en dos grandes principios: de un lado, el



principio democrático que, según fue indicado y como también se explicará más adelante, irradia transversalmente todo el ordenamiento constitucional, incluidos obviamente los mecanismos de participación ciudadana. Por otro lado, esas organizaciones responden al principio de autonomía, no solo en virtud de su origen privado, sino como condición para el ejercicio libre de la vigilancia ciudadana sobre la gestión pública (Corte Constitucional S-C 292/2003).

Al tener una aproximación –no exhaustiva, sino preliminar– de los términos Constitución y democracia, es necesario aclarar que ellos se hacen efectivos a través de la acción estatal. A diferencia del informe a la ComTri, no es posible pensar en un diálogo simple entre el Gobierno y la ciudadanía, sino en un diálogo entre el Estado y la ciudadanía. Ello se debe, por una parte, a que las decisiones, en la actualidad, se rigen por el principio de colaboración armónica de los poderes públicos, es decir, no existe, como regla general, una decisión que sea tomada única y aisladamente por alguna de las ramas del poder público o por alguna institución autónoma. Las decisiones en Colombia dependen, generalmente, del consenso entre los distintos actores institucionales. Ello se ve reflejado en el art. 113 inc. 2° C. P., que consagra los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Ello significa, en consonancia con el PNUD, que la expansión de ciudadanía o, en términos propios, la realizabilidad y protección de las tareas y derechos consagrados en la Constitución, así como de la democracia, se concretan no solo en la actuación gubernamental a través de actos tradicionales como los actos administrativos y de acciones contemporáneas como las políticas públicas y proyectos. Ellas se cumplen a través de toda acción del Estado, conforme al art. 2° inc. 2° C. P., es decir: a) mediante la acción legislativa, que consagra las metas, parámetros y límites de la acción institucional; b) mediante la acción gubernamental; c) mediante la acción jurisdiccional, especialmente la constitucional, que establece la conformidad de cada acción, no solo con la ley, sino también con la Constitución Política, y d) mediante las acciones propias de los organismos de control y organismos autónomos.

Bajos estos criterios, podría decirse que, para el caso colombiano, por gobernabilidad constitucional democrática se entiende, en síntesis, la capacidad del Estado de, a través del conjunto de acciones constitucional y legalmente establecidas, garantizar los derechos constitucionales –del individuo y la comunidad– y atender las tareas, bien de origen consensuado o bien de origen contingente, mediante un proceso de ponderación transparente de necesidades e intereses convergentes.

## 5. SÍNTESIS Y CUESTIONES PARA EL DEBATE

Como se ha mencionado en la parte introductoria, el presente trabajo es una aproximación inicial al concepto de gobernabilidad constitucional democrática. Para ello, se hizo, sin ser un ejercicio exhaustivo, una revisión de la literatura

sobre el concepto de gobernabilidad y su evolución. En dicho ejercicio, se pudo identificar que la gobernabilidad, en consenso, se entiende como la capacidad estatal para la satisfacción de unas necesidades. Las diferencias entre las definiciones aportadas en el documento, radican, en la concentración de acción estatal y en sus relaciones con la democracia. Para algunos autores, la gobernabilidad es una cualidad exclusiva del gobierno, el cual, entra en diálogo no solo con los distintos actores nacionales sino también con el sistema internacional, que le obligan a hacer una ponderación de necesidades. Para otros autores, especialmente para aquellos que trabajaron en el contexto del PNUD, la gobernabilidad no es entendida solo como la simple acción gubernamental, sino como la acción de todo el aparato estatal. En ese sentido, para dichos autores era necesario, además de una construcción adecuada de propuestas de gobierno y de políticas públicas, una reconcepción del valor de la ley, pues es a través de un ordenamiento jurídico que las acciones se visten de legitimidad.

En cuanto a la relación entre gobernabilidad y democracia, las tendencias identificadas fueron tres. La primera de ellas consiste en que la democracia es el condicionante de la gobernabilidad, es decir, que aquella, si no se encuentra en un estado ideal, puede interferir con la toma de decisiones gubernamentales. Ejemplo de ello es el informe a la ComTri, en el cual se planteaba que, en los casos de disfunciones de la democracia, el margen de acción gubernamental cedía y la satisfacción de las necesidades y demandas sociales decrecía. Por ello, para los autores que se mueven bajo esta tendencia, es vital que se encuentre un punto de equilibrio entre la gobernabilidad y la democracia. La segunda tendencia consiste en subordinar la gobernabilidad a la democracia. La democracia se convierte para estos autores en la razón de ser de la gobernabilidad y en este sentido, la meta misma de ella es lograr la expansión de la ciudadanía. Ello implica que, para los autores de esta tendencia, no se hable de una crisis de gobernabilidad o de disfunciones de la democracia, sino de déficit democrático, entendido como la pérdida de confianza en las instituciones estatales por la no satisfacción de los derechos ciudadanos. La tercera tendencia, más que hacer un proceso de subordinación de la gobernabilidad a la democracia, subordina ambas a la Constitución. Ello significa, por una parte, que las constituciones contemporáneas tienen un valor normativo que vincula a las instituciones estatales y, por otra parte, las acciones, bien sean en ejercicio democrático o en ejercicio de la acción estatal, no pueden desconocer las normas, principios y valores de la Constitución.

Presentados las distintas posturas, se realizó un intento de definición de gobernabilidad constitucional democrática en el contexto colombiano. Para ello, se tuvo en cuenta que, conforme al art. 4° de la Constitución Política, la Constitución tiene un valor normativo no eludible por parte de las instituciones estatales. Asimismo, se tuvo en cuenta que, para Colombia, la democracia es un derecho y un sistema consagrado y protegido constitucionalmente. Bajo estos criterios se planteó que la gobernabilidad constitucional democrática se

entiende como la capacidad del Estado de, a través del conjunto de acciones constitucional y legalmente establecidas, garantizar los derechos constitucionales –del individuo y la comunidad– y atender las tareas, bien de origen consensuado o bien de origen contingente, mediante un proceso de ponderación transparente de necesidades e intereses convergentes.

Esta definición, sin embargo, no cierra el debate en torno a la gobernabilidad, sino que deja, a través de la presentación de sus elementos estructurales, lo elementos para una discusión clave en Colombia. Entre los interrogantes que deberá afrontar esta definición se pueden mencionar algunos. El primero de ellos, consiste en la independencia que tienen los órganos del poder público en la toma de sus decisiones. Si bien, a la luz del art. 113 inc. 2° de la Constitución Política, existe una colaboración armónica de poderes, cada órgano toma, en últimas, sus propias decisiones. El problema surge cuando alguna de las instituciones interfiere directamente en las decisiones tomadas por otra. Ejemplo de ello es el aparente desbordamiento de competencias de la Corte Constitucional, la cual, a través de su jurisprudencia ha invadido las esferas de actuación de las otras ramas del poder, bien sea estableciendo las formas en que la política pública debe realizarse –restringiendo así el margen de competencia del gobierno–, o bien atribuyéndose facultades legislativas de carácter negativo o positivo. ¿Cómo puede este desbordamiento afectar la “armonía” entre los poderes públicos? ¿Puede llegar, este desbordamiento de facultades, a detener o impedir el ejercicio de la acción estatal para la consecución de tareas constitucionales?

Otro problema que ofrece esta definición, se encuentra en las reglas de ponderación de intereses. Aunque, en principio, puede decirse que la decisión debe tener como criterio de ponderación la supremacía de la Constitución Política, existen casos en los cuales, el Estado se encuentra ante la necesidad de atender dos tareas, especialmente la protección de derechos, que ostentan el mismo rango. Ante esta situación, las reglas de ponderación jurisprudencial parecen ser claras; sin embargo, en materia de decisión legislativa y gubernamental, esas reglas no lo son. Por una parte, en el escenario representativo –legislativo–, las reglas de ponderación están sujetas al diálogo de intereses representados en el Congreso, así como de lobby de ciertos actores para encontrar un representante de intereses. En el escenario gubernamental, a su vez, las reglas de ponderación se encuentran sujetas a la convergencia de distintos factores, los cuales condicionan el margen de discrecionalidad gubernamental. ¿Qué ocurre si las decisiones tomadas en sede legislativa y en sede gubernamental son contrarias? Y, ¿qué ocurre si las reglas de ponderación legislativa y gubernamental no coinciden con las reglas de ponderación jurisdiccional, especialmente constitucional? Ante el choque de reglas, ¿podría hablarse de una tarea no cumplida?

Un tercer problema es el de los límites estatales para la prevención de injerencia de poderes fácticos en la democracia. Ejemplo de ello, son los diálogos de paz. Si bien la paz está consagrada constitucionalmente, como un derecho y como

una meta que debe alcanzar el Estado y la sociedad, la consecución de dicha meta debe respetar unos valores constitucionales. ¿Cuáles son los criterios de negociación ante poderes fácticos para la obtención de derechos como la paz? ¿Qué es lo que puede y no puede negociar el Estado? Si el Estado negocia un punto, que puede llegar a afectar el derecho constitucional de un individuo o de un grupo, ¿quién y cómo responde ante la vulneración de dicho derecho? ¿Podría hablarse de un sacrificio de derechos en pro de la consecución de una meta?

Estos temas, junto con otros, llevan, a futuro, al estudio de la efectividad y eficacia de la gobernabilidad constitucional democrática, es decir, al estudio de la protección real de derechos ciudadanos y a la elección de mecanismos idóneos, no solo en clave de legitimidad, sino también de prontitud, transparencia e inversión estatal. ¿Cuáles serían los criterios para establecer que la gobernabilidad constitucional es efectiva y eficaz? ¿Cuáles serían, dentro de esos criterios, los mínimos que debe respetar el Estado colombiano?

¿Cómo influirían esos criterios en el diseño de políticas legislativas, planes de gobierno, políticas públicas y decisiones judiciales? Estas son las preguntas que arroja la definición planteada.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### ESTABILIDAD EN EL EMPLEO – ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN JURÍDICO VENEZOLANO

- Alonso, M. (1985). Derecho del trabajo. Madrid: Universidad de Madrid.
- Caldera, R. (1960). Derecho del Trabajo. T. I. 2ª ed. Buenos Aires: El Ateneo, p. 179.
- De Buen Lozano, N. (1977). El derecho al trabajo. Estudios sobre derecho laboral, homenaje a Rafael Caldera. T. I. Caracas: Editorial Sucre, pp. 101-122.
- Ermida Uriarte, O. (2011). Meditación sobre el derecho del trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra, N° 1. Montevideo, pp. 7-12.
- El nuevo derecho mexicano del trabajo. (1990) T I. 12ª ed. México: Editorial Porrúa.
- El Universal. (2012). Domésticos están excluidos de la inamovilidad laboral.
- Mantero de San Vicente, O. (1996). Derecho del trabajo de los países del Mercosur (un estudio de derecho comparado). Primera Parte. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Real Academia Española (2006). Diccionario esencial de la lengua española. Madrid: Espasa Calpe.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14/9/2004.
- ESTADOS UNIDOS. Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Adair vs. United States (1908), citada por Ugarte Cataldo, José Luis (2003): El libre despido en Estados Unidos: apuntes sobre el mito. Derecho Laboral. T. XLVI, N° 209, enero-marzo. Américo Plá Rodríguez y Héctor-Hugo Barbagelata, directores. Montevideo, p. 51.

- VENEZUELA. Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 481 del 11 de abril de 2011.
- VENEZUELA. Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 1952 del 15 de diciembre de 2011.
- VENEZUELA. Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 1063 del 5 de agosto de 2014.

#### **LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO Y EL ANÁLISIS DEL *IN DUBIO PRO OPERARIO*. REALIDADES Y RETOS**

- De la Villa, L. E. y López, L. (2003). Los principios del derecho del trabajo. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Pasco, M. (1997). Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo. Lima: Aele.
- Pinilla, E. (2000). Cátedra de Derecho Laboral I. I semestre. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- De la Cueva, M. (1996). El nuevo derecho mexicano del trabajo. México: Porrúa. p. 84.
- Plá, A. (1990). Los principios del derecho del trabajo. Segunda Edición, reimpresión. Buenos Aires: Depalma.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de febrero de 2011. Rad. 40662. M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-594 de 20 de noviembre de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia del 21 de septiembre de 2000. Radicación número: 470-99. C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.
- COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Radicación número:

---

25000-23-25-000- 2005-07921-01(1555-07). C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

• COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sección Segunda. Sentencia del 4 de septiembre de 1992. Radicación No. 4929, M. P. Hugo Suescún Pujols.

• COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sección Segunda. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Radicación No. 6734, M. P. Rafael Méndez Arango.

• COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 9 de octubre de 1997. Radicación No. 9914, M. P. Jorge Iván Palacio.

• COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 7 de febrero de 2002. Radicación No. 16965, M. P. Carlos Isaac Nader. República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 13 de marzo de 2007. Radicación No 28200, M. P. Isaura Vargas Díaz.

• COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de abril de 2007. Radicación No. 29313, M. P. Eduardo López Villegas. (Rad. 4929 de septiembre 4 de 1992).

• COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 29 de julio de 2009. Radicación No. 36499, M. P. Luis Javier Osorio López.

• República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 8 de agosto de 2007. Radicación No. 29472, M. P. Isaura Vargas Díaz.

• República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 23 de agosto de 2006. Radicación No. 27466, M. P. Isaura Vargas Díaz.

• República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de febrero de 2007. Radicación N° 29692, M. P. Luis Javier Osorio López.

- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 2 de febrero de 2010. Radicación No. 34711, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Radicación No. 41122, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza y Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de octubre de 2006. Radicación No. 27425, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 21 de marzo de 2007. Radicación No. 29998, M. P. Luis Javier Osorio López.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de septiembre de 2008. Radicación No. 34846, M. P. Luis Javier Osorio López.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de octubre de 2006. Radicación No. 27425, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 20 de mayo de 2009. Radicación No. 35431, M. P. Luis Javier Osorio López.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de agosto de 2009. Radicación No. 36549, M. P. Luis Javier Osorio López.
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de febrero de 2011. Radicación No. 40662, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 2 de agosto de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



- 
- Gómez Gonzáles B, E. A. (2006). Revista Mexicana de Neurocirugía.
  - Núñez, L. A. (2008). El estrés: conocimiento de algunos aspectos esenciales. Transporte, Desarrollo y Medio Ambiente, Vol. 29 N° 2-3 (61).
  - Christina Maslach, S. E. (1981). THE MEASUREMENT OF EXPERIENCED BURNOUT. JOURNAL OCCUPATIONAL BEHAVIOUR, 99-113.
  - OUSTAU DE LAFONT, F. (2009). CAPITULO III - PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL. En TRATADO DEL DERECHO DEL TRABAJO (pág. 185). BOGOTA: GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ. TOMO I. 3° EDICION.
  - GUERRERO, F. G. (2011). III. PRINCIPIO DE LA CONTINUIDAD O ESTABILIDAD. En MANUAL DEL DERECHO DEL TRABAJO. BOGOTA D.C.: LEYER. SEPTIMA EDICION.
  - Escobar Henríquez, F. (1994). Despidos Anulables, Ilícitos e Ineficaces: Consecuencias Jurídicas. Revista Actualidad Laboral No. 80, 6-16.
  - OSSORIO, M. (1° Edición Electrónica). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES. Guatemala: Datascan, S.A.
  - Moreno, M. (2003). Alternativas en la terminación del Contrato de Trabajo. Medellín: LIBRERÍA SEÑAL EDITORA.
  - FRANCISCO, P. (2015). Carta Encíclica Laudato sí. Roma: Tipografía Vaticana.
  - Naranjo, L. D., & Garzón Peña, E. (2010). La salud en Colombia. Bogotá: Ciencia y Derecho.
  - Botero, L. (1992). Las maquilas en Colombia. Deslinde, 67 -76.
  - Ghiotto, L., & Pascual, R. (2010). Trabajo decente versus trabajo digno: acerca de una nueva concepción del trabajo. Revista Herramienta.

- CIDEIBER. (2006). Productos de Colombia.com. Recuperado el 11 de Octubre de 2012, de <http://www.productosdecolombia.com/main/guia/ZonaFranca.asp>
- Vega, R., Núñez Espinel, L. Á., & Pereira, A. (2009). Petróleo y protesta obrera. La USO y los trabajadores petroleros en Colombia. Bogotá: Corporación Aury Sará Marrugo.
- Garay, L. J. (2004). banrepcultural.org. Recuperado el 11 de Octubre de 2012, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industrialatina/168.htm>
- Antunes, R. (1999). ¿Adiós al trabajo? Buenos Aires: Editorial Antídoto.
- Vega, R. (2010). Los economistas neoliberales: nuevos criminales de guerra. Bogotá: Impresol Ediciones.
- Contreras, O. (2000). Empresas globales, actores locales: Producción flexible y aprendizaje industrial en las maquiladoras. México: El Colegio de México.
- Asociación Latinoamericana de la Industria del Petróleo ALIP. (s.f.). Asociación Latinoamericana de la Industria del Petróleo - ALIP. Recuperado el 31 de Mayo de 2013, de [http://www.alip.org/docs/Historias/breve\\_historia\\_petrolera\\_colombia.pdf.pdf](http://www.alip.org/docs/Historias/breve_historia_petrolera_colombia.pdf.pdf)
- Bucheli, M. (1991). La crisis del enclave bananero del Magdalena en los 60s. Historia Crítica, 107-124.
- Villegas, J. (1982). Petróleo, oligarquía e imperio. Bogotá: El Ancora Editores.
- Contreras, O. (2000). Empresas globales, actores locales: producción flexible y aprendizaje industrial en las maquiladoras. México: El Colegio de México.
- Ley 1004, 1004 de 2005 (Congreso de Colombia 30 de Diciembre de 2005).
- Bernard GERNIGON, A. O. (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. Revista Internacional del Trabajo. Vol. 1, 1.

- GERNIGON, B., ODERO, A., & GUIDO, H. (2000). Principios de la OIT sobre negociación Colectiva. Revista internacional del trabajo. Volumen 119, 1.
- OIT. (1998 a). Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT.
- KELLERSON, H. (1998). La declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: un reto para el futuro. Revista Internacional del trabajo. Volumen 117, 243-248.
- ROQUETA Buj, R. (1996). Negociación colectiva en la función Pública. Valencia: Universidad de Valencia.
- OIT. (2013). La Negociación Colectiva en la administración Pública. Un camino a seguir. Ginebra.
- NUÑEZ CANTILLO, A., & VARGAS LAVERDE, A. (2011). NULIDADES CIVILES SUSTANTIVAS PROCESALES. TEORIA Y PRACTICA -LEGISLACION- JURISPRUDENCIA - COMENTARIOS. Bogotá: EDICIONES JURIDICA RADAR.
- Canosa Torrado, F. (2013). LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS. Incumplimiento y mutuo disenso. Introducción a la Teoría General del Negocio. Manual de Práctica Forense. Concordado con la Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso. Bogotá D.C.: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.
- GARAVITO, C. A. (2013). Las lagunas de derecho en las ineficacias del negocio jurídico. Nueva época, 185.
- VALENCIA ZEA, A. (2011). Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas. Bogotá: Temis.

#### **RIESGOS LABORALES EN EL TELETRABAJO**

- Thibault Aranda, X. (Madrid. 1998. n.º. 11) “Aspectos jurídicos del teletrabajo”. Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- Davara Rodríguez, M. A. (1996/1997) “La mecanización de la actividad profesional o un nuevo concepto de trabajo”. X Encuentros sobre Informática y Derecho., p. 390.
- Morán, J. M. (Madrid, 1998, nº. 11) “Del teletrabajo a la empresa virtual (El futuro del trabajo en la sociedad digital)”. Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Información obtenida de [www.ciberestrella.com](http://www.ciberestrella.com)
- Ministerio de Trabajo. ABC del Decreto reglamentario del teletrabajo. Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos [Recurso en línea] <file:///C:/Users/JERALDINE/Downloads/Abece%20del%20Teletrabajo.pdf>
- Fundación para la prevención de riesgos laborales. (2009, Número 67) Boletín para la PRL. Recurso recuperado de <http://www.ugt.es/publicaciones/boletinprl67.pdf>
- Martínez, F. (2008, número 45) Teletrabajo, seguridad y salud sin importar la distancia. Recurso recuperado de en [http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio%20Publica/Documents/Empleats%20publics/politiques\\_socials/Teletreball/Arxius/Altres%20documents/manuals%20i%20articles/Teletrebal%20seguridad%20y%20salud.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio%20Publica/Documents/Empleats%20publics/politiques_socials/Teletreball/Arxius/Altres%20documents/manuals%20i%20articles/Teletrebal%20seguridad%20y%20salud.pdf)
- Colombia Digital. (4 de octubre de 2013). Teletrabajo y riesgos laborales. Recurso recuperado de <http://www.colombiadigital.net/teletrabajo/item/5761-teletrabajo-y-riesgos-laborales.html>
- Teletrabajo. Consideraciones jurídicas y legales para el teletrabajo [Recurso en línea] <http://teletrabajo.8manos.in/consideraciones-juridicas-y-legales-para-teletrabajar/guia-tecnica-para-la-promocion-de-la-salud-y-la-prevencion-de-los-riesgos-laborales-en-el-teletrabajo/guia-tecnica-para-la-promocion-de-la-salud-y-la-prevencion-de-los-riesgos-laborales-en-el-teletrabajo/>
- UV. Empleo y nuevas tecnologías. Prevención de riesgos laborales, Pantalla de visualización. [Recurso en línea] [http://www.uv.es/selva/guiaempleo/NT\\_8e.htm](http://www.uv.es/selva/guiaempleo/NT_8e.htm)

#### **EL CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO. UNA APROXIMACIÓN A SU DEFINICIÓN JURÍDICA**

- Campos, D. (1997). Derecho Laboral Colombiano. Temis.

- 
- Rozo, E. (1990). Diccionario de política y derecho público. ESAP.
  - Osorio, M. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
  - Ortiz Palacios, Iván David. (2009). Derribando los obstáculos al derecho laboral. Vol. II. Equipo Jurídico de la CUT. Bogotá: Opciones Gráficas Editores Ltda.
  - Campos, D. (1997). Derecho Laboral Colombiano. Edición 6ª. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
  - González, G. (1979). Derecho colectivo del trabajo. Bogotá: Biblioteca Banco Popular.
  - Ostau de Lafont de León, F. (2006). Tratado de derecho del trabajo, Tomo II. Bogotá: Editorial Ibáñez.
  - González, E. (2010). La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
  - Guerrero, G. (2000). Derecho colectivo del trabajo. Bogotá: Editorial Leyer.
  - Ospina, E. (2013). Derecho colectivo del trabajo. Bogotá, 2013.
  - Alonso, M. (1981). Curso de derecho del trabajo. Madrid: Séptima edición. Ariel.
  - De la Cueva, M. (1959). El nuevo derecho mexicano del trabajo. Editorial Porrúa. Volumen II, p. 756.
  - Sala, T. y Otro. (2003). Derecho sindical. Valencia, España: Ediciones Tirant Lo Blanch.
  - COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia, T-1166/04, M. P. Jaime Araújo Rentería.
  - COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia, T-1166/04, M. P. Jaime Araújo Rentería.

- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Homologación Acta No. 8. Radicación No. 14010, M. P. Francisco Escobar Henríquez, Santafé de Bogotá, D.C., marzo 17 de 2000.
- Sarkis, B. y otro. (2001). Administración de los conflictos laborales. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Sarkis, B y otro, Op. cit., p. 331.

#### **NEGOCIACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO**

- Gómez Gonzáles B, E. A. (2006). Revista Mexicana de Neurocirugía.
- Núñez, L. A. (2008). El estrés: conocimiento de algunos aspectos esenciales. Transporte, Desarrollo y Medio Ambiente, Vol. 29 N°2-3 (61).
- Christina Maslach, S. E. (1981). THE MEASUREMENT OF EXPERIENCED BURNOUT. JOURNAL OCCUPATIONAL BEHAVIOUR, 99-113.
- OUSTAU DE LAFONT, F. (2009). CAPITULO III - PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL. In TRATADO DEL DERECHO DEL TRABAJO (p. 185). BOGOTA: GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ. TOMO I. 3° EDICION.
- GUERRERO, F. G. (2011). III. PRINCIPIO DE LA CONTINUIDAD O ESTABILIDAD. In MANUAL DEL DERECHO DEL TRABAJO. BOGOTA D.C.: LEYER. SEPTIMA EDICION.
- Escobar Henríquez, F. (1994). Despidos Anulables, Ilícitos e Ineficaces: Consecuencias Jurídicas. Revista Actualidad Laboral No. 80, 6-16.
- OSSORIO, M. (1° Edición Electrónica). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES. Guatemala: Datascan, S.A.
- Moreno, M. (2003). Alternativas en la terminación del Contrato de Trabajo. Medellín: LIBRERÍA SEÑAL EDITORA.

- 
- FRANCISCO, P. (2015). Carta Encíclica Laudato sí. Roma: Tipografía Vaticana.
  - Naranjo, L. D., & Garzón Peña, E. (2010). La salud en Colombia. Bogotá: Ciencia y Derecho.
  - Botero, L. (1992). Las maquilas en Colombia. *Deslinde*, 67 -76.
  - Ghiotto, L., & Pascual, R. (2010). Trabajo decente versus trabajo digno: acerca de una nueva concepción del trabajo. *Revista Herramienta*.
  - CIDEIBER. (2006). Productos de Colombia.com. Retrieved 11 de Octubre de 2012 from <http://www.productosdecolombia.com/main/guia/Zona Franca. Asp>
  - Vega, R., Núñez Espinel, L. Á., & Pereira, A. (2009). Petróleo y protesta obrera. La USO y los trabajadores petroleros en Colombia. Bogotá: Corporación Aury Sará Marrugo.
  - Garay, L. J. (2004). [banrepcultural.org](http://www.banrepcultural.org). Retrieved 11 de Octubre de 2012 from <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industralatina/168. Htm>
  - Antunes, R. (1999). *¿Adiós al trabajo?* Buenos Aires: Editorial Antídoto.
  - Vega, R. (2010). *Los economistas neoliberales: nuevos criminales de guerra*. Bogotá: Impresol Ediciones.
  - Contreras, O. (2000). *Empresas globales, actores locales: Producción flexible y aprendizaje industrial en las maquiladoras*. México: El Colegio de México.
  - Asociación Latinoamericana de la Industria del Petróleo ALIP. (n.d.). Asociación Latinoamericana de la Industria del Petróleo - ALIP. Retrieved 31 de Mayo de 2013 from [http://www.alip.org/docs/Historias/breve\\_historia\\_petrolera\\_colombia.pdf](http://www.alip.org/docs/Historias/breve_historia_petrolera_colombia.pdf)
  - Bucheli, M. (1991). La crisis del enclave bananero del Magdalena en los 60s. *Historia Crítica*, 107-124.

- Villegas, J. (1982). *Petróleo, oligarquía e imperio*. Bogotá: El Ancora Editores.
- Contreras, O. (2000). *Empresas globales, actores locales: producción flexible y aprendizaje industrial en las maquiladoras*. México: El Colegio de México.
- Ley 1004, 1004 de 2005 (Congreso de Colombia 30 de Diciembre de 2005).
- Bernard GERNIGON, A. O. (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 1, 1.
- GERNIGON, B., ODERO, A., & GUIDO, H. (2000). Principios de la OIT sobre negociación Colectiva. *Revista internacional del trabajo*. Volumen 119, 1.
- OIT. (1998 a). *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: OIT.
- KELLERSON, H. (1998). La declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: un reto para el futuro. *Revista Internacional del trabajo*. Volumen 117, 243-248.
- ROQUETA Buj, R. (1996). *Negociación colectiva en la función Pública*. Valencia: Universidad de Valencia.
- OIT. (2013). *La Negociación Colectiva en la administración Pública. Un camino a seguir*. Ginebra.
- NUÑEZ CANTILLO, A., & VARGAS LAVERDE, A. (2011). *NULIDADES CIVILES SUSTANTIVAS PROCESALES. TEORIA Y PRACTICA -LEGISLACION- JURISPRUDENCIA - COMENTARIOS*. Bogotá: EDICIONES JURIDICA RADAR.
- Canosa Torrado, F. (2013). *LARESOLUCION DE LOS CONTRATOS. Incumplimiento y mutuo disenso. Introducción a la Teoría General del Negocio. Manual de Práctica Forense. Concordado con la Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso*. Bogotá D.C.: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.



- GARAVITO, C. A. (2013). Las lagunas de derecho en las ineficacias del negocio jurídico. Nueva época, 185.
- VALENCIA ZEA, A. (2011). Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas. Bogotá: Temis.

#### PÁGINAS ELECTRÓNICAS

- Villegas, J. (2013) “Decreto 1092 de 2012: Negociación colectiva y sindicatos de empleados públicos”. . Versión electrónica. Recuperado de: <http://empleadospublicos.co/decreto-109212-cartilla-pedagogica/>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2011). “El papel de la negociación colectiva en la economía mundial: negociar por la justicia social”. Recuperado de: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/publ/documents/publication/wcms\\_159208.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/publ/documents/publication/wcms_159208.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2008). Conferencia Internacional del Trabajo 97ª reunión. La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica. Recuperado de: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms\\_096124.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_096124.pdf)
- Ministerio de Trabajo y Departamento Administrativo de la Función Pública. (2012) “Cartilla de publicitación del Decreto 1092 de 2012”. Recuperado de: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX\\_PUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312296:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312296:NO)

#### ORALIDAD LABORAL: METODOLOGÍA PROCEDIMENTAL

- Alvarado, A. Introducción al estudio del derecho procesal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1989, t. I, Lección 13.
- Álvarez, E. (2008). La oralidad y su importancia en el derecho. Panamá: Instituto de Estudios Políticos e Internacionales.
- Aristóteles. Metafísica, V, 1, 1012b. México: Editorial Porrúa, México, Libro V.
- Austin, J. L. (1979). Philosophical papers. Oxford: Oxford University Press.

- Briseño, H. (1969). Derecho procesal. México, D.F.: Cárdenas Editor.
- Corte Constitucional. Sentencia C-029/95, M. P. Jorge Arango Mejía; Sentencia C-104 de 1993.
- Echeverría, R. (1994). Ontología del lenguaje. Santiago de Chile. Chile. Dolmen Ediciones,
- Diario Oficial: Ley 1149 del 13 de julio de 2007; Ley 712 de 2001; Decreto 2158 de 1948; Ley 1210 del 14 de julio de 2008; Ley 446 de 1998; Ley 794/03; Acto Legislativo No. 01 del 25/29 de julio de 2005; Constitución Política de Colombia de 1991; Constitución Nacional de 1886; Código de Procedimiento Civil, Decretos 1400 y 2019 de 1970, agosto 6 y octubre 26, y D.E. 2282/89; Ley 105 de 1931, Código Judicial; Ley 1285 del 22 de enero de 2009 y Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; Ley 1564 de 2012, por medio del cual se expide el Código General del Proceso y Decreto de Correcciones 1736 de 2012.
- Goldschmidt, J. (1961). Principios generales del proceso. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ejes.
- Jiménez, E. (2001). Antecedentes de la Reforma al Código Procesal Laboral. En: Reforma al Procedimiento Laboral. Bogotá, Colombia: Legis.
- Igartua, J. (2003). La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Gorla, G. (1981). Diritto comparato e diritto comune europeo. Milán.
- Meroi, A. 2009. Oralidad y proceso civil. En: Oralidad y proceso, una perspectiva desde Iberoamérica. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Prieto., L. (2003). Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
- Órgano del Ministerio de Trabajo. (1948). Exposición de motivos del proyecto de ley ‘sobre procedimiento en los juicios del trabajo’ (Decreto No. 2158 del 24 de junio de 1948, D.O. 26754), del Ministro de Trabajo, Evaristo Sourdis. Trabajo. No. 2-3, Vol.

- Rocco, H. Trattato di diritto processuale civile, T.I, Torino.
- Santofimio, J. O. (2011). Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Taruffo, M. La fisionomia della sentenza. *Ámbito Jurídico* No. 394, 2014.

#### **FACTICIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL**

##### **Leyes**

- Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso, art. 590.
- Decreto 2158 de 1948. Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, art. 85A y 145.

##### **Jurisprudencia**

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1993, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-056 de 1996, M. P. Dr. Jorge Arango Mejía.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-886 de 2004, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-162 de 2005, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

##### **Referencias Web**

- Alvarado, A. (2013). El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/35adolfo-alvarado-velloso.pdf>

- Parra, J. (2012). Medidas cautelares innominadas. Apuntes al Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>
- Rangel, A. (2015). Las medidas cautelares innominadas. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Recuperado de: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf> Andrews, S. Fasc.

### **ÁMBITO JURÍDICO QUE OCUPA LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA RELACIÓN LABORAL**

- Constitución Política de Colombia. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>
- Cassese S. (1994). Las bases del derecho administrativo. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Recuperado de [https://books.google.com.co/books?id=669Yokst9HoC&pg=PA5&hl=es&source=gb\\_s\\_selected\\_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.co/books?id=669Yokst9HoC&pg=PA5&hl=es&source=gb_s_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false)
- Congreso de Colombia. Ley 1610 de 2013. Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las Inspecciones del Trabajo y los acuerdos de formalización laboral.
- Congreso de Colombia. Ley 1444 de 2011. Por medio de la cual se escinden unos ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración pública.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1995. Ref.: Expediente D-699, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-265/13. Referencia: Expediente T-3347202, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.
- COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D. C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 54001-23-31-000-1999-00111-01 (23358).

- Código Sustantivo del Trabajo. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. Decreto 4108 de 2011. Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo.
- Ministerio de Trabajo. Resolución 2143 de 2014. Por la cual se asignan competencias a las direcciones territoriales y oficinas especiales e inspecciones de trabajo.
- Parada, J. R. (2012). Concepto y fuentes del Derecho Administrativo. Madrid-España. Marcial Pons. Segunda edición. Recuperado de <http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689991.pdf> recuperado el 22/06/15
- Organización Internacional del Trabajo. (1947). C081 - Convenio sobre la Inspección del Trabajo. Recuperado de [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312226](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100_INSTRUMENT_ID:312226)
- Saborío, R. (2002). Eficacia e invalidez del acto administrativo. San José, C.R.: Editorial Juricentro. Tercera Edición.
- Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 1996. Párrafos 29 y 310.

**RESTRICCIONES QUE PROHÍBEN LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA DESEMPEÑAR UNA FUNCIÓN PÚBLICA**

- Código Sustantivo del Trabajo.
- Constitución Política de Colombia.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 406/1992.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 056/1993.

- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 154/1997.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 094/2003.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 901/2008.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 614/2009.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 733/2009.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 171/2012.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 288/2014.
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de julio 18 de 1995.
- COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 909 (23/septiembre/2004).
- Parejo, L. (1982). Estado social y Administración pública. Madrid, España: Editorial Civitas S. A.

**CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN COMO TRABAJO REMUNERADO EN COLOMBIA: ANÁLISIS Y PERSPECTIVA DEL DESARROLLO DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS TRABAJADORAS Y TRABAJADORES SEXUALES**

- Beltrán, I., Salcedo, E. Rubio, M. Edad, educación e ingresos por servicios sexuales en 349 prostitutas en Bogotá. Revista Método. Grupo Transdisciplinario de Investigación en Ciencias Sociales.
- Bolaño, A. 2010. La prostitución desde una perspectiva de los derechos humanos. Ponencia para la Comisión Mixta Congreso-Senado. España.

- Corporación Humanas – Colombia. Comentarios de Eclipse Total: Ocultar Mostrando a Proyecto de Ley 079 de 2013. En materia de derechos humanos. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, es un centro de estudios y acción política feminista, cuya misión es la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres, el Derecho Internacional Humanitario y la Justicia de Género en Colombia y Latinoamérica, p. 2.
- Dirección Técnica de Salud y Bienestar Social, Subdirección de Análisis Sectorial. (2004). Estudio sectorial “la prostitución como problemática social en el Distrito Capital”. Plan Anual de Estudios (PAE)
- Economics of Security. (2012). “Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking?” Institute for Economic Research. p. 34.
- García, C. M., Eslava, J. C. y Vega, R. 2002. La Organización Panamericana de la Salud y el Estado colombiano. Universidad Nacional de Colombia.
- Giraldo, D. 1995. Alternativas a la prostitución en Tailandia. Publicado en Género y Equidad. p. 12.
- Gala D, C. (2007). Una aproximación, desde la perspectiva jurídico-laboral, a la regulación de la prostitución. VII Jornadas de Pensamiento Crítico.
- Junco, C. (2006). Prostitución en la calle y precariedad. Publicado en la revista: Materiales de Reflexión. Número 6.
- Nieto, J. M. Trabajo sexual: entre derechos laborales y condenas morales... o el liberalismo en conserva. Comentario sobre la Sentencia T-629 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia. Estudios de Género –PAGU de la Universidad de Campinas–UNICAMP, Brasil.
- Rúa S, J. C. (2013). El derecho a prostituirse. La prostitución a la luz del derecho laboral. Revista electrónica: Diálogos de derecho y política. Número 8.
- Salas, M. y Vila, F. El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena. Observatorio Jurídico-

laboral sobre violencia de género patrocinado por el Instituto de la Mujer dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

### **Normas**

- Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Publicada en el Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000, artículo 213.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1236 de 2013. “Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”. Publicada en el Diario Oficial 47059 de julio 23 de 2008.
- Código de Policía de 1886. Capítulo XII. “Otras faltas contra la moralidad y buenas costumbres”.
- Código Penal de Colombia. Decreto Ley 100 de 1980. “Por medio del cual se expide el Código Penal”. Publicado en el Diario Oficial No. 35.461 de 20 de febrero de 1980, artículo 308.
- Decreto 1395 de 1970. “Por el cual se dictan normas sobre Policía”, artículo 178.
- Convención para prevenir todas las formas de discriminación en contra de la mujer. Sancionada en Colombia mediante la Ley 51 de 1981.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Sancionada por Colombia mediante la Ley 279 de 1997.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Publicada en el Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000, artículo 213.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1236 de 2013. “Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual. Publicada en el Diario Oficial 47059 de julio 23 de 2008.



• COLOMBIA. Concejo de Bogotá. Acuerdo 079 de 2003. “Por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá, D.C.”, publicado en el Registro Distrital No. 2799 de enero 20 de 2003.

• Ordenanza N° 12 de 24 de marzo de 1914.

• Proyecto de Ley. Senado de la República, Proyecto de Ley 079 de 2013. Exposición de motivos. Gaceta del Congreso 669 del 2013, p. 18.

### • **Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**

• COLOMBIA. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-620 de 1995. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

• COLOMBIA. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-620 de 1995. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

• COLOMBIA. Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-476 de 1997. Magistrado Ponente Hernán Villamil Camacho.

• COLOMBIA. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-629 de 2010. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

### Referencias Web

• Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. (2013). Comentarios al proyecto de Ley 79 de 2013 Senado. Recuperado de: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=1275&p\\_numero=79&p\\_consec=39073](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1275&p_numero=79&p_consec=39073).

• Carreño, P. El proyecto de ley que reglamenta la prostitución en Colombia. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7718-el-proyecto-de-ley-que-reglamenta-el-ejercicio-de-la-prostitucion-en-colombia.html>

### **EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LA JUSTICIA LABORAL CON BASE EN LAS CONVENCIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: CAMINOS PARA LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL**

• Allard, Julie, Garapon, Antoine. Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.585/TO. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 9.587. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Brasília, 21 de agosto de 1951. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 71.154. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Brasília, 25 de agosto de 1971. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- Brasil, Tribunal Regional do Trabalho. Região 04. Recurso Ordinário 0070000-85.2009.5.04.0741. Relator: Desembargador Milton Varela Dutra. Porto Alegre, 10 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 28 jun. 2010.
- CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)> Acesso em: 02.08.2010.
- CIDH, Caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 2 de fevereiro de 2001. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf)> Acesso em: 02.08.2010.

- CIDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)> Acesso: 05.08.2010.
- CIDH, Opinião Consultiva nº 18, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)> Acesso em: 05.08.2010.
- Delmas-Marty, Mireille. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Paris: Fayard, 2003.
- Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes Du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.
- Gomes, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2033, 24 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12241>>. Acesso em: 23 jul. 2010.
- Mazzuoli, O. (2009). Controle jurisdicional da convencionalidade de las leis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Mazzuoli, V. (2009) Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: *Revista da Ajuris*. Ano XXXVI – Nº 113.
- Meirelles, H., Wald, A. y Mendes, G. (2009). Mandado de segurança e ações constitucionais. 32ª Ed. com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros.
- Müller, O. (2009). Paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais
- Piovesan, F. (2008). Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva.
- Piovesan, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

- Süsskind, A. (2008). *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1987.
- Rey Cantor, Ernesto. *Control de la convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Editorial Porrúa.

#### **LES REFORMES DES SYSTEMES DE PROTECTION SOCIALE AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE: UN MODELE DE PROTECTION UNIQUE**

- Barbier, Jean-Claude. *Modèle social européen et gouvernance européenne*. *Informations sociales*, 2013/1 n° 175, p. 26-32.
- Bickel, J. 1980. *Introduction à l'analyse des politiques sociales*. Université de Fribourg, p. 3.
- Boyer, R. (2007). *Comment concilier solidarité sociale et efficacité économique à l'ère de la globalisation: une lecture régulationniste*. In: Serge Paugam (dir), *Repenser la solidarité, l'apport des sciences sociales*, PUF, coll. *Le lien social*, 2007, p. 887.
- Briggs, A. (1961). *The welfare state in historical perspective*. *European Journal of Sociology*. Volume 2. Issue 02, 221-258. p. 228.
- Castel, R. (2006). *Et maintenant, le précarariat*, Le Monde.
- Chapon, S. y Euzéby, C. (2002). *Vers une convergence des modèles sociaux européens?* *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, 2/2002, p. 1.
- Communication d'A. Piettre *Fondements, Moyens et organes de la répartition du revenu national*. Aux 35<sup>o</sup> semaines sociales de Dijon 1952, Édition de la *Chronique Sociale*.
- De Schutter, O. (2004). *Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux*. In: Olivier de Schutter et Paul, Nihoul (Ed.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-117.
- Esping-Andersen, G. y Palier, B. (2008). *Trois leçons sur l'Etat-providence*, éd. Seuil et La République des Idées.

- 
- Ferrera, M. (2005). *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*. Oxford University, p. 51.
  - J-P Lhernould, notes sous les arrêts Ninni-Orasche et Grzelczyk, RDSS, 2004, p. 73 et Droit social, 2001, p. 1103.
  - Kaprielian, J. (2011). Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union: un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ? *Jurisdoctoria* n° 6, p. 75.
  - Leibfried, S. y Starke, P. Transforming the 'Cordon Sanitaire': the liberalization of public services and the restructuring of European welfare states. *Socio-Economic Review*. Oxford University Press. N° 6, p. 175-198. Review symposium of the book *Boundaries of Welfare: European Integration & the New Spatial Politics of Social Protection*, Ferrera, Maurizio.
  - Maillard, S. (2009). *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*. *Dr. Soc*, p. 88.
  - Maira, M. (2013) Quels impacts de la jurisprudence de la CJUE sur la protection sociale dans les États membres de l'Union européenne? Les cas de la Belgique, du Royaume-Uni et de la Suède, *Politique européenne* 2/2013 (n° 40), p. 121-129. URL: [www.cairn.info/revue-politique-europeenne-2013-2-page-121.htm](http://www.cairn.info/revue-politique-europeenne-2013-2-page-121.htm).
  - Mazuyer, E. (2007). *L'harmonisation sociale européenne: processus et modèle*. Ed., Bruylant.
  - Merrien, F., Parchet, R. y Kernen, A. (2005). *L'Etat social: une perspective internationale*. Éd., Armand Colin, p. 362.
  - Moussis, N. (2008). *Accès à l'Union Européenne: Droit, économie, politiques*. 13e édition révisée. Éd., European study service, 2008, p. 257.
  - Pierre, D. y C, L. *La nouvelle raison du monde: essai sur la société néolibérale*. Ed.: Paris: La découverte. 2017, p. 207.
  - Prpic, M. (2014). *Open Method of Coordination*. EPRS: European Parliamentary Research Service. At a glance. October.

- Quesada, L. J. 2010. La jurisprudencia europea sobre derechos sociales. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México- UNAM, p. 21.
- Sally, R. (1996) Ordoliberalism and the Social Market: Classical Political Economy form Germany. In: Patricia Commun (Dr.) L'Ordolibéralisme Allemand: Aux sources de l'Économie sociale de marché. CIRAC/CICC. 2003, p. 31.

### **Normes de droit communautaire**

- Recommandation 92/441/CEE du Conseil de l'Union européenne, du 24 juin 1992, portant sur les critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale.
- Recommandation 92/442/CEE du Conseil, du 27 juillet 1992, relative à la convergence des objectifs et politiques de protection sociale.
- Article 136 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (anciennement «Traité instituant la Communauté européenne»).
- Communication (1998) 243, 23 avril 1998.
- Art. 200 à 245, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (anciennement «Traité instituant la Communauté européenne»).
- Commission Européenne. Comprendre les politiques de l'union européenne: Concurrence. 2014. In: [http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/fr/competition\\_fr.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/fr/competition_fr.pdf)
- CJCE, 11 juill. 2002, D'Hoop contre office national de l'emploi.
- CJCE, 13 décembre 1994, SMW Winzersekt GmbH, aff. C-306/93. Rec., p. I-5555.
- CJCE, 20 Sept. 2001, Rudy Grzelczyk et centre d'aide sociale d'Ottignies- lovin-la-Neuve.
- CJCE, 7 Sept. 2004, Trojani contre Centre public d'aide sociale de Bruxelles. Affaire C-456/02.
- CJCE, 8 juin 1994, Commission contre Royaume Uni, Aff. C-382/92.

- CJCE, Christian Poucet contre A.G.F et Daniel Pistre contre C.A.N.C.A.V. Affaires jointes C 159/91 et C 160/91.
- CJCE, María Martínez Sala contre Freistaat Bayern. 12 mai 1998. Aff. C-85/96.
- CJCE, Nicolas Decker contre Caisse de Maladie des Employés Privés, 28 avril 1998. Aff. C 120/95.
- CJUE, 19 Fév. 2013. Pensionsversicherungsanstalt contre Peter Brey, aff. C-140/12.
- CJUE, Elisabeta Dano et Florin Dano contre Jobcenter Leipzig. 11 novembre 2014. Aff. C-333/13.
- CJUE, Question préjudicielle. 22 Décembre 2010, STJUE DEB et Bundesrepublik Deutschland, aff. C-279/09. §29.
- CJUE, Raymond Kohll Contre Union des Caisses de Maladie, 28 avril 1998. Aff. C 158/96.

#### **EL ESTRÉS EN EL GREMIO DE LOS TAXISTAS EN BOGOTÁ, UNA APROXIMACIÓN PELIGROSA AL BURNOUT**

- Española, R. A. (2001). Diccionario de la lengua española. España: Edición 22ª.
- Estrés laboral. (2013). Recuperado de <http://www.estreslaboral.info/sindrome-de-burnout.html>
- Gómez, B. E. A. (2006). Revista Mexicana de Neurocirugía.
- H., S. (1936). Syndrome produced by diverse nocuous agents Nature.
- Maslach, C. y Jackson, S. E. (1981). The Measurement of Experienced Burnout. Journal Occupational Behaviour, 99-113.
- Núñez, L. (2008). El estrés: conocimiento de algunos aspectos esenciales. Transporte, desarrollo y medio ambiente, Vol. 29 N° 2-3, p.61

- Robles TF, K. G. (2003). The physiology of marriage: pathways to health. *Physiol Behav*.
- Rodríguez A J. (2012). ¡Taxi! El modo olvidado de la movilidad en Bogotá. Bogotá, Colombia: Uniandes.

#### **EL CONTRATO LABORAL DEL SECTOR RURAL EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER**

- Alta Consejería para la Reintegración. (2008). Diagnóstico socioeconómico departamento de Santander. Recuperado de: [http://www.incoder.gov.co/documentos/Estrategia%20de%20Desarrollo%20Rural/Pertiles%20Territoriales/ADR\\_HOYA%20RIO%20SUAREZ/Documentos%20de%20apoyo/Diagnostico\\_Socio\\_Economico\\_Santander\[1\].pdf](http://www.incoder.gov.co/documentos/Estrategia%20de%20Desarrollo%20Rural/Pertiles%20Territoriales/ADR_HOYA%20RIO%20SUAREZ/Documentos%20de%20apoyo/Diagnostico_Socio_Economico_Santander[1].pdf) (24 de julio de 2012).
- Barona, R. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Criterio Jurídico Garantista*, 2 (2), 252-264. Recuperado de: [http://www.fuac.edu.co/recursos\\_web/documentos/derecho/revista\\_criterio/articulosgarantista2/16ricardobarona.pdf](http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/16ricardobarona.pdf) (22 de octubre de 2012)
- Código Sustantivo del Trabajo, Colombia, Legis (2012).
- Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo. (19 de octubre 2012). Conferencias 15 – 17. Recuperado de: [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama06\[art-3\].pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama06[art-3].pdf)
- COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Segunda. Fondo de Previsión Social del Congreso de la República. Radicado 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09) (2010).
- COLOMBIA. Corte Constitucional, Caballero / Gobernación de Santander. Sentencia de tutela 011 (1998).
- COLOMBIA. Corte Constitucional, Ochoa / literal b) parcial, del artículo 1º de la Ley 50 de 1990. Sentencia de Inconstitucionalidad 386 (2000).
- COLOMBIA. Corte Constitucional, Pabón / artículo 35 de la Ley 712 de 2001. Sentencia de Inconstitucionalidad 070 (2010).



- COLOMBIA. Corte Constitucional, Pabón / Demanda de inconstitucionalidad contra un segmento de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990. Sentencia de Inconstitucionalidad 521 (1995).
- COLOMBIA. Corte Constitucional, Quijano/Colmena A.R.P. Sentencia de Tutela 871 (2005).
- COLOMBIA. Corte Constitucional, Rodríguez & Díaz / Artículos 16 (parcial) y 156 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo. Sentencia de Inconstitucionalidad 177 (2005).
- Corte Constitucional, Suárez, Uribe, Arias & otros/ artículo 2º de la Ley 60 de 1990 y el Decreto Ley 1660 de 1991. Sentencia de Inconstitucionalidad 479 (1992).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Neira de Varón/ Instituto de Seguros Sociales. Radicado 40662 (2011).
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2012). Principales resultados del mercado laboral agosto 2012. Recuperado de: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol\\_ech\\_ago12.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_ech_ago12.pdf) (25 de octubre de 2012).
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2012). Conceptos básicos. Recuperado de: [http://www.dane.gov.co/files/inf\\_geo/4Ge\\_ConceptosBásicos](http://www.dane.gov.co/files/inf_geo/4Ge_ConceptosBásicos).
- Federación Nacional de Biocombustibles de Colombia. (2012). En el sector rural colombiano continúa creciendo el desempleo. Recuperado de: <http://www.fedebiocombustibles.com/v2/nota-web-id-628.htm>
- Gobernación de Santander. Secretaría de Agricultura. (2012). Recuperado de: [http://www.santander.gov.co/index.php?option=com\\_k2&view=item&layout=item&ii=128&Itemid=574](http://www.santander.gov.co/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&ii=128&Itemid=574)
- Leibovich, J., Nigrinis, M. & Ramos, M., (2012). Caracterización del mercado laboral rural en Colombia. Bogotá. D.C., Colombia. Recuperado de: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra408.pdf>
- León, F. (2010). Estrategias de virtualidad en la educación rural. El reto del e-learning 2.0 en los procesos de educación superior. La Educación Revista digital (143), 3. Recuperado de: <http://www>.

[educocoea.org/portal/La\\_Educacion\\_Digital/laeducacion\\_143/events/estrategiasdevirtualidadenlaeducacion.pdf](http://educocoea.org/portal/La_Educacion_Digital/laeducacion_143/events/estrategiasdevirtualidadenlaeducacion.pdf)

- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2012). Desempleo rural cayó a niveles mínimos históricos. Recuperado de <http://www.minagricultura.gov.co/inicio/noticias.aspx?idNoticia=1694> (16 de octubre de 2012).
- Ocampo, J., Perry, S. (1995). El giro de la política agropecuaria, capítulo 2, parte 2. Recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/elgiro/cap2a.htm>
- OIT, CEPAL & FAO (2012). Condicionantes laborales de la pobreza rural en América Latina. En: E. Klein. (Ed.). Políticas de mercado de trabajo y pobreza rural en América Latina. Tomo 1. P.14. Recuperado del sitio de internet de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura: [http://www.fao.org/alc/file/media/pubs/2012/politicas\\_mercado\\_trabajo\\_i.pdf](http://www.fao.org/alc/file/media/pubs/2012/politicas_mercado_trabajo_i.pdf) (18 de octubre de 2012).
- Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2011). Panorama Laboral 2011 América Latina y el Caribe. Recuperado de: <http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama11.pdf> (19 de octubre de 2012).
- Pachón, E. (2011, 7 de febrero). Desempleo rural fue del 8.5%. El Diario del Otún. Recuperado de: <http://www.eldiario.com.co/seccion/ECONOMICA/desempleo-rural-fue-del-8-5-110206.html>.
- Pérez, E., & Pérez, M. (2002). El sector rural en Colombia y su crisis actual. Cuadernos de Desarrollo Rural, (48) 37.

#### **LA DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA**

- Freedland, M. (2007). Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo. Revista Internacional del Trabajo, Vol. 126 núm. 1-2
- Locke, R. y Otros. (2007). Más allá de los códigos de conducta. Revista Internacional del Trabajo, Vol. 126 núm. 1-2.
- Tokman, V. (2007). Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina. Revista Internacional del Trabajo, Vol. 126), núm. 1-2.

- 
- García, J. (2007). Apuntes, documentos y comunicados. El libro verde europeo sobre el derecho laboral. *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 126 (núm. 1-2)
  - Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización. 2004. *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Ginebra: OIT.
  - Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2004. *Employment Outlook*. París.
  - Stiglitz, J. E. (2002). Empleo, justicia social y bienestar de la sociedad. *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 121, Núm. 1-2, pp. 9-31.
  - Piore, M y Schrank, A. (2008). Gestión de la flexibilidad e inspección del trabajo en el mundo latino. *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 127.
  - Saget, C. (2008). Fijación del salario mínimo en los países en desarrollo. Deficiencias y soluciones. *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 127
  - Rodríguez, J. A. (1986). El derecho al trabajo. Bogotá: Criterio *Revista de la Universidad Autónoma de Colombia*, pp. 37-49.
  - Rodríguez, J. A. (1994). Investigación y doctrina en derecho del trabajo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  - Rodríguez, J. A. (1998) *El nuevo derecho del trabajo*. Bogotá: Editorial Leyer.
  - Comisión Europea. Libro Verde sobre la modernización del derecho laboral: COM (2006) 708.
  - Gianni, L. (2007). Apuntes sobre el Libro Verde “Modernizar el Derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. ISSN 0213-0556, N° 2.
  - Gianni, L. (2003). La conciliación y el arbitraje: perfiles generales en materia de derechos. *Temas laborales*. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. ISSN 0213-0750, N° 70, (Ejemplar dedicado a:

Mediación y Arbitraje en los Conflictos Laborales en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea)

- Informe de la OIT V. La relación del trabajo (2005), apartado 65.
- Comisión Europea, Programa de acción para la aplicación de la Carta, noviembre de 1989.
- Perspectivas de Empleo de la OCDE para 2004, capítulo 2, Normativa sobre protección del empleo y resultados del mercado de trabajo.
- Valdés Dal Ré Fernando. 2001. El Libro Verde de la Comisión Europea. Universidad Complutense de Madrid. España.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. 2007. Puntos de vista. El Libro Verde de la Comisión Europea.
- Miquel Falguera i Baró. El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa. 2007.
- Rodríguez, Miguel -Piñero Bravo-Ferrer. Flexiguridad en el empleo y derecho del trabajo. 2006. Academia de Ciencias Sociales y Medio Ambiente. Sevilla.
- Comisión Europea. Libro Verde de la innovación. 1995.
- Seminarios Europeos de derecho del trabajo y de la Seguridad Social (2007). “Debate sobre la modernización del Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla. España.
- Carrero, J. L. (2008). La imparable crisis del derecho del trabajo. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas.
- Bologna, S. “Crisis de la clase media y posfordismo”. Akal. 2006.
- Lebowitz, M. 2005 “Más allá de El Capital”. Akal. Madrid. España.
- Ojeda, A y Gorelli, J. Los contratos de trabajo temporales. España. Lustel. 2006.

- Palomeque, C. 1980. Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del derecho español del trabajo”. Akal. España.
- Pérez, F. (2005). Retos del derecho del trabajo del futuro. Revista de Derecho Social, nº 32, p. 45 y ss.
- Alarcón, M. R. (1990). La vigencia del principio pro operario”, en AA.VV., Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Homenaje al profesor Manuel Alonso Olea. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- Rojo, E. Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas. Jueces para la democracia, núm. 44, 2002, p. 57.
- Rodríguez, M. (1992). Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal. Relaciones laborales, 1992, Tomo II, p. 343.
- Sastre, R. (1996). El derecho al trabajo. Madrid: Trotta.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LA RENUNCIA PRESIONADA, EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL**

- Baylos, A.y Pérez, J. (2009). El Despido o la violencia del poder privado. Madrid, España: Trotta.
- Gnecco, G. J. (16 de diciembre de 1987). Trabajo de grado. El despido en el derecho laboral colombiano. Colombia, Cundinamarca: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.
- Escobar, F. (1994). Despidos anulables, ilícitos e ineficaces: consecuencias jurídicas. Revista Actualidad Laboral No. 80, pp. 6-16.
- Gómez González B, E. A. (2006). Revista Mexicana de Neurocirugía.
- Núñez, L. A. (2008). El estrés: conocimiento de algunos aspectos esenciales Transporte, Desarrollo y Medio Ambiente, Vol. 29 N°2-3 (61).
- Christina Maslach, S. E. (1981). THE MEASUREMENT OF EXPERIENCED BURNOUT. JOURNAL OCCUPATIONAL BEHAVIOUR, 99-113.

- OUSTAU DE LAFONT, F. (2009). CAPITULO III - PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL. En TRATADO DEL DERECHO DEL TRABAJO (pág. 185). BOGOTA: GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ. TOMO I. 3° EDICION.
- GUERRERO, F. G. (2011). III. PRINCIPIO DE LA CONTINUIDAD O ESTABILIDAD. En MANUAL DEL DERECHO DEL TRABAJO. BOGOTA D.C.: LEYER. SEPTIMA EDICION.
- Escobar Henríquez, F. (1994). Despidos Anulables, Ilícitos e Ineficaces: Consecuencias Jurídicas. Revista Actualidad Laboral No. 80, 6-16.
- OSSORIO, M. (1° Edición Electrónica). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES. Guatemala: Datascan, S.A.
- Moreno, M. (2003). Alternativas en la terminacion del Contrato de Trabajo. Medellín: LIBRERÍA SEÑAL EDITORA.
- FRANCISCO, P. (2015). Carta Enciclica Laudato si. Roma: Tipografía Vaticana.
- Naranjo, L. D., & Garzón Peña, E. (2010). La salud en Colombia. Bogotá: Ciencia y Derecho.
- Botero, L. (1992). Las maquilas en Colombia. Deslinde, 67 -76.
- Ghiotto, L., & Pascual, R. (2010). Trabajo decente versus trabajo digno: acerca de una nueva concepción del trabajo. Revista Herramienta.
- CIDEIBER. (2006). Productos de Colombia.com. Recuperado el 11 de Octubre de 2012, de <http://www.productosdecolombia.com/main/guia/Zona Franca.asp>
- Vega, R., Núñez Espinel, L. Á., & Pereira, A. (2009). Petróleo y protesta obrera. La USO y los trabajadores petroleros en Colombia. Bogotá: Corporación Aury Sará Marrugo.
- Garay, L. J. (2004). banrepcultural.org. Recuperado el 11 de Octubre de 2012, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industriatina/168.htm>

- 
- Antunes, R. (1999). *¿Adiós al trabajo?* Buenos Aires: Editorial Antídoto.
  - Vega, R. (2010). *Los economistas neoliberales: nuevos criminales de guerra*. Bogotá: Impresol Ediciones.
  - Contreras, O. (2000). *Empresas globales, actores locales: Producción flexible y aprendizaje industrial en las maquiladoras*. México: El Colegio de México.
  - Asociación Latinoamericana de la Industria del Petróleo ALIP. (s.f.). Asociación Latinoamericana de la Industria del Petróleo - ALIP. Recuperado el 31 de Mayo de 2013, de [http://www.alip.org/docs/Historias/breve\\_historia\\_petrolera\\_colombia.pdf.pdf](http://www.alip.org/docs/Historias/breve_historia_petrolera_colombia.pdf.pdf)
  - Bucheli, M. (1991). La crisis del enclave bananero del Magdalena en los 60s. *Historia Crítica*, 107-124.
  - Villegas, J. (1982). *Petróleo, oligarquía e imperio*. Bogotá: El Ancora Editores.
  - Contreras, O. (2000). *Empresas globales, actores locales: producción flexible y aprendizaje industrial en las maquiladoras*. México: El Colegio de México.
  - Ley 1004, 1004 de 2005 (Congreso de Colombia 30 de Diciembre de 2005).
  - Bernard GERNIGON, A. O. (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo* Vol. 1, 1.
  - GERNIGON, B., ODERO, A., & GUIDO, H. (2000). Principios de la OIT sobre negociación Colectiva. *Revista internacional del trabajo* Volumen 119, 1.
  - OIT. (1998 a). *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: OIT.
  - KELLERSON, H. (1998). La declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: un reto para el futuro. *Revista Internacional del trabajo* Volumen 117, 243-248.

- ROQUETA Buj, R. (1996). *Negociación colectiva en la función Pública*. Valencia: Universidad de Valencia.
- OIT. (2013). *La Negociación Colectiva en la administración Pública. Un camino a seguir*. Ginebra.
- NUÑEZ CANTILLO, A., & VARGAS LAVERDE, A. (2011). *NULIDADES CIVILES SUSTANTIVAS PROCESALES. TEORIA Y PRACTICA -LEGISLACION- JURISPRUDENCIA - COMENTARIOS*. Bogotá: EDICIONES JURIDICA RADAR.
- Canosa Torrado, F. (2013). *LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS. Incumplimiento y mutuo disenso* Introducción a la teoría general del negocio. Manual de Práctica Forense. Concordado con la Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso. Bogotá D.C.: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.
- GARAVITO, C. A. (2013). *Las lagunas de derecho en las ineficacias del negocio jurídico*. Nueva época, 185.
- VALENCIA ZEA, A. (2011). *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá: Temis.

### **Referencias Normativas**

- Asamblea Nacional Constituyente. (06 de julio de 1991). Por medio de la cual se expide la Constitución Política de 1991.
- Congreso de la República de Colombia. (26 de mayo de 1873). Ley 57 de 1887. Por medio de la cual se expide el Código Civil.
- Presidencia de la República de Colombia (07 de junio de 1951). Decretos - Ley 2663 y 3743 de 1950. Por medio de los cuales se adoptó el Código Sustantivo del Trabajo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-470/1997, Luis Antonio Vargas Álvarez. v. (1997). Corte Constitucional. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-470-97.htm>



- COLOMBIA. CORTECONSTITUCIONAL. T-597/1998, Carlos Gaviria Díaz. v. (1998). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-597-98.htm>
- COLOMBIA. CORTECONSTITUCIONAL. T-546/2006, Álvaro Tafur Galviz. v. (2006). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-546-06.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-056/2007, Marco Gerardo Monroy Cabra. v. (2007). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-056-07.htm>
- COLOMBIA. CORTECONSTITUCIONAL. Humberto Antonio Sierra Porto. v. (2008). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-449-08.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-216/2009, Humberto Antonio Sierra Porto. v. (2009). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-216-09.htm>.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-936/2009, Humberto Antonio Sierra Porto. v. (2009). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-936-09.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-230/2010, María Victoria Calle Correa. v. (2010). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-230-10.htm>
- COLOMBIA. CORTECONSTITUCIONAL. T-1045/2012, Luis Guillermo Guerrero Pérez. v. (2012). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-1045-12.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-312/2014, Nilson Pinilla. v. (2014). Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-312-14.htm>
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia del 5 de octubre de 1998, Radicado 11017. Germán G.

Valdés Sánchez. v. (2014). Corte Suprema de Justicia. Obtenido de <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia del 7 de mayo de 2008, Radicado 30802. Gustavo José Gnecco

- Mendoza. v. (2008). Corte Suprema de Justicia. Obtenido de <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia del 26 de enero de 2010, Radicado 38274. Gustavo Eduardo López Villegas. v. (2010). Corte Suprema de Justicia. Obtenido de <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicado 40283. Carlos Ernesto Molina Monsalve. v. (2010). Corte Suprema de Justicia. Obtenido de <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia del 12 de marzo de 2014, Radicado 42950. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. v. (2014). Corte Suprema de Justicia. Obtenido de <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia del 16 de julio de 2014, Radicado 41741. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. v. (2014). Corte Suprema de Justicia. Obtenido de <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>.

#### **EL CONTRATO REALIDAD FRENTE A LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia (20 de julio de 1991).

- Congreso de la República. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. No. 41148.

- Congreso de la República. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración pública. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993.
- Congreso de la República. Ley 190. (06, junio, 1995). Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1995. No. 41878.
- Congreso de la República. Ley 909. (23, septiembre, 2004). Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2004. No. 45.680.
- Congreso de la República. Ley 1429. (29 diciembre 2010). Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo; Bogotá D.C., Diario Oficial 47937.
- DANE. “Metodología Informalidad. Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)”, diciembre 30 de 2009. Como parte del empleo informal el DANE.
- Hidalgo Oviedo, Mónica y Goyes Moreno, Isabel; “Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales”; 2006; ISBN: 978-958-9479-83.
- Presidencia de la República. Decreto 2400. (18 octubre 1968). Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1968. No. 32.
- Presidencia de la República. Decreto 1950. (24 septiembre 1973). Por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1973. No. 33.962.
- Presidencia de la República. Decreto 2503. (10 diciembre 1998). Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1998. No. 43.449.

### **Jurisprudencia**

- COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia 3074-05 del 19 de febrero de 2009, M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.
- COLOMBIA. Sentencia 1129-10 del 15 de junio de 2011, M. P. Gerardo Arenas Monsalve.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-606 del 14 diciembre de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-500 del 4 de mayo de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-614 del 2 de septiembre del 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-556 del 12 de julio de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-171 del 7 de marzo de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

### **Referencias Web**

- OIT. 87 Reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra. “Trabajo decente”, (1999). Consultado el día 1º de septiembre de 2012; [en línea] Disponible en URL: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>
- Sen, A. (2012). “El trabajo decente, un derecho humano”. Consultado el día 1º de septiembre de 2012; [en línea] Disponible en URL: [www.trabajodecente.org.co/.../se\\_busca\\_trabajo\\_decente\\_amartya\\_sen.pdf](http://www.trabajodecente.org.co/.../se_busca_trabajo_decente_amartya_sen.pdf)

### **JÓVENES SIN TRABAJO, DEMOCRACIA DE PAPEL. EXCURSUS LEGALES SOBRE EL TRABAJO PARA JÓVENES EN COLOMBIA**

- Abendroth, W. (1986). El Estado de derecho democrático y social como proyecto político. En: El Estado social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- 
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta.
  - Bobbio, N. (2001). El futuro de la democracia. México: Fondo de Cultura Económica.
  - Botero, A. (2010). Modelo de lectura del constitucionalismo provincial hispanoamericano. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín.
  - Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID). Evaluación de la Reforma Laboral (Ley 789 de 2002). Informe Final. 2007. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
  - Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2010). Anuario Estadístico de América Latina y El Caribe, 2010. Santiago de Chile.
  - Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2014). Panorama social de América Latina, 2014, (LC/G.2635-P). Santiago de Chile.
  - Clavero, B. (2008). Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas. México: Siglo XXI.
  - Coetzee, J. M. (2009). Diario de un mal año. Barcelona: Debolsillo.
  - Contreras, F. (1994). Derechos sociales: teoría e ideología. Madrid: Tecnos.
  - Ferrajoli, L. (2003). Estado social y Estado de derecho. En: V Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis (eds.) Derechos sociales. Instrucciones de uso. (pp.11-21). México: Doctrina Jurídica Contemporánea.
  - García, L. (2008). El “nuevo derecho” en Colombia: entequeia innecesaria o novedad pertinente. En: Revista de Derecho N° 29. Barranquilla: Universidad del Norte.
  - García, M. y Rodríguez, A. (2003). La Revolución francesa. En: Teoría constitucional. Lecturas Volumen II. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en Derecho.

- Gaviria, A. (2004). La Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o no? Documento CEDE, número 45.
- Guataquí, J. (2009). Impacto de la reforma laboral (Ley 789 de 2002) en Colombia. En: Magazine N° 1. Ministerio de la Protección Social.
- Guataquí, J. y García, A. (2009). Efectos de la reforma laboral: ¿más trabajo y menos empleos? Ensayos sobre política económica vol. 27, No. 60, pp. 46-79.
- López, D. (2005). Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional: antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas. En: Interpretación constitucional. Tomo II. pp. 779-793. México: Editorial Porrúa y UNAM.
- Méda, D. (1998). El trabajo. Un valor en peligro de extinción. Barcelona: Gedisa.
- Montes, M. y Sánchez, D. (2010). Efectos de la reforma laboral Ley 789 de 2002 en el mercado laboral de los jóvenes en Bogotá. Trabajo para optar al título de Economista, Universidad de la Salle.
- Núñez, J. (2005). Éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia. Documentos CEDE 2005- 43. Bogotá, D.C.: Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, Universidad de los Andes, pp. 1-34.
- Pisarello, G. (2003). El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías más democracia. En: V Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis (Eds.) Derechos sociales. Instrucciones de uso. (pp. 23-53). México: Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Pisarello, G. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta.
- Polanyi, K. (2003). La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo. México: Fondo de Cultura Económica.
- Sen, A. (2000). Desarrollo y libertad. Barcelona: Plantea.
- Universidad Externado de Colombia. (2004). Seguimiento a la Ley 789, de reforma laboral año 2003. Cuaderno de Trabajo 5. Departamento

de Seguridad Social y Mercado de Trabajo. Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social.

- Vargas, L. et al. Si me sindicalizo me echan. Discursos de jóvenes sobre sindicalismo y trabajo en Bogotá. Inédito.

- Wittke, T. (2005). La empresa: nuevos modos de subjetivación en la organización del trabajo. En: Trabajo y subjetividad. Entre lo existente y lo necesario. Schvarstein y Leopold (Comps.), pp. 148-164. Buenos Aires: Paidós.

### **Documentos institucionales consultados**

- Gaceta del Congreso 78 de 2010.
- Gaceta del Congreso 579 de 2002.
- Gaceta del Congreso 444 de 2002.
- Ley 789 de 2002.
- Ley 1429 de 2010.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-038 de 2004.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-257 de 2008.

### **Páginas web consultadas**

- <http://www.20minutos.es/noticia/108417/0/cpe/sustituido/chirac/>
- <http://www.semana.com/online/articulo/los-estudiantes-franceses-contrato-del-primer-empleo/77996-3>
- <http://www.caracol.com.co/noticias/internacionales/el-primer-ministro-dominique-de-villepin-admitio-que-el-contrato-de-primer-empleo-no-podia-aplicarse-en-francia/20060410/nota/274314.aspx>
- <http://www.caracol.com.co/noticias/internacionales/el-gobierno-frances-da-marcha-atras-con-el-contrato-del-primer-empleo/16173/nota/274325.aspx>

- [http://www.bbc.com/mundo/internacional/2010/09/100907\\_francia\\_huelga\\_wbm.shtml](http://www.bbc.com/mundo/internacional/2010/09/100907_francia_huelga_wbm.shtml)
- <http://www.dw.com/es/sublevaci3n-nacional-en-la-Francia-de-Sarkozy/a-6127739>
- [http://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100923\\_francia\\_pensiones\\_huelga\\_protesta\\_az.shtml](http://www.bbc.com/mundo/economia/2010/09/100923_francia_pensiones_huelga_protesta_az.shtml)
- [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/RE\\_trim\\_nov\\_ene12.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/RE_trim_nov_ene12.pdf)
- [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/RE\\_trim\\_jun\\_ago12.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/RE_trim_jun_ago12.pdf)
- [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/Bol\\_eje\\_juventud\\_feb\\_abr\\_15.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/Bol_eje_juventud_feb_abr_15.pdf)

#### **GOBERNABILIDAD CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EN COLOMBIA -UNA APROXIMACIÓN-**

- Borja, R. (2005). Gobernabilidad: el tal3n de Aquiles de Am3rica. En Valad3s, Diego. Gobernabilidad y constitucionalismo en Am3rica Latina. M3xico: UNAM, M3xico D.F., pp. 59-72.
- Camou, A. (2000). La m3ltiple (in)gobernabilidad: elementos para un an3lisis conceptual. En Revista Mexicana de Sociolog3a, Vol. 62, No. 4 (octubre-diciembre), pp. 159-188.
- Castelazo, J. (2004). Fortalecimiento de la gobernabilidad democr3tica. En Revista de Administraci3n P3blica (RAP), Vol. XXXIX, No. 110 (enero-abril). M3xico D.F., pp. 133-142.
- C3rdova, L. (2005). Repensar la gobernabilidad de las democracias. En Valad3s, Diego. Gobernabilidad y constitucionalismo en Am3rica Latina. UNAM, M3xico D.F., M3xico, pp. 97-119.
- Guzm3n, V. (2003). Gobernabilidad democr3tica y g3nero, una articulaci3n posible. En Serie Mujer y Desarrollo, No. 48, CEPAL. Santiago de Chile, Chile.



- 
- Guzmán C., J., Romero, I. (2008). Crecimiento económico, gobernabilidad democrática y desarrollo social: un enfoque integrador. En *Problemas del Desarrollo: Revista Latinoamericana de Economía*, Vol. 39, No. 153 (abril- junio), pp. 119-138.
  
  - Lasagna, M. (2004). Gobernabilidad democrática para el desarrollo: fortaleciendo el capital social y los liderazgos. En Moreno, Marco, *Gobernabilidad, instituciones y desarrollo: América Latina y Honduras*. Banco Interamericano de Desarrollo, Honduras, pp. 49-84.
  
  - Linares, L. F. (2008). El empoderamiento legal de los pobres. En *Revista Momento*, año 23, No. 2, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, Guatemala.
  
  - Medellín, L. N., Pardo, J. L., Infante, J. M. y Mariñez, F. (2007). Elementos de análisis en la construcción de la gobernabilidad democrática. En *Revista Espiral: Estudios sobre Estado y sociedad*, Vol. XIV, No. 40 (septiembre- diciembre), pp. 9-36.
  
  - Moreno, M. (2004). Instituciones y gobernabilidad democrática: claves del círculo virtuoso del desarrollo. En Moreno, M. *Gobernabilidad, instituciones y desarrollo: América Latina y Honduras*. Banco Interamericano de Desarrollo, Honduras, pp. 16-48.
  
  - Nieto M., J. (2005). Gobernabilidad democrática y cohesión social. En *Secretaría General de la Comunidad Andina. Gobernabilidad democrática y el problema del empleo en la subregión Andina*. Lima, Perú.
  
  - O'Donnell, G. (2008). Hacia un Estado de y para la democracia. En PNUD, *Democracia/Estado/Ciudadanía: un Estado de y para la democracia en América Latina*. Lima, Perú.
  
  - PNUD. (2004). *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Alfaguara.
  
  - PNUD; OEA (2010). *Nuestra democracia*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
  
  - PNUD (2008). *La Ley: la clave para el desarrollo sin exclusiones*. Nueva York, Estados Unidos.

- PNUD/Col. (2011). Herramientas para construir un programa de gobierno. Bogotá, Colombia.
- Roa, H. (2011). La gobernabilidad hoy. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Gustavo Ibáñez.
- Secretaría General de la Comunidad Andina. (2005). Gobernabilidad democrática y el problema del empleo en la subregión Andina. Lima, Perú.
- Ugarriza, J. E. (2012). La opción deliberativa y la profundización de la democracia en Colombia. En Revista Comunicación y Ciudadanía, No. 5 (enero-junio), pp. 54-65.
- Valadés, D. (2005). Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo: estudio introductorio. En Valadés, D. Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina, UNAM, México D.F., México, pp. IX- XLI.



Este libro se terminó de imprimir  
en el mes de Enero del 2020, en

Bogotá D.C. - Colombia

Nos identificamos, desde nuestro nacimiento en 1923, con el pluralismo ideológico y el respeto a los derechos humanos, a la protección de los derechos sociales, pues ellos son una manera de propender por la igualdad, la libertad y la solidaridad. Razones para entender que las normas que produce el legislativo, el actuar del ejecutivo, y las decisiones del judicial, deben servir para el resguardo de la sociedad, y su mejor vivir.

Por eso, piensa, analiza y argumenta en clave unilibrista.

Luis Alberto Torres Tarazona

