

LOS PELIGROS DEL EMPLEO “A VOLUNTAD” Y JUSTA CAUSA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY DE EMPLEO EN ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA

*Alejandro Gutiérrez**

I.	LA LEY DEL EMPLEO ESTADOUNIDENSE	610
	A. <i>Empleo a Voluntad</i>	610
	B. <i>Protecciones a los Empleados en los Estados Unidos</i>	614
II.	LEY DE EMPLEO COLOMBIANA	618
	A. <i>Contrato a Término Indefinido</i>	618
	B. <i>Causa Justa para Terminar el Contrato de Empleo</i>	619
III.	LA DIGNIDAD HUMANA CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA LEY DEL EMPLEO	621
IV.	LOS PROBLEMAS CON LA LEY DEL EMPLEO ESTADOUNIDENSE Y COLOMBIANA	624
	A. <i>Las Desventajas de la Ley del Empleo Estadounidense</i>	624
	B. <i>Las Desventajas de la Ley de Empleo Colombiano</i>	629
V.	ENCONTRANDO UN BALANCE: EL PAPEL POSITIVO DE LA LEY DEL EMPLEO	632
	A. <i>Que Puede Hacer Estados Unidos?</i>	633
	B. <i>Que puede hacer Colombia?</i>	635
VI.	CONCLUSIÓN	637

En Marzo del 2012, catorce empleados de un bufete de abogados en el sur de la Florida fueron despedidos simplemente por llevar puestas camisetas de color naranja al trabajo.¹ Algunos empleados vestían de naranja supuestamente como protesta por nuevas reglas en el trabajo, mientras otros alegaron que vestían de naranja porque iban para un *happy*

* Alejandro Gutierrez obtuvo su J.D. en el 2013 en Florida International University, B.A. Georgetown University, A.A. Miami Dade College. Agradezco a la profesora Kerri Stone, el profesor M.C. Mirow y la profesora Eloisa Rodriguez-Dod por su ayuda con este artículo. También quiero agradecer a José Fernando Celades, Paula Andrea Silva, Stephanie Joyal y a Marisol Floren quienes me dieron ayuda invaluable con las investigaciones y otros asuntos pertinentes a este artículo.

1. Ver Doreen Hemlock, *6 of 14 Employees Fired Wearing Orange Shirts Hire Lawyer* [6 de 14 Empleados Despedidos Vistiendo Camisetas Naranja Contratan Abogado], SUNSENTINEL.COM, (27 de marzo de 2012), http://articles.sun-sentinel.com/2012-03-27/business/fl-orange-shirts-elizabeth-wellborn-fired-lawyer-20120327_1_happy-hour-employees-shirts (visitado por última vez 10 de marzo de 2013).

hour después del trabajo.² Independientemente de la motivación del empleador, excepto en unos pocos casos, los empleadores estaban autorizados por la ley a despedir a los empleados, incluso si la razón fue algo como disgusto por el color de su camiseta, la manera en la que portan el cabello o algo igual de irrelevante y no relacionado al empleo. En la mayoría de los Estados Unidos una acción de este tipo por parte de los empleadores se considera legal.³ Este caso sirve para ilustrar la actitud que los Estados Unidos tiene en relación a la ley del empleo. El empleador tiene una gran discreción para despedir sus empleados por casi cualquier razón.

En Colombia, en abril del 2003, Miguel Fernando Restrepo Tobón fue despedido de su empleo en el Instituto de Seguros Sociales, una posición que él había ocupado desde 1999.⁴ Restrepo demandó a su ex-empleador argumentando que él fue despedido sin justa causa y que él tenía el derecho de ser restaurado en su puesto.⁵ La Corte Suprema Colombiana estuvo de acuerdo con el señor Restrepo, determinando que él estaba bajo un contrato a término indefinido.⁶ La corte ordenó que Restrepo fuese reincorporado a su posición y ordenó el pago de su salario y beneficios desde la fecha en que su contrato fue dado por terminado hasta que fue reinstaurado.⁷ Este caso puede parecer un poco extremo, especialmente desde una perspectiva Estadounidense, pero resalta el énfasis que Colombia hace en cuanto a la estabilidad laboral. Como consecuencia, Colombia remueve gran parte de la discreción para despedir empleados de las manos del empleador.

2. *Ver id.* (los empleados que vestían de naranja para protestar las condiciones de trabajo pudiesen estar protegidos por la ley pero si los empleados reclamaron que vestir de naranja no formaba parte de una protesta contra las condiciones de trabajo no tendrían protección.).

3. *Ver* Nicole B. Porter, *The Perfect Compromise: Bridging the Gap Between At-Will Employment and Just Cause* [*El Compromiso Perfecto: Cerrando la Brecha Entre Empleo a Voluntad y Causa Justa*], 87 NEB. L. REV. 65, 67 (2008) (la excepción sería Montana el cual es el único estado que no sigue la doctrina del empleo a voluntad. *Ver id.* en 69-70.).

4. *Ver* Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala Lab. agosto 31, M.P: C. Tarquino Gallego, Sentencia [A.S.] 37373 (Colom.) (El Instituto de Seguro Social era un proveedor de servicios médicos del gobierno conectado a el Ministerio de Salud y Protección Social. Aunque este caso se refiere a lo que podría ser una perspectiva Estadounidense como un empleado estatal, el caso fue decidido bajo los principios de un contrato a término indefinido bajo el código laboral Colombiano. Vea más abajo para una explicación más detallada de estos principios.).

5. *Ver id.* (aunque la restitución al puesto fue debido a una clausula en el acuerdo de negociación colectiva, los empleadores que llevan en su trabajo más de diez (10) años pueden ser reinstaurados en su cargo si una corte concluye que no fueron despedidos por justa causa. Por lo tanto este caso se puede ver como una ilustración de lo que puede pasar aun sin acuerdo de negociación colectiva.).

6. *Ver id.*

7. *Ver id.*

En los Estados Unidos, un empleado está considerado por ley como trabajando “a voluntad,” la relación laboral puede ser terminada por ambas partes en cualquier momento por casi cualquier motivo (excepto por un pequeño número de excepciones bajo ley federal y estatal, algunas de las cuales se discutirán más adelante). Una de las áreas más importantes a considerar es el área de la ley del empleo cuando se está haciendo negocios a escala transnacional. La manera en que los empleados son tratados varía inmensamente a lo largo de los diferentes países. De interés particular es la posición legal de un empleado trabajando por un periodo de tiempo que no ha sido determinado bajo un contrato de empleo, los procedimientos a seguir para despedir a dicho empleado, y los beneficios a los que el empleado tiene derecho. Bajo la ley Estadounidense no hay un contrato implícito. En contraste, empleados en Colombia se consideran como contratados bajo un contrato por un término de tiempo indefinido y no pueden ser despedidos excepto por justa causa. Las razones consideradas como justa causa son limitadas por la ley.⁸

Una comparación de la ley del empleo entre los Estados Unidos y Colombia es de particular importancia dado que el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre estos dos países fue firmado en octubre 2011 y entró en efecto el 15 de Mayo del 2012.⁹ Aunque el TLC hace cambios sustantivos a la ley del empleo en los dos países, hace que cada país aplique sus respectivas leyes.¹⁰ Además, Colombia tuvo que presentarle a los Estados Unidos un plan para asegurar que las condiciones de los trabajadores en Colombia mejoraría para que el TLC fuese firmado.¹¹ Los cambios principales que el TLC representa en cuanto a las leyes de empleo son en materia de procedimiento e institucionales, creando nuevos procedimientos para quejas de los empleados y para la correcta aplicación de la ley existente.¹² Sin embargo, dado el incremento de comercio entre los Estados Unidos y Colombia es importante hacer un análisis comparativo entre ambos países.

Este artículo explicará la ley del empleo en los Estados Unidos y Colombia, la doctrina del empleo a voluntad y el sistema de justa causa y

8. *Ver generalmente* CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO [C.S.T.] art. 62; *ver también* *Appendice*.

9. *Ver* M. ANGELES VILLARREAL, CONG. RESEARCH SERV., RL34470, THE U.S.-COLOMBIA FREE TRADE AGREEMENT: BACKGROUND AND ISSUES [EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO DE ESTADOS UNIDOS- COLOMBIA: FONDO Y TEMAS] 1 (2012).

10. *Ver* Katerine Bermúdez A., *TLC Estados Unidos: Que Implica en lo Laboral*, 169 REVISTA ACTUALIDAD LABORAL 145 (enero-feb. 2010).

11. *Ver id.* en 149.

12. *Ver id.*

las protecciones dadas a los trabajadores para resguardarlos de ser despedidos. Después explorará la motivación de las legislaciones laborales de cada país y las desventajas de ambos, el sistema Estadounidense del empleo a voluntad y el sistema Colombiano de justa causa. Finalmente, el artículo proveerá algunas recomendaciones para ambos sistemas, recomendaciones que respeten los derechos y valores que cada sociedad considera importante.

I. LA LEY DEL EMPLEO ESTADOUNIDENSE

A. Empleo a Voluntad

En la mayoría de los Estados Unidos hay una presunción de que el empleo es a voluntad cuando no hay un contrato de empleo.¹³ La doctrina del empleo a voluntad permite que un empleador despida un empleado “por justa causa, por no causa, o por una causa que algunos pueden considerar como moralmente indefensible.”¹⁴ El empleo a voluntad viene de la creencia Estadounidense de que el mercado libre debe controlar el mercado laboral sin intervención gubernamental.¹⁵ Cualquier intervención del gobierno en la autoridad de los empleadores es mal vista.¹⁶ La ley de empleo en Estados Unidos no prohíbe “el despido injusto, o despido sin causa, ni siquiera [requiere] periodo de aviso,” a través de estatutos federales o la ley común federal.¹⁷ Además, en los Estados Unidos, las cortes requieren que los demandantes lleven la carga de probar un despido injustificado bajo alguno de los estatutos o doctrinas aplicables.¹⁸

13. Ver Porter, *supra* nota 3, en 62 (Montana deroga la doctrina del empleo a voluntad en 1987 con la adopción de la “Ley de Despido Injustificado.” Puerto Rico y las Islas Vírgenes tampoco usan la doctrina del empleo a voluntad. Ver Porter, *supra* nota 3, en 69, 70.).

14. Ver McCown v. Gray Kentucky Television, Inc., 295 S.W.3d 116, 118 (Ky. Ct. App. 2008).

15. Ver David C. Yamada, *Human Dignity and American Employment Law* [Dignidad Humana y La Legislación Laboral Americana], 43 U. RICH. L. REV. 523, 523 (2009).

16. Ver *id.*

17. Ver Clyde W. Summers, *Employment At Will in the United States: The Divine Right of Employers* [Empleo a Voluntad en los Estados Unidos: El Derecho Divino de los Empleadores], 3 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 65, 65 (2000).

18. Ver Kim Sheehan, *Has Employment-At-Will Outlived Its Usefulness? A Comparison of U.S. and New Zealand Legislación Laboral* [¿Ha el Empleo a Voluntad Sobrepasado su Utilidad? Una Comparación de Estados Unidos y la Legislación Laboral de Nueva Zelanda], 28 CAL. W. INT’L L. J. 323, 336 (1997).

El empleo a voluntad evolucionó de la ley común Inglesa acerca de las relaciones entre empleador y empleado.¹⁹ Blackstone declaró que en un principio la ley Inglesa del empleo operaba bajo la presunción de que cuando no había un tiempo específico para la relación laboral, dicha relación durara por un año.²⁰ A medida que la ley del empleo evolucionó esta presunción cambió y en la época de las trece colonias algunos empleados podían ser despedidos a voluntad.²¹ A finales de los 1800s, con los estados en desacuerdo en cómo abordar la ley de empleo, la regla del empleo a voluntad fue expresada por primera vez por Horace Gray Wood, un abogado de Albany y escritor de tratados legales.²² Wood aseguró que la regla a seguir cuando no había un contrato por término definido era que, “una contratación general o indefinida es evidencia *prima facie* de contratación a voluntad, y si el sirviente busca hacer una contratación por un año, el peso de la prueba recae sobre él.”²³ La regla de Wood se propagó por la nación y fue ampliamente aceptada.²⁴ Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Nueva York adoptó la regla de empleo a voluntad de Wood en 1895.²⁵

El empleo a voluntad evolucionó en Estados Unidos como un derivado del sistema capitalista, empoderando a los empleadores y limitando los derechos de los empleados de “opinar en la determinación de las condiciones de trabajo y de cómo se usaría el producto de su labor.”²⁶ Debido a este origen, el empleo a voluntad ha sido altamente criticado. Uno de estos criticismos es que el empleo a voluntad deja al empleado “sin protección contra acciones arbitrarias . . . [por parte de los empleadores] sin importar los años de servicio previo, cualquier inversión específica de la firma en el empleado, la ausencia de oportunidades de empleo alternativas, o la insustancialidad de las causas usadas para el despido.”²⁷

La doctrina del empleo a voluntad ha causado controversia entre los académicos Estadounidenses llevando a una discusión acerca del estado de

19. Ver SAMUEL ESTREICHER & MICHAEL C. HARPER, CASES AND MATERIALS ON EMPLOYMENT LAW [CASOS Y MATERIALES SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL] 39 (Thomson/West, 3d ed. 2004) [en lo sucesivo ESTREICHER: LEGISLACIÓN LABORAL].

20. Ver *id.* en 40.

21. Ver *id.*

22. Ver *id.* en 41.

23. *Id.*

24. Ver ESTREICHER: LEGISLACIÓN LABORAL, *supra* nota 19, en 42.

25. Ver *por ejemplo*, *Martin v. New York Life Insurance Co.*, 148 N.Y. 117, 120 (N.Y. 1895); ver también ESTREICHER: LEGISLACIÓN LABORAL, *supra* nota 19, en 42.

26. ESTREICHER: LEGISLACIÓN LABORAL, *supra* nota 19, en 43.

27. *Id.* en 39.

la doctrina del empleo a voluntad. Varios académicos opinan que el empleo a voluntad se ha ido debilitando a través de los últimos años y está en declive.²⁸ Las cortes Estadounidenses han sido inconsistentes en cuanto a la aplicación de la doctrina del empleo a voluntad haciendo ciertas excepciones que son reconocidas en unos estados, mientras que en otros no.²⁹ Incluso el razonamiento de las cortes para decidir sobre la adopción de algunas limitaciones y rechazar otras en lo referente a la doctrina del empleo a voluntad son inconsistentes.³⁰ Sin embargo, “el empleo a voluntad ‘aunque ha sido erosionado a través de los años sigue firmemente anclado en la ley común.’”³¹

También debería ser considerado que un acuerdo de empleo en los Estados Unidos no necesita ser por escrito, un contrato puede ser oral o implícito en la conducta de las partes.³² Los Estadounidenses ven la libertad individual de entrar en contratos como el modelo preferido para un mercado laboral eficiente y productivo.³³ Cuando no existe un contrato de empleo explícito una corte puede determinar que de todas maneras un contrato implícito fue formado.³⁴ Un contrato implícito puede resultar entre empleador y empleado después de que el empleado sea contratado, basado en el entendimiento e intención que pueden ser determinados por factores como: “las negociaciones escritas u orales, la conducta de las partes al comienzo de la relación laboral, las costumbres del negocio, la situación y objetivo de las partes que dan lugar a la relación de empleo [y] la naturaleza del empleo.”³⁵ Factores adicionales incluyen: “la longevidad del servicio, garantías orales o escritas de empleo continuo o estable, incluyendo premios y ascensos, y las prácticas y políticas de personal del empleador.”³⁶

28. Ver por ejemplo, Cheryl S. Massingale, *At-Will Employment: Going, Going... [Empleo a Voluntad...Va, Va]*, 24 U. RICH. L. REV. 187 (1990); ver también Deborah A. Ballam, *Employment-At-Will: The Impending Death of a Doctrine [Empleo a Voluntad: La Muerte Inminente de una Doctrina]*, 37 AM. BUS. L. J. 653, 682 (2000).

29. Ver Scott A. Moss, *Where There's At-Will, There Are Many Ways: Redressing the Increasing Incoherence of Employment At Will [Donde hay a Voluntad, hay Muchos Caminos: La Reparación de la Incoherencia Creciente del Empleo a Voluntad]*, 67 U. PITT. L. REV. 295, 298 (2005).

30. Ver *id.* en 301.

31. *Id.*

32. Ver 27 AM. JUR. 2D *Employment Relationship [Relaciones Laborales]* § 11 (2013).

33. Ver Tim Louris, *The "Necessary and Desirable Counterpart": Implementing a Holmesian Perspective of Labor Rights as Human Rights [La "Contraparte Necesaria y Deseable": Aplicación de Una Perspectiva Holmesian de Derechos Laborales como Derechos Humanos]*, 28 LAW & INEQ. 191, 199 (2010).

34. 27 AM. JUR. 2D *Employment Relationship [Relaciones Laborales]* § 12 (2013).

35. *Id.*

36. *Id.*

Las cortes han reconocido algunas excepciones a la doctrina del empleo a voluntad. Hay cuatro doctrinas principales que las cortes Estadounidenses han usado en contra del empleo a voluntad, las cuales son: orden público, contratos implícitos en hechos, pacto implícito de buena fe y trato justo, y despido injustificado bajo la ley de agravios.³⁷ Los empleados han sido protegidos bajo el orden público cuando se considera que una política apoyada por alguna provisión constitucional o estatuto sería violada por el despido del empleado.³⁸ La excepción bajo el orden público ha sido definida de una manera muy estricta y no se ha aplicado a casos estatales cuando la política en cuestión era bajo las leyes federal y no las estatales.³⁹

La segunda excepción al empleo a voluntad son los contratos implícitos en hechos que son hallados cuando hay una representación por el empleador de continuar el empleo en la forma de una promesa oral, un manual, o una póliza que implica que el despido se hará solo por justa causa.⁴⁰ Casos bajo esta excepción han ido en declive ya que los empleadores han modificado sus manuales y se han vuelto más cuidadosos para evitar responsabilidad legal bajo los contratos implícitos en hechos.⁴¹

La tercera excepción es el pacto implícito de buena fe y trato justo, que está basado en los principios de la ley de contratos y la expectativa de las partes cuando entran en un acuerdo.⁴² El pacto implícito de buena fe y trato justo impide que una parte en un contrato tome más beneficios de la otra parte después de que se ha alcanzado un acuerdo.⁴³ Dado a que un pacto implícito de buena fe y trato requiere un contrato, la aplicación de esta doctrina ha sido sumamente limitada en el contexto del empleo a voluntad.⁴⁴

La cuarta excepción a la doctrina del empleo a voluntad usada por las cortes Estadounidenses es el despido injusto bajo la ley de agravios. El despido injusto ha sido usado principalmente en casos donde el despido del empleado viola algún tipo de orden público.⁴⁵ Las tres categorías principales de acciones que caen bajo el orden público para este propósito son: la negativa de un empleado a violar la ley, el desempeño de una

37. Ver Porter, *supra* nota 3, en 67; ver Massingale, *supra* nota 28, en 191.

38. Ver Summers, *supra* nota 17, en 73.

39. Ver *id.* en 73-74.

40. Ver Porter, *supra* nota 3, en 67.

41. Ver *id.* en 67.

42. Ver ESTREICHER: LEGISLACIÓN LABORAL, *supra* nota 19, en 88.

43. Ver Porter, *supra* nota 3, en 67.

44. Ver *id.*

45. Ver *id.*

obligación pública por un empleado, y el reclamo de un derecho legal por un empleado.⁴⁶

Estos límites a la doctrina del empleo a voluntad tienen solo un efecto mínimo en la discreción de los empleadores y la subordinación de los empleados a los empleadores mantiene su fuerza en la ley Estadounidense.⁴⁷ Además, como estas doctrinas son creadas por las cortes estatales, su aplicación es inconsistente a lo largo de los Estados Unidos creando confusión a nivel nacional.⁴⁸

B. *Protecciones a los Empleados en los Estados Unidos*

El Título VII prohíbe que los empleadores discriminen al contratar, despedir, o en cuanto a los términos o condiciones del empleo.⁴⁹ No obstante, la prohibición en contra de la discriminación está limitada solo a personas que caen dentro de cinco categorías: raza, color, religión, sexo, u origen nacional.⁵⁰ El impulso principal para el estatuto fue el movimiento para la igualdad racial que siguió la Segunda Guerra Mundial y continuó hasta los 1960s.⁵¹ El congreso estaba preocupado con la situación de los Afroamericanos en el mercado laboral y su inhabilidad por competir por posiciones y salarios iguales a los de los Anglosajones.⁵² El Título VII fue aprobado para prevenir que los empleadores privados discriminaran y para ayudar a los Afroamericanos a convertirse en una parte más productiva de la fuerza laboral.⁵³ Aun así, “estas leyes limitan la prerrogativa de los empleadores sólo hasta el punto de requerir que todos los empleados sean tratados igual.”⁵⁴

Hay dos maneras principales de probar discriminación bajo una de las clases protegidas por el Título VII: el trato desigual y el impacto desigual. Para probar el trato desigual un empleado debe demostrar: (1) que él

46. *Ver id.* (ejemplos de obligaciones públicas son: deber a servir en un jurado, asistir a deposiciones, honrar citaciones, etc. Un ejercicio de un derecho legal son cosas como: solicitudes de indemnización de trabajadores, demandar empleadores, participar en actividades de la unión o políticas, protestar condiciones de trabajo inseguras, rehusarse a tomar una prueba de polígrafo, etc.).

47. *Ver Summers, supra* nota 17, en 84.

48. *Ver Porter, supra* nota 3, en 71.

49. *Ver* SAMUEL ESTREICHER & MICHAEL C. HARPER, *CASES AND MATERIALS ON EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW* 8 (Thomson/West, 3d ed. 2008) [en lo sucesivo ESTREICHER: DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO].

50. *Ver id.*

51. *Id.*

52. *Id.*

53. *Id.* en 18.

54. *Summers, supra* nota 17, en 85.

pertenece a una clase protegida, (2) que él solicitó y estaba calificado para el trabajo para el cual el empleador solicitaba personas, (3) que a pesar de sus calificaciones fue rechazado, y (4) que después de su rechazo la posición se mantuvo abierta y el empleado continuó solicitando personas con las calificaciones del demandante.⁵⁵ Para probar impacto desigual un empleado debe demostrar que: (1) hay una política/práctica específica que es facialmente neutral pero que tiene un impacto desigual en su aplicación, (2) el empleador puede ofrecer como una defensa que la política/práctica está relacionada al trabajo y es una necesidad del negocio, (3) el empleado puede demostrar que hay una política/práctica alternativa no discriminatoria que puede ser usada.⁵⁶

Bajo la categoría de discriminación basada en sexo, el Título VII ha sido usado para otorgarles a las mujeres protecciones contra discriminación basada en el embarazo y el acoso sexual. En 1978, el Congreso modificó el Título VII pasando el Acta de Discriminación por el Embarazo (PDA por sus siglas en inglés) que incluye embarazo, parto o decisiones médicas relacionadas a esto.⁵⁷ Sin embargo, el PDA no fuerza a los empleadores a ofrecer beneficios adicionales a las mujeres que no son ofrecidos a otros empleados, simplemente manda que las mujeres sean tratadas con igualdad.⁵⁸ La discriminación “por causa del sexo” también ha sido usada para prohibir el acoso sexual. En el contexto de acoso sexual, la Corte Suprema Estadounidense afirmó que cuando el lugar de trabajo está plagado con “intimidación discriminatoria, burlas e insultos que son lo suficientemente severos o penetrantes como para alterar las condiciones del empleo de la víctima y crean un ambiente de trabajo abusivo,” esto se considerará como una violación del Título VII.⁵⁹

La discriminación por religión también es una categoría protegida bajo el Título VII. La tradición Estadounidense reconoce la importancia de practicar cualquier religión.⁶⁰ La protección a la libertad de religión concedida por el Título VII en el contexto del empleo es una reflexión de la perspectiva Estadounidense que practicar las creencias de la persona es un aspecto crítico para la libertad y dignidad humana.⁶¹ Sin estas protecciones, las personas que pertenecen a grupos religiosos podrían no encontrar trabajo, lo cual los pondría en una situación en la tendrían que cambiar sus

55. *Ver* McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792, 792–93 (1973).

56. *Ver* Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 429–30 (1971).

57. ESTREICHER: DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO, *supra* nota 49, en 282.

58. *Id.* en 284.

59. Harris v. Forklift Sys. Inc., 510 U.S. 17, 21 (1993).

60. *Ver* U.S. CONST. amend. I.

61. ESTREICHER: DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO, *supra* nota 49, en 551.

creencias o formar comunidades aisladas, lo cual sería dañino no sólo para estos grupos religiosos sino también para la toda la sociedad.⁶² La religión varía de las otras clases protegidas bajo el Título VII ya que en esta categoría puede ser necesario que el empleador proporcione una “acomodación razonable” al empleado por sus creencias religiosas.⁶³ Este tipo de acomodaciones pueden incluir, por ejemplo, días libres para prácticas religiosas, incluso si no son remunerados.⁶⁴ Los empleadores pueden ofrecer como defensa que la acomodación solicitada no puede ser dada sin dificultad excesiva para el empleador.⁶⁵

El Acta de Discriminación por Edad en el Empleo (ADEA por sus siglas en inglés) prohíbe la discriminación basada en la edad.⁶⁶ Una posible justificación para el ADEA es el hecho que los empleadores pueden despedir a empleados mayores para remplazarlos por empleados más jóvenes que pueden ser más productivos por un salario menor.⁶⁷ El ADEA protege a empleados mayores de cuarenta años.⁶⁸ Al aprobar el ADEA, el Congreso usó el marco legal del Título VII.⁶⁹ Por consiguiente la jurisprudencia del ADEA ha tenido un desarrollo similar a la del Título VII, ya que los tribunales usan las doctrinas del trato desigual y el impacto desigual.⁷⁰

El Acta de Estadounidenses con Discapacidades de 1990 (ADA por sus siglas en inglés) hace ilegal “el discriminar contra un individuo calificado con una discapacidad, por la discapacidad de dicho individuo, en cuanto a procedimientos de solicitud de trabajo, la contratación, promoción, o despido de empleados, compensación de empleados, entrenamiento y otros términos, condiciones y privilegios del empleo.”⁷¹ El Congreso de los Estados Unidos adoptó el estatuto ya que los Estadounidenses

62. *Id.* en 551.

63. *Ver* Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, 431 U.S. 63, 74 (1977).

64. *Ver por ejemplo id.* en 84–85.

65. *Ver id.* en 85–86.

66. *Ver* The Age Discrimination in Employment Act of 1967 [El Acto de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967], Pub. L. No. 90-202, 29 U.S.C. §621 (2012).

67. ESTREICHER: DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO, *supra* nota 49, en 392.

68. *Id.* en 393.

69. *Id.*

70. *Id.*

71. SAMUEL ESTREICHER & MICHAEL C. HARPER, STATUTORY SUPPLEMENT TO CASES AND MATERIALS ON EMPLOYMENT DISCRIMINATION AND EMPLOYMENT LAW [SUPLEMENTO LEGAL A LOS CASOS Y MATERIALES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO Y LA LEGISLACIÓN LABORAL] 126 (Thomson/West, 3d ed. 2008).

discapacitados han estado históricamente en una desventaja económica.⁷² Antes de adoptar el ADA, dos tercios de los Estadounidenses discapacitados estaban desempleados y aquellos que estaban trabajando ganaban un treinta y seis por ciento menos que los trabajadores no discapacitados.⁷³ Para ayudar a las personas discapacitadas en el mercado laboral, el ADA contiene que los empleados provean una “acomodación razonable” si permiten que un individuo calificado con una discapacidad pueda hacer el trabajo.⁷⁴ Al igual que con la religión bajo el Título VII, los empleadores pueden usar la defensa de dificultad excesiva.⁷⁵

Estatutos contra las represalias y a favor de informantes han sido adoptados en ambos el nivel federal y estatal para proteger a los empleados.⁷⁶ Leyes contra las represalias han sido promulgadas para asegurarse que los empleados puedan hacer cumplir sus derechos sin ser despedidos al hacerlo.⁷⁷ Además de estas leyes, provisiones en contra de las represalias también están incorporadas en leyes como el Título VII y el ADA.⁷⁸ Estatutos a favor de los informantes están diseñados para proteger a los empleados de ser penalizados cuando exponen violaciones de la ley por parte de sus empleadores.⁷⁹

Aparte de las protecciones ya mencionadas y otras instancias limitadas, la doctrina del empleo a voluntad sigue bien y viva en el sistema Estadounidense.⁸⁰ Esto deja a los empleados Estadounidenses como

72. ESTREICHER: DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO, *supra* nota 49, en 457.

73. *Id.*

74. *Id.* en 459–500.

75. *Ver* Title VII of the Civil Rights Act of 1964 [Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964], Pub. L. No. 88-352, 42 U.S.C. 2000e, (j) (2012).

76. *Ver por ejemplo*, Americans with Disabilities Act of 1990 [Acto de Americanos con Discapacidad de 1990], Pub. L. No. 110-325, 42 U.S.C. §12003 (2012).

77. *Ver id.*

78. *Ver id.*

79. Porter, *supra* nota 3, en 69.

80. Hay cinco estatutos federales que limitan la discreción de un empleador cuando despide a un empleado. El Acto Nacional de Relaciones Laborales (NLRA), también conocido como el Acto Wagner, permite que trabajadores se organicen para poder llegar a un acuerdo con los empleadores en relación a las condiciones de trabajo; el Acto de Normas de Trabajo Justas (FLSA) salarios mínimos fijos, compensación de las horas extraordinarias; el Acto de Seguridad Ocupacional y Salud (OSHA) prohíbe represalias en contra de los empleados quien quieren hacer cumplir las normas de seguridad y salud; el Acto de Seguridad de Ingresos por Jubilación (ERISA) le prohíbe a los empleadores despedir esos empleados quienes esperan recibir beneficios pronto después de jubilación; y el Acto de Ausencia Familiar y Médica (FMLA) le prohíbe a los empleadores despedir empleados quienes reciben los beneficios de la licencia médica bajo este acto. *Ver* Donald C. Carroll, *At-Will Employment: The Arc of Justice Bends Towards the Doctrine's Rejection* [Empleo a Voluntad: El Arco de la Justicia se Inclina

“algunos de los más vulnerables a despidos arbitrarios en el mundo occidental.”⁸¹

II. LEY DE EMPLEO COLOMBIANA

En Colombia la ley del empleo se trata en la Constitución. El trabajo está mencionado en el preámbulo de la Constitución de 1991 como una de las metas del gobierno, el trabajo también es mencionado en el artículo primero.⁸² Del mismo modo, los artículos 53 hasta el 58 de la Constitución del 1991 tratan varias facetas de la ley del empleo incluyendo un mandato a crear un código laboral.⁸³ El artículo 53 provee que el Congreso cree un código laboral e instruya las protecciones mínimas que dicho código debe proporcionar a los empleados.⁸⁴ Protecciones bajo el artículo 53 incluyen el derecho a la igualdad de oportunidades en el trabajo, igualdad para las mujeres, salario mínimo, estabilidad en el trabajo, el pago oportuno y protecciones a menores.⁸⁵ El artículo 53 también establece una presunción a favor de los empleados cuando hay una ambigüedad en la interpretación de la ley.⁸⁶ Igualmente incorpora cualquier convención que sea propiamente ratificada y se convierta en parte de la legislación doméstica.⁸⁷ El artículo 54 les da a los empleados el derecho de ser entrenados por el Estado o el empleador.⁸⁸ La Constitución manda a que el Estado promueva la creación de empleo. Finalmente, el artículo 54 garantiza el derecho al empleo para las personas discapacitadas.⁸⁹

A. *Contrato a Término Indefinido*

El Código Sustantivo del Trabajo Colombiano especifica los tipos de contratos laborales reconocidos por la ley.⁹⁰ Este artículo se enfocará en el

Hacia el Rachazo de la Doctrina], 46 U.S.F. L. REV. 655, 667 (2012); ver también Porter, *supra* nota 3, en 70.

81. James A. Sonne, *Firing Thoreau: Conscience and At-Will Employment* [*Despidiendo a Thoreau: La Conciencia y el Empleo a Voluntad*], 9 U. PA. LAB & EMP. L. 235, 249 (2007).

82. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] Preámbulo.

83. Ver *id.* art. 53, 58; ver también Apéndice.

84. Ver *id.* art. 42; ver también Apéndice.

85. Ver *id.* art. 53; ver también Apéndice.

86. Ver *id.*

87. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 53; ver también Apéndice.

88. Ver *id.* art. 54.; ver Apéndice.

89. Ver *id.*

90. Artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo reconoce cuatro tipos de contratos: i) para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, ii) por el tiempo que dure la realización de una

contrato a término indefinido ya que parece ser el equivalente de la doctrina Estadounidense del empleo a voluntad, aunque puede que parezca idealmente opuesto. Cuando un empleador y un empleado entran en un contrato de servicios por una cantidad de tiempo no especificada, el contrato es considerado como un contrato a término indefinido bajo el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo.⁹¹ Un contrato a término indefinido será válido siempre y cuando los hechos que dieron lugar al contrato existan.⁹² El artículo 47 provee una de las maneras de terminar el contrato a término indefinido, permite que el empleado termine el contrato dándole aviso previo de por lo menos treinta días por anticipado al empleador.⁹³

El artículo 47 fue el producto de una larga batalla que las uniones laborales y los trabajadores libraron para obtener mayor estabilidad en el trabajo, lo cual llevó al Congreso a adoptar el Artículo 5 del decreto 2351 de 1965.⁹⁴ Estas protecciones eventualmente se volvieron los artículos 47, 48 y 49 del código laboral Colombiano.⁹⁵ Siguiendo la lógica detrás de la adopción de estos artículos podemos ver que la intención legislativa fue proveer a los empleados más estabilidad y seguridad.⁹⁶ No obstante, más allá de las provisiones de previo aviso de treinta días, el artículo 47 no ofrece más métodos mediante los cuales el contrato de empleo puede ser finalizado.

B. *Causa Justa para Terminar el Contrato de Empleo*

El artículo 61 del código laboral especifica cuando el contrato de trabajo termina generalmente. Instancias en las que el contrato termina incluyen: la muerte del trabajador, consentimiento mutuo, la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, la suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte días, por sentencia ejecutoriada y por el fallo del empleado a regresar a su empleo al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.⁹⁷ Por otro lado, en algunas de estas situaciones el empleador debe obtener el permiso del

obra o labor determinada, iii) por tiempo indefinido, iv) por tiempo determinado. Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.] art. 45.

91. *Ver id.* art. 47.

92. *Ver id;* *ver también* Apéndice.

93. *Ver id.*

94. Decreto 2351 de 1965, art. 5 [Colom.]; *ver* Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.] art. 47.

95. *Ver id.*

96. *Ver id.*

97. *Ver id.*

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social antes de poder despedir al empleado y dar por terminado el contrato de trabajo.⁹⁸

Hay un cierto número de instancias en las cuales el empleador o el empleado está habilitado para unilateralmente terminar un contrato de empleo a término indefinido. El artículo 62 del código laboral lista las justas causas para terminar el contrato a término indefinido unilateralmente (con la excepción del previo aviso de treinta días previsto en la Constitución).⁹⁹ El empleador no puede unilateralmente despedir al empleado excepto por un número limitado de circunstancias que incluyen: haber sufrido engaño por parte del trabajador mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido, o que el empleado haya cometido cualquier acto de violencia, injuria, malos tratos o grave indisciplina en el curso de sus labores, contra el empleador, su familia, sus socios, el personal directivo, jefes de taller, vigilantes o celadores, daños materiales causados a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, etc.¹⁰⁰ Las razones que permiten la finalización del contrato por justa causa parecen estar compuestas principalmente de situaciones que pueden amenazar gravemente al empleador, su familia, socios, o negocio, y aun así, solo en situaciones extremas. Es más, el artículo 62 limita la habilidad de los empleadores para despedir los empleados por motivos económicos.¹⁰¹

Por otro lado, el empleado está limitado en su capacidad de terminar el contrato a término indefinido sólo mediante dar treinta días de previo aviso, como está estipulado en el artículo 47 del código laboral o dar quince días de aviso en situaciones en las que:

- 1) el empleador engaña a el empleado respecto a las condiciones del trabajo;
- 2) el empleador o su familia, con consentimiento de éste, cometió algún acto de violencia, malos tratos, o amenazas graves contra el empleado o su familia;
- 3) el empleador o sus representantes comenten un acto que induce al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas; o

98. *Ver id.*

99. *Ver Código Substantivo del Trabajo [C.S.T.] art. 61.*

100. *Id.* art. 62; *ver infra* Apéndice en i-iii.

101. *Ver id.* art. 62 (a).

4) el empleador exige al empleado, sin razones válidas, la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos para el cual se le contrató.¹⁰²

La Corte Suprema Colombiana ha declarado que incluso cuando hay justa causa para terminar el contrato los principios de buena fe son aplicables.¹⁰³ Los motivos del despido no sólo deben ser dados a la otra persona, sino que también tienen que ser claros y poder demostrarse, para que así la otra persona pueda organizar una defensa y apelar la decisión si así lo decide.¹⁰⁴ Para mantener la estabilidad en el empleo, se redujo el poder del empleador para despedir a los empleados, así que el empleador no puede simplemente hacer desaparecer las razones por las que existe el contrato para terminar con el contrato de trabajo de una forma legal.¹⁰⁵ Si una de las partes ha manipulado las circunstancias para que el contrato termine, esa parte se considerará como culpable de terminar el contrato y será responsable de las repercusiones legales que lleva la terminación del contrato.¹⁰⁶

III. LA DIGNIDAD HUMANA CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA LEY DEL EMPLEO

La ley del empleo Estadounidense ha adoptado la idea del mercado libre sin restricciones y ve las limitaciones en la autoridad administrativa con una profunda sospecha.¹⁰⁷ Los principios bajo los cuales fueron fundados los Estados Unidos están estrechamente relacionados con el estado liberal de derecho y su desconfianza en el gobierno. En las últimas décadas, ha surgido la idea en los Estados Unidos que el mercado es la esencia de la libertad humana y la ruta que debe seguir la sociedad para poder progresar.¹⁰⁸ Los Estados Unidos parece ser la excepción ya que es uno de los países industrializados que no tiene protecciones generales en contra del despido injustificado, ni siquiera un periodo de previo aviso mínimo.¹⁰⁹

102. *Id.* art. 47, 62; *ver infra* Apéndice en iii.

103. Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala Lab., Noviembre 17, 1997, M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-1676, (No. 8) (Colom.).

104. *Id.*

105. *Ver id.*

106. *Ver id.*

107. Yamada, *supra* nota 15, en 523.

108. *Id.* en 526.

109. *Id.* en 532.

Las percepciones culturales y la opinión pública en los Estados Unidos tienden a favorecer en gran medida a los empleadores, incluso en detrimento de los empleados. La cultura Estadounidense le ha dado fama y prestigio a empleadores y gerentes que han usado intimidación como una herramienta de liderazgo y que han despedido empleados inexplicablemente.¹¹⁰ Por ejemplo, “Neutron” Jack Welch fue venerado por salvar a General Electric terminando con ciento treinta mil trabajos, “con un estilo de gerencia que fue descrito como crítico, degradante, ridículo y humillante con sus empleados.”¹¹¹

Irónicamente, a pesar de que el motivo de la ley del empleo Estadounidense es promover la libertad individual, la mayoría de Estadounidenses trabajan para alguien, lo que significa aceptar el derecho del empleador de mandar su comportamiento en gran detalle, renunciando así a algunas de sus libertades.¹¹² Dada la disparidad de poder entre los empleadores y los empleados, la mayoría de los empleados tienen poca o ninguna opinión en como los beneficios de la empresa o los productos que sus propias manos han creado se distribuyen.¹¹³ “El típico empleado a voluntad tiene, en el mejor de los casos, la habilidad de hacer peticiones o presentar sugerencias no vinculantes al empleador.”¹¹⁴ Adicionalmente, la vulnerabilidad de los empleados está presente en todo nivel de la sociedad Estadounidense y afecta a todo estrato económico.¹¹⁵

Por otra parte, la ley del empleo Colombiana viene de su Constitución. El artículo 53 de la Constitución afirma que “la ley, los contratos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”¹¹⁶ Antes de la Constitución de 1991 la orientación ideológica de la Constitución Colombiana seguía el Estado Liberal de Derecho.¹¹⁷ La ideología del Estado Liberal de Derecho estaba basada en la defensa de la libertad individual y el principio que tal libertad se lograba por medio de la no intervención del Estado en ciertos espacios.¹¹⁸ Este marco constitucional fue seguido por los Europeos a

110. *Id.* en 529.

111. *Id.* (Jack Welch fue el Director de Operaciones de General Electric entre 1981 y 2001).

112. Yamada, *supra* nota 15, en 527.

113. *Id.*

114. *Id.* en 534.

115. *Id.* en 531.

116. *Ver* CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 53.

117. Luis Eduardo Fajardo & Juan Carlos Guataqui, *La Corte Constitucional y la Flexibilidad del Mercado Laboral*, REVISTA DE ECONOMÍA INSTITUCIONAL, SEGUNDO SEMESTRE, año/vol. 2, NUMERO 003, Universidad externado de Colombia 80, 81.

118. *Id.* en 81.

través del siglo XVIII hasta comienzos del siglo XIX.¹¹⁹ Sin embargo, al final del siglo XIX y principios del siglo XX, la gente comenzó a dudar de la habilidad que el Estado Liberal de Derecho tenía “para garantizar la justicia real más allá de las libertades formales.”¹²⁰ Por consiguiente, un cambio en la manera de pensar ocurrió y la intervención del estado empezó a ser considerada como un vehículo para garantizar la igualdad económica en la sociedad, una idea de igualdad real más que una simple igualdad de derechos.¹²¹ Mediante el Estado Social de Derecho, el Estado adquiere un carácter activo para poder proteger su población de algunas amenazas económicas.¹²² En el Estado Social el gobierno mantiene “un estándar mínimo de ingreso, nutrición, salud, vivienda y educación.”¹²³

La Constitución Colombiana de 1991 explícitamente dicta que la republica Colombiana sea modelada como un Estado Social de Derecho.¹²⁴ Por lo tanto la Constitución manda a que el estado tome acción para otorgar y proteger ciertos derechos a sus ciudadanos. En materia laboral la protección de estos derechos es alcanzada por varios beneficios laborales dictados en la Constitución, defendiendo la dignidad humana mediante la garantía de un nivel de vida mínimo.¹²⁵ Con el establecimiento del Estado Social de Derecho, el empleo en Colombia se convirtió en “principio, deber y derecho.”¹²⁶ El Magistrado Alejandro Martínez describe el cambio entre el Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho introducido por la Constitución de 1991 de la siguiente manera: “No se niegan los valores de la Constitución sino que se pretende hacerlos más efectivos, otorgándoles una base y un contenido material.”¹²⁷ Sin embargo, hay una cierta contradicción en esta doctrina con respecto a la ley laboral, los beneficios dados al empleado señalan una actitud proteccionista e intervencionista que parece oponerse al concepto constitucional de la igualdad legal.¹²⁸ La libertad de los empleadores para hacer decisiones

119. *Id.*

120. *Id.*

121. *Id.*

122. Fajardo, *supra* nota 117, en 81.

123. *Id.*

124. *Ver* CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] Preámbulo.

125. Fajardo, *supra* nota 117, en 81.

126. SERGIO RAÚL CHAPARRO HERNÁNDEZ ET AL., TRABAJO DIGNO Y DECENTE EN COLOMBIA, 33 (Procuraduría General de la Nación 2011).

127. “No se niegan los valores de la Constitución sino que se pretende hacerlos más efectivos, otorgándoles una base y un contenido material.” Fajardo, *supra* nota 117, en 82.

128. *Id.*

acerca del despido de sus empleados es intercambiada por la estabilidad laboral de los empleados.

Las cortes Colombianas han participado en el debate de qué camino la Constitución ha establecido para la ley del empleo y el modelo económico que la política Colombiana y las ramas del gobierno colombiano deben seguir para respetar la Constitución.¹²⁹ La Corte Constitucional declaró que la Constitución no es neutral en cuanto al modelo económico que dicta ya que la política que contiene, mediante la adopción de un Estado Social de Derecho, restringe las decisiones políticas que pueden ser tomadas. Además, el gobierno debe respetar esos límites, honrar los valores constitucionales, y respetar los valores fundamentales que allí fueron establecidos.¹³⁰ Como lo dijo el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

La lectura del preámbulo y del artículo 1ero [de la Constitución] muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio.¹³¹

En consecuencia, la Constitución Colombiana considera el tener un empleo y la estabilidad laboral como derechos fundamentales. Así mismo, las condiciones del empleo deben respetar la dignidad del empleado.

IV. LOS PROBLEMAS CON LA LEY DEL EMPLEO ESTADOUNIDENSE Y COLOMBIANA

A. *Las Desventajas de la Ley del Empleo Estadounidense*

Como ha sido mencionado, la ley del empleo en los Estados Unidos viene de una desconfianza en el gobierno y una creencia que los individuos deben tener la mayor libertad posible cuando van a tomar decisiones contractuales. Esto ha resultado en un sistema en el cual el empleador tiene un gran nivel de discreción a la hora de tomar la decisión de despedir un empleado. La doctrina del empleo a voluntad ha sido criticada por dejar a los empleados a merced del capricho y misericordia del empleador ya que

129. Colombia tiene dos cortes que pueden tomar decisiones finales acerca de casos de empleo. La Corte Suprema tiene jurisdicción de apelación y la Corte Constitucional puede revisar casos que surjan mediante la protección constitucional conocida como una "tutela." *Id.* en 80.

130. *Id.* en 81.

131. Chaparro, *supra* nota 126, en 79.

hay cierta arbitrariedad en el concepto del empleo a voluntad.¹³² “El empleador ha podido, generalmente, escoger no solo quien va a ser empleado sino también los términos del empleo.”¹³³ Los académicos que apoyan cambios en el sistema de empleo Estadounidense, señalan que la razón para la necesidad de cambios en el sistema legal es la autoridad que se le otorga al empleador para negociar, la cual, lo favorece al negociar con el empleado.¹³⁴ “La litigación de empleo moderna [en los Estados Unidos] frecuentemente personifica el escenario de David contra Goliat, donde un trabajador agraviado [representado por] un pequeño estudio de abogados se enfrenta a una empresa que cuenta con un amplio equipo de abogados.”¹³⁵

La perspectiva Estadounidense de la ley del empleo es vista a través de un lente económico que “en última instancia le da a los intereses capitales un valor más alto que a los derechos de los trabajadores.”¹³⁶ El empleador, como dueño del negocio, tiene el derecho de propiedad para controlar al empleado y los deberes de su posición.¹³⁷ Esta perspectiva le da ventaja a los empleadores en su autoridad de negociación y “socava las decisiones judiciales y provisiones legislativas diseñadas para reconocer los derechos [y las voces] de los empleados en el trabajo.”¹³⁸ Esta visión no solo es completamente diferente a la perspectiva Colombiana sino al panorama más amplio de como los empleados y la labor son vistos en el escenario internacional. Este punto de vista internacional puede ser inferido de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“La Declaración”), la cual en parte dice:

Todo el mundo... tiene el derecho a la seguridad social...el derecho al trabajo...el derecho a pago igual por el mismo trabajo...el derecho a pago justo y favorable...el derecho...a unirse a sindicatos...el derecho al descanso y ocio...y el derecho a un estándar de vida adecuado para la salud y bienestar de sí mismo y de su familia....¹³⁹

132. Ver Carroll, *supra* nota 81, en 658.

133. Massingale, *supra* nota 28, en 200.

134. Sheehan, *supra* nota 18, en 324.

135. Yamada, *supra* nota 15, en 535.

136. Louris, *supra* nota 33, en 192.

137. Ver Summers, *supra* nota 17, en 78.

138. *Id.* en 84.

139. Declaración Universal de Derechos Humanos, G.A. Res. 217^a, en 75-76, U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. Mtg., U.N. Doc. A/810 (12 de dic. de 1948).

La Declaración también dice, “todos los humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”¹⁴⁰ Sin embargo, bajo el empleo a voluntad “el sentido de dignidad del empleado está a merced del empleador y a los trabajadores como tal se les niega oportunidades significativas para participar en sus sustentos.”¹⁴¹ Además el despido de empleados, cuando es percibido como injusto por otros empleados, puede llevar a “efectos negativos en la moral, lealtad y productividad.”¹⁴² Estos efectos se sienten en toda la sociedad Estadounidense, “inseguridad y estrés acerca del trabajo y el futuro cruza líneas socioeconómicas, alcanzando tanto a los trabajadores que ganan salario mínimo como a los profesionales.”¹⁴³

Dada la influencia de una base económica para hacer decisiones, el empleo a voluntad, no solo lleva a la deshumanización del empleado, sino que permite que los derechos que la sociedad Estadounidense ha buscado proteger por las leyes mencionadas, anteriormente sean violados. Muchos de los despidos de empleados que una persona razonable podría considerar como atroz no son ilegales bajo ninguna de las leyes discutidas o las doctrinas de la ley común.¹⁴⁴ Los siguientes tres casos ejemplifican circunstancias donde ninguna de las leyes de discriminación se aplicaron, pero aun así la mayoría de gente estaría de acuerdo que protecciones para los empleados son necesarias en este tipo de casos.

En *Foley v. Interactive Data Corp.*, un empleado instituyó una demanda bajo la teoría de despido injustificado después de que su supervisor lo despidió por haber reportado a la gerencia que el supervisor estaba siendo investigado por desfalco por el FBI.¹⁴⁵ La corte razonó que este despido no estaba cubierto bajo la doctrina de orden público ya que “el deber de un empleado de revelar información a su empleador beneficia solo al interés privado del empleador, la doctrina en la que se basa el [orden público] no está implicada.”¹⁴⁶

En *Bigelow v. Bullard*, un empleado fue despedido cuando trató de expresar apoyo a favor de un Afroamericano porque él creía que “su empleador tenía intenciones de agredir físicamente a los hombres de raza negra para sacarlos de la propiedad.”¹⁴⁷ La corte razonó que incluso si estuviese de acuerdo con las alegaciones que el empleador despidió al

140. *Id.* en 72.

141. Louris, *supra* nota 33, en 200–01.

142. Yamada, *supra* nota 15, en 559.

143. *Id.* en 530.

144. Porter, *supra* nota 3, en 71.

145. *Ver* *Foley v. Interactive Data Corp.*, 765 P.2d 373, 375 (Cal. 1988).

146. *Id.* en 380.

147. *Bigelow v. Bullard*, 901 P.2d 630, 633 (Nev. 1995).

empleado por su apoyo a los Afroamericanos, el empleador estaba protegido bajo la doctrina del empleo a voluntad ya que el empleado no fue forzado a discriminar, por lo tanto sus actos no caían bajo la excepción del orden público.¹⁴⁸ Incluso si el empleado hubiese instituido una demanda por discriminación bajo el Título VII, es probable que no hubiese tenido éxito ya que él no sufrió discriminación “por su raza” sino por su apoyo a la raza Afroamericana.¹⁴⁹

En *Green v. Bryant*, una empleada fue despedida después de ser golpeada y violada a mano armada por su esposo.¹⁵⁰ Cuando la empleada regresó al trabajo y le contó a uno de sus empleadores lo que había ocurrido la despidieron justificando el despido con el abuso doméstico.¹⁵¹ La corte sostuvo el despido como legal ya que el empleador no había violado la privacidad de la empleada y porque la doctrina de orden público no aplica para proteger a las víctimas de la violencia domestica de ser despedidas.¹⁵² Estos casos son solo un pequeño grupo de ejemplos en los cuales los demandantes quedan sin ningún recurso legal, incluso cuando la mayoría de gente estaría de acuerdo que los empleados no debieron ser despedidos. “Hay, sin duda, despidos que involucran conducta indignante del empleador o circunstancias subyacentes al despido que son tan atroces que el sistema legal no puede ni debe tolerar el despido del empleado agraviado.”¹⁵³

Otro problema causado por la doctrina del empleo a voluntad es la socavación y el uso excesivo de los estatutos contra la discriminación. “Muchos de los empleados que son despedidos instituyen demandas por discriminación sin importar si hay alguna indicación que la discriminación fue un motivo de la decisión de despedir al empleado.”¹⁵⁴ Los empleados hacen esto, ya que por la doctrina del empleo a voluntad no tienen recursos legales contra lo que ellos perciben como un despido injusto, aparte de una demanda bajo las leyes contra la discriminación.¹⁵⁵

El empleo a voluntad, mientras ha ayudado a mantener un nivel de desempleo bajo, por lo menos comparado con el sistema de justa causa en Colombia, ha mayormente desfavorecido a los individuos de bajos recursos. Se estima que en el 2006 en Estados Unidos “hasta 75 millones de trabajadores...se siguen considerando como empleados a voluntad, sujetos

148. *Ver id.*

149. *Ver Porter, supra nota 3, en 73.*

150. *Id. en 73; ver por ejemplo, Green v. Bryant, 887 F. Supp. 798, 798–803 (E.D. Pa 1995).*

151. *Porter, supra nota 3, en 73.*

152. *Id. en 74.*

153. *Massingale, supra nota 28, en 200.*

154. *Porter, supra nota 3, en 77.*

155. *Ver id. en 76.*

a despido en cualquier momento y sin protección por alguna ley en específico o por contratos colectivos.”¹⁵⁶ La desigualdad de ingresos ha incrementado durante las últimas tres décadas, ya que esta “[desigualdad] entre ricos y pobres es mayor [en Estados Unidos] que en cualquier otro país industrializado.”¹⁵⁷ Como puede verse en la siguiente tabla, la información del Departamento de Censos de los Estados Unidos ilustra como la gente con mayor ingreso ha visto mayor aumento en ingresos familiares que las personas con menos ingreso, mientras que los ingresos familiares de las personas de más bajos recursos han disminuido.¹⁵⁸

Crecimiento en Ingresos Familiares Entre 1979 y 2003 ¹⁵⁹	
5% más alto (US \$170,100 y más)	+75%
20% más alto	+51%
Cuarto 20%	+26%
20% en el medio	+15%
Segundo 20%	+8%
Ultimo 20%	-2%

Aparte de estas críticas, la doctrina del empleo a voluntad ni siquiera sigue completamente la visión Estadounidense de la responsabilidad individual. El empleo a voluntad “permite al empleador a inmiscuirse en la vida privada de sus empleados.”¹⁶⁰ Incluso si aceptamos que la conducta de los empleados fuera del trabajo afecta al negocio del empleador, esto no aplica a todo tipo de conducta del empleado fuera del trabajo.¹⁶¹ Muchas de estas prohibiciones pueden derivarse de gerentes cuyos motivos pueden no necesariamente estar relacionados a los negocios.¹⁶² Darle tal nivel de control a los empleadores sobre la vida de sus empleados significa que los

156. Sonne, *supra* nota 81, en 249.

157. Yamada, *supra* nota 15, en 529–30.

158. *Id.* en 530.

159. *Id.*

160. Porter, *supra* nota 3, en 92.

161. *Ver id.*

162. *Ver id.* en 93.

empleados están renunciando al derecho de tomar ciertas decisiones en su vida y dándole este poder a su empleador.

B. Las Desventajas de la Ley de Empleo Colombiana

La ley Colombiana ha sido diseñada de tal manera que le provea estabilidad y empleo permanente a los trabajadores Colombianos, siempre y cuando los empleados realicen su trabajo satisfactoriamente.¹⁶³ Para asegurarse de crear estabilidad laboral, los empleadores pierden la discreción para despedir al empleado después que haya sido contratado, la cual, está limitada por la ley. La Corte Suprema dictaminó que:

El principio de estabilidad para los contratos a término indefinido se concibe como una limitación a la arbitrariedad del patrono, por eso se basa en la idea de que no debe haber razones distintas que las variaciones en la actividad de la empresa para despedir a un trabajador, más allá de la voluntad de una persona o grupo de personas en particular. De manera que cualquier terminación que no se deba a que la necesidad que motivo la contratación del trabajador desapareció o a que este no cumplió cabalmente sus funciones, se concibe como una terminación unilateral y arbitraria que amerita indemnizaciones.¹⁶⁴

La Corte Suprema recalca los principios en los cuales se basa la ley Colombiana, pero al mismo tiempo reconoce que su interpretación de estos principios limita la discreción de los empleadores para tomar decisiones. Idealmente, un empleado continuará trabajando hasta que el propósito del empleo haya sido cumplido.

El ímpetu de las Cortes Colombianas para crear estabilidad laboral incluso ha llegado a afectar los contratos a término definido. La Corte Constitucional Colombiana sostuvo que el vencimiento del plazo en el contrato no es suficiente para legitimar la decisión de un empleador de rehusarse a renovar el contrato.¹⁶⁵ La corte concluyó que solo a través de esta sentencia el principio de estabilidad en el empleo estaría garantizado según lo establecido en el artículo 53 de la Constitución.¹⁶⁶

Con esta sentencia la Corte Constitucional ha limitado en gran medida la capacidad de los empleadores para contratar nuevos trabajadores mediante el uso de contratos a término definido ya que el empleador aún

163. Ver Chaparro, *supra* nota 126, en 39.

164. *Id.* en 89, n.61.

165. Ver Fajardo, *supra* nota 117, en 92.

166. *Id.* en 92-93.

puede ser demandado por despido injustificado si no renueva el contrato.¹⁶⁷ De esta manera la Corte transformó parcialmente el contrato a término definido a un contrato a término indefinido.¹⁶⁸

Algunos sectores de la sociedad Colombiana han reconocido que las “rigideces en las formas de contratación [han llevado] a una asignación ineficiente del factor trabajo” impactando negativamente el nivel de empleo conduciendo el mismo a un nivel inferior al nivel de equilibrio que la economía tendría si tales restricciones no existieran.¹⁶⁹ Hay que reconocer que hay ciertos costos en los contratos laborales más allá de los salarios como pensiones, seguros, y otros pagos que el empleador incurre cuando se contrata un empleado.¹⁷⁰ Es más, cuando los contratos son inflexibles los costos de trabajo aumentan y los empleadores prefieren reemplazar labor por capital o disminuir salarios.¹⁷¹ Por lo tanto, cuando el costo de la labor sube el empleador debe usar la labor de manera más eficiente sino, estar menos dispuesto a contratar nueva labor y buscar otras maneras de aumentar la producción.¹⁷² Por otro lado, se puede concluir que si los contratos son más flexibles, se rebajan los costos que un empleador sufriría al contratar nuevos empleados, permitiéndole así contratar más empleados.

En la última década Colombia ha estado plagada por un desempleo en los dobles dígitos que se rehúsa a aminorar.¹⁷³ Incluso con la economía Colombiana experimentando crecimiento de más de 5 y 6% del producto interno bruto (“PIB”), los empleadores no han incrementado sustancialmente el número de empleados contratados.¹⁷⁴ “Colombia, aún en los años maravillosos del 2003 al 2007 no fue capaz de bajar a un dígito su tasa de desempleo, lo cual claramente nos dice que existen problemas estructurales. [Debe haber] algún problema en nuestra regulación que provoca que [la tasa del] desempleo no baje.”¹⁷⁵ Como se puede observar en la siguiente tabla, el desempleo en Colombia, aunque ha ido disminuyendo, se ha mantenido por encima del diez por ciento en los

167. *Ver id.* en 93.

168. *Id.*

169. *Ver* Chaparro, *supra* nota 126, en 91 (aunque hablando en el año 2004 antes de la modificación de otras leyes sobre el trabajo, los principios de rigidez del mercado de trabajo que afectan al desempleo son aplicables al actual mercado de trabajo Colombiano también.).

170. Fajardo, *supra* nota 117, en 94.

171. *Id.* en 95.

172. *Ver id.* en 97.

173. *Ver* Javier N. Rojas, *¿Basta Legislar Para Incentivar la Generación de Empleo en Colombia?*, 162 REVISTA ACTUALIDAD LABORAL 4–8, 122–23, (nov.- dic. 2010).

174. *Ver id.* en 123.

175. *Id.*

últimos diez años. Esto ocurrió incluso mientras la economía Colombiana crecía al 6.9% de PIB en el 2007. Al mismo tiempo, en los Estados Unidos, la tasa de desempleo, en su nivel más alto no llegó al diez por ciento, incluso mientras la economía Estadounidense atravesó una reducción del 3.5% en su PIB.

Fecha	Desempleo		Fecha	Crecimiento del GDP ¹⁷⁶	
	Estados Unidos ¹⁷⁷	Colombia ¹⁷⁸		Estados Unidos	Colombia
Mar 2002	5.7	15.0	2002	1.8	2.5
Mar 2003	5.9	13.0	2003	2.6	3.9
Mar 2004	5.8	13.6	2004	3.5	5.3
Mar 2005	5.2	12.9	2005	3.1	4.7
Mar 2006	4.7	11.3	2006	2.7	6.7
Mar 2007	4.4	11.2	2007	1.9	6.9
Mar 2008	5.1	12.0	2008	-0.4	3.5
Mar 2009	9.8	11.8	2009	-3.5	1.7
Mar 2010	8.9	10.9	2010	3.0	4.0
Mar 2011	8.2	10.4	2011	1.7	5.9

176. The World Bank [El Banco Mundial], *GDP Growth (annual %)* [*Crecimiento del PIB (% anual)*], WORLD BANK.ORG, 2013, <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG> (visitado por última vez 10 de marzo de 2013).

177. *Ver generalmente* United States Department of Labor [Departamento de Trabajo de los Estados Unidos], *Labor Force Statistics from the Current Population Survey* [*Estadísticas de población activa de la Encuesta de Población Actual*], BUREAU OF LABOR STATISTICS [OFICINA DE ESTADÍSTICAS LABORALES] (2013), <http://data.bls.gov/timeseries/LNS14000000> (visitado por última vez 10 de marzo de 2013).

178. *Ver generalmente* Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Tasa de Desempleo*, DANE.GOV.CO, (2013), <http://www.dane.gov.co/> (visitado por última vez 10 de marzo de 2013).

Otro problema grave de la economía Colombiana ha sido el trabajo informal. “[La] existencia de trabajo informal frena la expansión de la economía formal, porque el trabajo informal constituye competencia desleal,” ya que es más barata, costándole al gobierno y a la sociedad entera.¹⁷⁹ Incluso en el periodo de auge económico del 2003 al 2007 el porcentaje de personas que eran parte del mercado laboral informal no disminuyó.¹⁸⁰ De acuerdo a estadísticas del Ministerio de la Protección Social, “la tasa de informalidad del empleo urbano, medida en 13 ciudades, ha oscilado entre el 55% y el 60% del 2004 al 2010.”¹⁸¹

Además, Colombia se destaca, particularmente entre los países de América Latina por tener una tasa de desempleo alta igual que una tasa de informalidad alta.¹⁸² La mayoría de los países en la región tienen alta informalidad y bajo desempleo o baja informalidad y una tasa alta de desempleo.¹⁸³ El estado inusual del mercado laboral Colombiano es otra prueba más que hay un defecto estructural dentro del sistema que está afectando su potencial de crecimiento.¹⁸⁴

V. ENCONTRANDO UN BALANCE: EL PAPEL POSITIVO DE LA LEY DEL EMPLEO

Existe una complejidad inherente en comparar dos sistemas legales, especialmente cuando son el producto de tradiciones y sociedades tan diferentes. Como fue expresado por Kim Sheehan, “cualquier intento por comparar la legislación laboral enfrenta al estudiante o académico con ‘problemas casi insuperables ya que finalmente es una comparación de las estructuras sociales y actitudes.’”¹⁸⁵ Mientras en los Estados Unidos las leyes generalmente protegen a los empleados mediante medidas negativas, dictando lo que el empleador no puede hacer, en Colombia, como en otros países, las leyes le dan a los empleados derechos afirmativos.¹⁸⁶

Aunque los Estados Unidos y Colombia tienen tradiciones muy diferentes influenciando sus leyes, estas tradiciones no son tanto opuestas, sino más bien complementarias. Por lo tanto, la solución a muchas de las

179. Rojas, *supra* nota 173, en 124.

180. *Id.* en 123.

181. *Id.* en 124.

182. *Ver id.* en 123.

183. *Ver id.*

184. *Ver* Rojas, *supra* nota 173, en 123.

185. Sheehan, *supra* nota 18, en 339.

186. *Id.*

críticas, se puede hallar en estos extremos encontrando un punto medio donde se pueda asegurar que los derechos y valores que cada país ve como fundamentales sean mejor protegidos.

A. *Que Puede Hacer Estados Unidos?*

En el caso de los Estados Unidos, es importante reconocer la dignidad del empleado y proveer una estabilidad mayor para los empleados mientras estos continúen siendo productivos. A pesar que John Locke y los padres fundadores de la nación no mencionaron la palabra “dignidad,” ellos entendían el concepto que el ser humano no es solo una entidad física sino también emocional y que las grandes instituciones pueden, mediante el uso de su poder, causar graves abusos.¹⁸⁷ Estas grandes instituciones que pueden abusar a los empleados incluyen los gobiernos y los empleadores.¹⁸⁸ Nicole B. Porter expresa que:

Al igual que la Corte Suprema ha declarado que el gobierno no debe entrometerse en el derecho a la privacidad de las personas dentro de su propia casa (excepto cuando sus actividades son criminales como actividad con drogas o algún crimen violento), los empleadores tampoco deberían poder entrometerse en el derecho a la privacidad de sus empleados a menos que su conducta afecte negativamente al empleador.¹⁸⁹

Por lo tanto, el gobierno puede desempeñar un papel positivo en prevenir que los empleadores despidan a sus empleados injustamente, y al mismo tiempo, preservar la habilidad de los empleados de tomar decisiones basadas en productividad, cambios en el mercado, entre otros y también preservando la dignidad del empleado.

La ley del empleo tiene que estar limitada en su alcance, ya que no está hecha para regular la conducta de las personas en el mercado laboral y forzarlas a comportarse bien, pero debería proveer ciertas salvaguardas para que los empleados puedan prevenir abusos, incentivar la estabilidad en el empleo y respetar la dignidad e intimidad de los empleados.¹⁹⁰ Adicionalmente “[e]l llamado a la dignidad en el trabajo no es un grito de guerra para las nacionalización, impuestos sin control, o regulaciones que resulten en la micro-gestión de los centros de trabajo. Más bien tiene el propósito de promover las metas complementarias de centros de trabajo

187. Yamada, *supra* note 15, at 543.

188. *Ver id.*

189. Porter, *supra* nota 3, en 95.

190. Yamada, *supra* nota 15, en 554.

saludables, productivos, y socialmente responsables, con una mezcla de sectores públicos, privados y sin fines de lucro.”¹⁹¹ Las legislaturas deberían apoyar leyes que den a los empleados protecciones fuera del trabajo, ya que es una política social importante, que no limita las decisiones del empleador relacionadas al negocio y solo limita al empleador a tomar en cuenta la conducta del empleado que afecta su trabajo.¹⁹²

El último motivo por el cual la doctrina del empleo a voluntad debe cambiar, es la percepción que el público tiene de la ley del empleo. Como se puede ver en la tabla siguiente, la mayoría de la gente no distingue apropiadamente entre lo que constituye una razón legal y lo que es un motivo ilegal para ser despedido. Esto sirve para demostrar que la percepción pública de los empleados es que la ley del empleo debería protegerlos más contra acciones arbitrarias de los empleadores.

Porcentaje del Total de la Respuestas ¹⁹³					
Motivo del despido	Legal	Ilegal	Sin respuesta	Regla Legal en Missouri ¹⁹⁴ : Despido es	Margen de Error
El empleador planea contratar a otra persona para hacer el mismo trabajo a un salario más bajo	17.8	82.2	0	Legal	82.2
Desempeño laboral insatisfactorio	92.0	7.7	0.3	Legal	7.7

191. *Id.* en 525.

192. Ver Joseph Lipps, *State Lifestyle Statutes and the Blogosphere: Autonomy for Private Employees in the Internet Age* [Legislación Sobre el Estilo de Vida y la Blogosfera: Autonomía para los Trabajadores Privados en la Era de Internet], 72 OHIO ST. L. J. 645, 673 (2011).

193. Pauline T. Kim, *Bargaining with Imperfect Information: A Study of Worker Perceptions of Legal Protection in an at-will World* [Negociando Con la Información Imperfecta: Un Estudio de las Percepciones de Un Trabajador Sobre la Protección Legal en un Mundo AVoluntad], 83 CORNELL L. REV. 105, 134 (1997).

194. Aunque este estudio concierne a trabajadores en Missouri podemos tomarlo como un ejemplo de los Estados Unidos a lo gran escala. Además, el autor menciona que algunos trabajadores del gobierno que hicieron el estudio pudieron haber contestado basándose en las Normas del Servicio Civil, pero el margen de error tiende a ser tan grande que la tendencia es aún muy informativa.

En represalia por reportar un robo cometido por otro empleado a un supervisor	20.8	79.2	0	Legal	79.2
Creencia errada de que el empleado robo dinero (el empleado puede demostrar el error)	10.4	87.2	2.4	Legal	87.2
En represalia por reportar una violación de regulaciones contra el fuego a una agencia gubernamental	8.9	88.7	2.4	Ilegal	8.9
Falta de trabajo	78.6	18.7	2.7	Legal	18.7
Desagrado del empleado	8.0	89.0	2.4	Legal	89.0
En represalia por rehusarse a participar en una práctica ilegal de cobros	10.4	87.2	2.4	Ilegal	10.4

Por lo tanto la ley del empleo en los Estados Unidos debería ser cambiada para que los empleadores puedan despedir a sus empleados por cualquier razón económica que sea necesaria, pero al mismo tiempo prevenir que el empleador pueda despedir a sus empleados por conducta no relacionada al trabajo y que no afecta negativamente el negocio del empleador. Este modelo protegerá la habilidad de los empleadores de tomar decisiones económicas contra la intervención gubernamental excesiva, y al mismo tiempo le dará protección gubernamental a la privacidad y a la dignidad de los empleados.

B. *Que puede hacer Colombia?*

En Colombia, se puede mantener la estabilidad laboral mientras que la autoridad de los empleadores de tomar decisiones económicas se

incrementa. Mientras la estabilidad es importante y los empleados deberían tener la seguridad que no serán despedidos siempre y cuando cumplan sus deberes laborales satisfactoriamente, es importante que los empleadores puedan tomar decisiones no solo sobre capital sino también labor en el curso de sus negocios.

Uno de los problemas que probar justa causa conlleva es que puede ser muy difícil para el empleador probar que el despido fue legal y los jueces y jurados tienden a ser más compasivos con los empleados que con los empleadores.¹⁹⁵ Tales complicaciones en probar justa causa pueden desincentivar a los empleadores de contratar nuevos empleados ya que los riesgos y costos de agregar personal serían muy altos.

Ser forzado a probar causa justa puede incluso llegar a incrementar la discriminación porque el costo de despedir a un empleado, incluso cuando este no es productivo, es tan alto que los empleadores “son menos propensos a contratar a los empleados ‘riesgosos’” o incluso a contratar algún empleado nuevo.¹⁹⁶ Dado que la incapacidad para tomar decisiones administrativas basadas en las condiciones del mercado distorsiona la relación entre labor y capital, los empleadores se enfocarán en aprovechar el capital y la labor que tienen a lo máximo antes de traer nueva labor ya que esto puede ser muy costoso.¹⁹⁷

Colombia reconoce la importancia de estar empleado y como esto ayuda a mejorar la moral de las personas, el tener un trabajo permite a las personas alcanzar un cierto nivel de realización personal.¹⁹⁸ El concepto de dignidad en el mercado laboral que Colombia reconoce se puede considerar atado al concepto que dicta la Declaración. La Declaración y la Constitución Colombiana reconocen el derecho al empleo. Irónicamente, debido a la inflexibilidad del mercado laboral en Colombia, la tasa de desempleo es más alta de lo que debería ser, por lo tanto el derecho a tener un trabajo no es accesible para algunas personas. La globalización y los cambios en la esfera de producción obligan a encontrar maneras de contrato mediante las cuales la relación laboral se pueda hacer más dinámica, la capacidad de adaptar la fuerza laboral a los cambios del mercado sea mejorada, o algunas funciones laborales puedan ser transferidas a terceras partes para aumentar la competitividad.¹⁹⁹

195. Ver Porter, *supra* nota 3, en 79.

196. Ver *id.*

197. Ver Fajardo, *supra* nota 117, en 94-98.

198. Carlos Eduardo Román M., *Concepciones Teóricas Sobre el Mundo del Trabajo en el Capitalismo Contemporáneo*, REVISTA VIRTUAL UNIVERSIDAD CATOLICA DEL NORTE, 4 (feb.-mayo 2005).

199. Chaparro, *supra* nota 126, en 77.

Para disminuir la tasa de desempleo y darle acceso al empleo a más personas, que Colombia considera un derecho, la legislatura y las cortes Colombianas necesitan trabajar juntas para darle a los empleadores una mejor habilidad para tomar decisiones con respecto a el despido de sus empleados basadas en el mercado y la productividad. Dicho modelo le permitiría al mercado laboral Colombiano ser más flexible y reduciría el costo de contratar nuevos trabajadores. Aunque tendría la desventaja de menor estabilidad laboral, la cantidad de trabajos que pueden ser creados justifica esta desventaja, ya que serviría el propósito de darles a más personas trabajo, un derecho bajo la ley Colombiana. El permitirle a los empleadores que despidan empleados cuando el mercado sufre una caída le permitiría a los empleadores poder reducir el tamaño de sus negocios y sobrevivir estas condiciones, al mismo tiempo los empleadores estarían más complacientes a contratar nuevos empleados cuando el mercado mejore ya que el costo de la labor sería menor y los empleados pueden ser despedidos si el mercado empeora.

VI. CONCLUSIÓN

A pesar que los Estados Unidos y Colombia tienen perspectivas diferentes en cuanto a sus sistemas legales, particularmente con respecto a la ley del empleo, hay mucho que pueden aprender el uno del otro. Adicionalmente, la preocupación de ambos gobiernos, la cual debería ser la felicidad de sus ciudadanos, su bienestar dentro y fuera del trabajo, su privacidad y su dignidad pueden ser mejor servidos encontrando terreno común. No hay una fórmula única para solucionar los problemas, pero los Estados Unidos pueden aprender de Colombia acerca de la importancia de la dignidad en el trabajo y la estabilidad laboral, al mismo tiempo manteniendo una buena cantidad de flexibilidad para que los empleadores puedan tomar decisiones basadas en condiciones económicas y el desempeño de los empleados en el trabajo. Mientras tanto, Colombia puede aprender de los Estados Unidos y darle al empleador una mayor capacidad de tomar decisiones relacionadas al despido de los empleados por el bienestar económico de sus negocios lo cual le daría a los Colombianos más empleo porque incentivaría la contratación de más personal.

APÉNDICE

Artículo 45 – Duración. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

Artículo 47

1. El contrato de trabajo no estipulado a término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.
2. El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con la antelación no inferior a treinta (30) días, para que el empleador lo reemplace. En caso de no dar el aviso oportunamente o de cumplirse solo parcialmente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8o, numeral 7o, para todo el tiempo, o para el lapso dejado de cumplir.

Artículo 61

1. El contrato de trabajo termina:
 - a. Por muerte del trabajador;
 - b. Por mutuo consentimiento;
 - c. Por expiración del plazo fijo pactado;
 - d. Por terminación de la obra o labor contratada;
 - e. Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;
 - f. Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días;
 - g. Por sentencia ejecutoriada;
 - h. Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto Ley 2351/65, y 6o. de esta Ley, e
 - i. Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.
2. En los casos contemplados en los literales e) y f) de este artículo, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses. El cumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario

responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.

Artículo 62

Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A. Por parte del empleador:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.
2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo los compañeros de trabajo.
3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.
4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.
5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.
6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.
7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.
8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.

9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.
10. La sistemática inexecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.
11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.
12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del empleador o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.
13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.
14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.
15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

B. Por parte del trabajador:

1. El haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo.
2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste.
3. Cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.

4. Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar.
5. Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio.
6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales.
7. La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y
8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales reglamentos.

La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Artículo 64 Terminación Unilateral Del Contrato de Trabajo sin Justa Causa

En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

- a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;
- b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.
1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Constitucion Politica de Colombia

Articulo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tundra en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

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

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

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

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.